

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par :

Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)

Présentée et soutenue par :

Louise PORTAS

le 09 mars 2015

Titre :

Les pratiques corruptrices dans les échanges économiques internationaux :
Etude comparative France - Vietnam

École doctorale et discipline ou spécialité :

ED SJP : Droit

Unité de recherche :

Centre de Droit des Affaires

Directeur/trice(s) de Thèse :

Corinne MASCALA, Professeur des Universités, Université Toulouse 1 - Capitole

Jury :

Chantal CUTAJAR, Maître de Conférences, Université de Strasbourg, Rapporteur
Corinne MASCALA, Professeur des Universités, Université Toulouse 1 - Capitole, Directrice de thèse

Reynald OTTENHOF, Professeur Emérite des Universités, Université de Nantes, Rapporteur
Gabriel ROUJOU DE BOUBEE, Professeur Emérite des Universités, Université Toulouse 1 - Capitole

L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

REMERCIEMENTS

Je tiens d'abord à exprimer ma profonde gratitude à Madame le Professeur Corinne Mascala pour m'avoir fait l'immense honneur d'avoir dirigé cette thèse. Sa compréhension, la qualité de son écoute et de ses suggestions m'ont permis d'avancer avec persévérance et motivation. Ce travail n'aurait jamais pu aboutir sans son soutien et pour cela, je tiens à lui exprimer mon plus grand respect et lui adresser toute ma reconnaissance. A travers ces mots, ce sont également tous les membres du Centre de Droit des Affaires que je remercie pour m'avoir si bien accueillie pendant toutes ces années.

Je voudrais ensuite remercier Monsieur le Professeur Gabriel Roujou de Boubée. Le soutien qu'il m'a apporté depuis de très nombreuses années est à l'origine de cette thèse. C'est grâce à la confiance qu'il a placée en moi et à son appui que j'ai pu me lancer dans l'aventure du doctorat. Je souhaite, par ces mots, lui témoigner ma profonde reconnaissance. Je le remercie d'avoir accepté de faire partie de mon jury de thèse.

Ma gratitude se tourne également vers Monsieur le Professeur Reynald Ottenhof et vers Madame Chantal Cutajar. Leurs expertises m'ont guidé tout au long de ces travaux de recherche et ont inspiré mes réflexions. C'est un immense honneur pour moi qu'ils aient accepté d'être les rapporteurs de mon jury de thèse.

Je voudrais adresser une pensée spéciale pour Madame Marie-Hélène Gozzi et Monsieur Jean-Paul Laborde. Ils m'ont accueilli au sein du centre de droit pénal international et d'analyse des conflits puis au service de prévention du terrorisme à l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDD). Ils m'ont transmis leur passion pour le droit pénal international. Je voudrais leur témoigner ma profonde admiration pour leur parcours mais aussi pour leur humanité et gentillesse. J'espère être digne de suivre leurs pas dans le monde du droit pénal international.

Ma recherche est aussi redevable à de nombreux acteurs des institutions internationales et autres professionnels du droit établis au Vietnam, qui m'ont beaucoup aidé pour la compréhension du droit vietnamien. Je voudrais, à ce titre, adresser plus particulièrement mes remerciements à Monsieur Chris Batt, regional advisor (AML/CFT) pour l'ONUDD et la Banque Mondiale, Monsieur Nguyen Tuong Dzung, Programme officer, ONUDD Hanoi, Madame Stephanie Chow et Monsieur Conrad Zellmann, membres de Transparency international et de Toward Transparency au Vietnam ainsi que Monsieur le Professeur Vang Dung, vice-directeur de la division du droit pénal au Ministère de la justice.

Parce que mes recherches menées depuis le Vietnam et, plus généralement ma vie là-bas, n'auraient été rien sans eux, je souhaite adresser mes remerciements à mes amis et anciens collègues vietnamiens, en particulier à Monsieur Truong Quang Dzung qui m'a beaucoup aidé dans mes recherches.

Enfin mes remerciements s'adressent chaleureusement à tous mes proches en France. A ma mère, d'abord, pour son soutien et son amour inconditionnels. A mon père, ensuite, pour sa présence affectueuse. Tous deux m'ont toujours soutenue dans tous mes projets même ceux qui m'ont conduit à des milliers de kilomètres d'eux. Enfin à tous mes amis, en particulier à Jean-François, Delphine, Annie, Virginie et Stéphane-Laure pour leur soutien moral et leur aide à tous les niveaux.

SOMMAIRE

LISTE DES ABREVIATIONS	I
INTRODUCTION:	1
PARTIE 1 : L'APPREHENSION DES PRATIQUES CORRUPTRICES PAR LE DROIT PENAL	23
TITRE 1 : L'étendue du dispositif répressif applicable aux pratiques corruptrices	27
Chapitre 1 : L'existence d'infractions spécifiques : les délits de corruption	29
Chapitre 2: L'incrimination des pratiques associées à la corruption.....	95
TITRE 2 : La difficulté de mise en œuvre des mesures de sanctions	161
Chapitre 1 : Les obstacles relatifs au déclenchement des poursuites	163
Chapitre 2 : Les entraves à la condamnation effective et dissuasive des auteurs de corruption	223
PARTIE 2 : LA MISE EN PLACE DE DISPOSITIFS VISANT A PREVENIR LES PRATIQUES CORRUPTRICES	275
TITRE 1: Les mesures purement préventives	277
Chapitre 1 : La prévention des pratiques corruptrices dans le secteur public	279
Chapitre 2 : La prévention des pratiques corruptrices dans le secteur privé.....	347
TITRE 2: les mesures dissuasives des pratiques corruptrices	391
Chapitre 1 : L'internationalisation de la lutte contre la corruption	393
Chapitre 2 : L'intensification de la lutte contre le blanchiment comme mesure dissuasive de la corruption.....	453
CONCLUSION	503
BIBLIOGRAPHIE	507
INDEX	563
TABLE DES MATIERES	577

LISTE DES ABREVIATIONS

AFD : Agence française de développement

AGNU : Assemblée Générale des Nations Unies

AGRASC : Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués

AIDP : Association internationale de droit pénal

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

AJ Pénal : Actualité juridique de droit pénal

Al. : Alinéa

AmCham Vietnam : American chamber of commerce in Vietnam

AMF : Autorité des marchés financiers

AMLIC : Antimoney laundering information center

A.N : Assemblée Nationale

APEC : Coopération Economique pour l'Asie Pacifique

APG : Asian Pacific Group

Art. : article

ASEAN : Association des Nations d'Asie du Sud Est

Ass. : Assemblée

BAD : Banque Asiatique de Développement

BCLC : Brigade centrale de lutte contre la corruption

BEV : Banque d'Etat du Vietnam

Bull. : Bulletin de la Cour de Cassation

CAA : Cour administrative d'appel

Cass. Civ : Cour de Cassation, Chambre civile

Cass. Com : Cour de Cassation, Chambre commerciale

Cass. Crim. : Cour de Cassation, Chambre criminelle

C. Cass : Cour de Cassation

C. Constit. : Conseil Constitutionnel

CCIFV : Chambre de commerce et de l'industrie française du Vietnam

CCIV : Chambre de commerce et d'industrie vietnamienne

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

C. Elec. : Code électoral

CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés
fondamentales

Cf : Confère

CGI : Code général des impôts

Ch. Mixte : Chambre Mixte

Chr. : Chronique

CIJ : Cour Internationale de Justice

CJCE : Cour de justice des Communautés Européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union Européenne

CLC : Comité de lutte contre la corruption

C. Marchés pb. : Code des marchés publics.

CMF : Code monétaire et financier

CNIL : Commission nationale informatique et libertés

Coll. : Collection

Comm. : Commentaire

Contra : Solution contraire

C. Pén : Code pénal

C. Pén. Vn / CPVn : Code pénal vietnamien

CPI : Cour pénale internationale

C. Pr. Pén : Code de procédure pénale

C. Pr. Pén. Vn/CPPVn : Code de procédure pénale vietnamien

CTO : Criminalité transnationale organisée

CRF : Cellule de renseignement financier

CSC : Confiscation sans condamnation préalable

CSNU : Conseil de Sécurité des Nations Unies

Dalloz : Recueil Dalloz

DDHC : Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen (1789)

Fasc. : fascicule

FATCA : Foreign account tax and compliance act

FCPA : Foreign corrupt practices act

FICOBA : Ficher des comptes bancaires

FNP : Front national de la patrie

FPJ : Plateforme relative aux paradis fiscaux et judiciaires

GAFI : Groupe d’action financière

GAV : Garde à vue

GRECO : Groupe d’Etats contre la Corruption

G20 : Groupe des vingt

HATVP : Haute autorité pour la transparence de la vie publique

ICIJ : Consortium International de journalistes d’investigation

In : Dans

In fine : A la fin

Infra : ci-dessous

IPC : Indice de perception de la corruption

ITBI : Integrity and transparency in business initiative

JCL : Jurisclasseur

JCP : La semaine juridique

JIRS : Jurisdiction interrégionale spécialisée

JLD : Juge des libertés et de la détention

JOCE : Journal officiel des Communautés Européennes

JORF : Journal officiel de la République Française

JOUE : Journal officiel de l'Union Européenne

KYC : Know your customer

La Doc. Fr. : La documentation française

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

MDVF : Maison du droit vietnamo-française

MEDEF : Mouvement des entreprises de France

MPI : Ministère vietnamien du Plan et de l'investissement

n° : numéro

NBP : Note de bas de page

NPI : Nouveaux pays industrialisés

OCDE : Organisation de coopération et de développement économique

OCRGDF : Office central de la répression de la grande délinquance financière

Obs. : observations

OEA : Organisation des Etats Américains.

OIF : Organisation internationale de la francophonie

OLAF : Organisme de lutte anti-fraude

OMC : Organisation Mondiale du Commerce

ONG : Organisation non gouvernementale

ONU : Organisation des Nations Unies

ONUDC : Office des Nations Unies contre la drogue et le crime

ONUDI : Organisation des Nations Unies pour le développement industriel

Op. cit. : opere citao (déjà cité)

Ord. : Ordonnance

p. : Page

Pan. : Panorama

PIAC : Plateforme d'identification des avoirs criminels

PCI : Pacific Group International

PCV : Parti Communiste Vietnamien

PPE : Personne politiquement exposée

PUF : Presse universitaire de France

Quantum : Montant

QPC : Question prioritaire de constitutionalité

Rev. : Revue

RFDA : Revue française de droit administratif

RIDP : Revue internationale de droit pénal

RTD civ : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com : Revue trimestrielle de droit commercial

Rub. : Rubrique

RSC : Revue de science criminelle

s. : Suivant

SCPC : Service central de prévention de la corruption

STAR : Stolen asset recovery initiative

Supra : ci-dessus

t. : Tome

T. Corr : Tribunal Correctionnel

TGI : Tribunal de Grande Instance

TI France : Transparency international France

TJN : Tax justice network

TPIY : Tribunal Pénal international pour l'Ex-yougoslavie

TRACFIN : Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins

TSL : Tribunal Spécial pour le Liban

UA : Union Africaine

UE : Union Européenne

UNCAC : Convention des Nations Unies contre la corruption

V° : Voir le mot

VND : Vietnam Dong

Vol. : Volume

INTRODUCTION:

« *C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites* »

Montesquieu, De l'esprit des Lois, XI, 4.

1. Le pouvoir ! Un si petit mot pour tant de signification dans l'esprit de nombre d'êtres humains. Le terme désigne la faculté qui met une personne en état d'agir. La notion se réfère à celle de puissance et d'autorité. Si le pouvoir peut désigner une fonction, comme la puissance politique par exemple, le terme revêt également une dimension psychologique : avoir du pouvoir c'est avoir la capacité d'agir, de prendre une décision, de faire un acte ou de donner le droit à quelqu'un d'agir¹. En d'autres termes, avoir du pouvoir c'est être puissant.

Mais avoir du pouvoir ne signifie pas seulement être tout puissant. Toute personne, dans le cadre de sa profession, peut en avoir dès lors qu'elle a la possibilité de prendre directement un acte ou une décision. En d'autres termes, avoir du pouvoir c'est avoir un contrôle, même de faible intensité, sur un processus décisionnel. Or, comme le résume très bien la phrase de Montesquieu citée en exergue, toute personne qui se trouve investie de quelconque forme de pouvoir détient également la possibilité d'en abuser. Et cette constatation concerne toutes les formes de pouvoir : de la plus infime possibilité d'agir directement au plus haut degré hiérarchique de décision.

2. Toute forme d'autorité, même au plus haut niveau, dispose, en effet, de limites que son détenteur se doit de ne pas outrepasser. Malgré sa position, il reste soumis à certaines règles posées par la loi ou par l'institution dans laquelle il exerce ses fonctions. Par conséquent, lorsque le détenteur cède à la tentation de dépasser le cadre de ses prérogatives, il commet un abus de pouvoir.

Les manifestations d'un tel abus sont aussi nombreuses et variées qu'il existe de formes de pouvoirs. Certaines sont rattachées à la notion d'abus d'autorité. En droit civil, ce terme s'entend d'une « *contrainte morale, prenant appui sur une autorité de fait ou de droit, exercée sur une personne, pour l'amener à accomplir un acte juridique ou non* »². En droit pénal, certaines formes d'abus d'autorité sont incriminées, en particulier lorsque ladite autorité est conférée par les fonctions. Un supérieur abuse ainsi de ses fonctions lorsqu'il commet des actes tels qu'un harcèlement, moral ou sexuel, envers ses subordonnés, lorsqu'il offre un taux de rémunération bien en deçà du salaire minimum légal ou encore, lorsqu'il offre des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité de la personne. On retrouve certaines formes d'abus d'autorité dans le code du travail, comme l'interdiction de licencier un salarié sans motif valable³. L'abus d'autorité est aussi incriminé en dehors du cadre strict des fonctions. Nous pouvons citer, à ce titre, l'infraction rendue célèbre par l'actualité récente : l'abus de faiblesse.

¹ A.Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, p. 1737.

² S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 22^{ème} édition, 2014-2015, p. 4.

³ C. du travail, art. 1232-1 : Tout licenciement doit être justifié par une cause réelle et sérieuse.

D'autres formes d'abus de pouvoir existent également en dehors de toute contrainte. Par exemple, un dirigeant qui parvient à se faire octroyer une rémunération excessive après avoir délibérément choisi des membres du conseil d'administration lui étant favorables, commet un abus de pouvoir⁴, lui-même constitutif d'un abus de biens sociaux⁵.

Une entreprise peut, elle aussi dans un certain sens, commettre des abus de pouvoir. Il peut s'agir par exemple, du fait pour l'entité d'abuser de sa position dominante en se servant de sa puissance économique pour adopter certains comportements nocifs⁶.

Dans la fonction publique, on considère qu'il y a abus de pouvoir lorsque son détenteur, qui l'a reçu en délégation, le détourne à des fins privées⁷. En d'autres termes, l'agent public se doit d'agir dans l'intérêt exclusif de son organisme. On considère alors qu'il commet un abus de pouvoir lorsqu'il s'en détourne et poursuit son intérêt personnel en outrepassant le cadre de ses fonctions. Une fois de plus, le code pénal français incrimine ces agissements et les qualifie d'abus d'autorité. Le code distingue les abus dirigés contre l'administration⁸ de ceux commis contre les particuliers⁹. Le droit pénal vietnamien, quant à lui, prévoit deux infractions relatives à l'abus de pouvoir : l'usage abusif de pouvoir dans l'exercice d'une fonction publique, prévue à l'article 281 du code pénal et l'excès de pouvoir et dans l'exercice d'une fonction publique, prévue à l'article 282 du même code.

3. De très nombreuses formes d'abus de pouvoir sont donc condamnées par les systèmes nationaux. Elles délimitent le cadre dans lequel l'autorité doit s'exercer. Mais si l'abus de pouvoir est si encadré, en priorité dans la fonction publique, c'est que parmi toutes ses manifestations possibles, il ouvre également la voie vers la possibilité, pour son détenteur, de commettre des actes de corruption. Et la communauté internationale ne s'y trompe pas. La Convention des Nations Unies contre la corruption adoptée le 31 octobre 2003, dite Convention de Mérida, incrimine avant tout le fait « *pour un agent public d'abuser de ses fonctions ou de son poste, c'est-à-dire d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir, dans l'exercice de ses fonctions, un acte en violation des lois afin d'obtenir un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité* »¹⁰.

4. La corruption est un phénomène ancien et récurrent. L'interdiction de corrompre ou d'être corrompu ne date pas de nos droits pénaux modernes. Les œuvres de Platon, Aristote et de Cicéron témoignent déjà de l'existence d'une certaine forme de corruption à leur époque¹¹. Comme l'expliquent ces « témoins » de la Rome antique, il était interdit aux romains qui souhaitaient être candidats à des élections, de « *blanchir leurs toges pour mieux séduire le peuple* »¹². Mais si le terme est ancien, ses manifestations ne cessent de se développer.

La corruption n'a eu de cesse de s'internationaliser et de se privatiser de sorte qu'elle est aujourd'hui considérée comme un phénomène complexe, protéiforme et évolutif (§1). Par conséquent, dans cette étude, le terme de pratiques corruptrices a été préféré à celui de corruption. Il apparaît, en effet, plus adapté au contexte internationalisé dans lesquels ces pratiques se manifestent aujourd'hui (§2). Or la lutte contre les pratiques corruptrices à

⁴ Voir en ce sens, B. Bouloc, « Un exemple d'abus de pouvoir du président quant à la fixation de sa rémunération », *AJ Pénal*, 2012, p. 540.

⁵ Voir *infra* n°312

⁶ S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 5 et 7.

⁷ C. Spector, « Montesquieu ou les infortunes de la vertu », *Esprit*, février 2014, n°402, p. 31.

⁸ C. Pén, art. 432-1 à 432-3.

⁹ C. Pén, art. 432-4 et s.

¹⁰ ONUDC, « Convention des Nations Unies contre la corruption », 31 octobre 2003, *AGNU*, Rés. 58/4.

¹¹ Cf en ce sens, A. – F. Zaher, « Le blanchiment de l'argent et la recherche des produits de l'infraction », Thèse, *Université de Nantes*, 2001, p. 22.

¹² C. Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome Républicaine*, *Gallimard*, coll. Bibliothèque des Histoires, 1976, p. 402.

l'échelle supranationale fait montre d'une grande complexité, illustrée par cette étude comparative (§3).

§1 : La corruption, un phénomène complexe, proteiforme et évolutif

5. Tout le monde s'accorde à reconnaître, et depuis toujours, que le phénomène de corruption est un fléau. Mais il s'agit d'un fléau difficile à appréhender tant ses manifestations peuvent être variées. Or il paraît bien vain de prétendre vouloir éradiquer « *d'un trait* » la corruption « *dont les formes se renouvellent sans cesse* » sans en comprendre les mécanismes¹³.

6. Aux yeux du simple citoyen, un système corrompu est un système dans lequel les « puissants » cessent de poursuivre l'intérêt de la collectivité pour ne s'intéresser qu'à leurs intérêts personnels. Le phénomène de corruption est donc classiquement envisagé du côté de la puissance publique et politique. On parle d'homme politique corrompu ou de fonctionnaire corrompu, synonyme de malhonnête et de « véreux ». Dans le langage courant, cette vision du phénomène est souvent représentée par le fameux adage du « tous pourris ».

En ce sens, la corruption se pose sans surprise comme l'envers absolu des sociétés démocratiques. Considéré comme l'envers des « droits de l'homme » et de l'Etat de droit, ce phénomène est porteur de discriminations et d'inégalités tendant à anéantir toutes les valeurs fondamentales de cette forme de gouvernement qu'est la démocratie¹⁴.

7. Le danger n'est toutefois pas réservé à cette seule forme de gouvernement. La notion de démocratie est souvent associée à celle de société moderne. Elle se pose en synonyme de république¹⁵, dans laquelle les citoyens possèdent un droit de participation et un droit de contestation à l'égard du pouvoir¹⁶. Si la corruption anéantit, bien sûr, ces principes, elle touche également les autres formes de gouvernement, qu'il s'agisse des démocraties populaires ou même des monarchies. Montesquieu l'affirmait déjà. Quel que soit le régime politique de départ, la corruption mène au pire régime : le despotisme où « *l'homme est une créature qui obéit à qui le veut, où la nature humaines subit des « maux infinis* » »¹⁷.

8. Mais, le danger n'est plus réservé aux seuls principes gouvernementaux d'intégrité et de probité. Il apparaît que « *la corruption frappe aussi les droits économiques et sociaux* »¹⁸. Puisque la corruption apparaît comme l'une des manifestations de l'abus de pouvoir, ses formes sont tout aussi variées et là où il y a du pouvoir, il existe un risque de corruption. Par conséquent, si la corruption a longtemps été considérée comme un fléau uniquement pour le secteur public, la situation a évolué. Par le développement des relations économiques, du pouvoir décisionnel du secteur privé, le phénomène s'est « privatisé » et le fléau s'est répandu sur les économies.

Par conséquent, la conception de la corruption doit s'extraire son carcan traditionnel qu'est le secteur public et la puissance politique. Le risque existe dans toutes les sphères et lorsque le phénomène touche le secteur privé, notamment dans le cadre des relations commerciales, il se présente comme l'envers de la concurrence et de la liberté d'accès aux marchés. Ce n'est plus

¹³ A. Mignon Colombet, « L'anticorruption est-elle l'avenir du monde ? », *JCP G*, 2014, n°51, 1298, p. 2302.

¹⁴ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, p. 696.

¹⁵ E. Genouvrier, C. Désirat et T. Hordé, *Dictionnaire des synonymes*, Larousse, 2012, p. 224.

¹⁶ S. Guinchard et T. Debaré, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 336.

¹⁷ Montesquieu, « Mes pensées » ; in *Mes pensées et le Spicilège*, Robert Laffont, 1991, n°1893.

¹⁸ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », op. cit.

simplement le fonctionnement régulier des administrations qui est menacé¹⁹, la corruption fausse aussi les conditions de la concurrence, notamment ses conditions internationales²⁰.

9. En d'autres termes, le risque de corruption a toujours existé, à toutes les époques, et dans tous les secteurs. La seule différence qui subsistait, et qui subsiste encore dans certains systèmes, réside dans la conception que l'être humain s'est fait de cette notion. Si la corruption dans la sphère publique et politique est unanimement condamnée, en tant que conception « classique » du phénomène, on constate qu'il est encore difficile de concevoir et réprimer la corruption dans le secteur privé, et plus particulièrement dans le cadre des relations du commerce international.

Comme l'énonce très justement Monsieur Vincent Heuzé : « *la corruption, lorsqu'elle est commise à l'occasion de rapports internationaux, est l'objet, en droit positif, d'un traitement extrêmement ambigu, parce que résultant de considérations contradictoires. A priori, elle semble évidemment autant condamnable que lorsqu'elle survient dans les relations purement internes, dès lors qu'en plus des atteintes qu'elle porte pareillement à la morale, elle produit des effets économiques et sociaux tout aussi funestes. C'est ainsi qu'il est bien connu que, d'un point de vue économique, et lorsqu'elle vise à la conclusion d'un marché, la corruption tend à fausser le jeu de la libre concurrence en cherchant à détourner ceux qui sont investis d'un pouvoir de décision des critères de prix ou de qualité qui devraient pourtant seuls guider leurs choix, au risque de favoriser les entreprises les moins performantes, et d'aboutir en conséquence à une allocation désastreuse des ressources disponibles. C'est ainsi que l'on sait également que, socialement, elle ne peut conduire, lorsqu'elle se généralise, qu'à un total discrédit de la loi, en développant le sentiment, chez les corrupteurs, qu'il n'est fondamentalement aucune règle qui soit absolument obligatoire, chez les corrompus, que toute norme constitue un simple prétexte à leur enrichissement, et dans l'opinion commune, qu'elle n'est que l'instrument de la tyrannie des puissants.* »²¹.

Effectivement, la corruption commise dans le cadre de relations du commerce international a longtemps dissimulé son vrai visage. Loin de recevoir la même réprobation sociale que la corruption publique, le versement de commissions pour l'obtention de marchés à l'international était même publiquement autorisé et pouvait se déduire, en droit français, du revenu imposable des sociétés jusqu'en 1997²². Si ce n'est plus le cas aujourd'hui, du moins en France, ce manque de réprobation *ab initio* pèse lourd dans la volonté répressive actuelle qui reste encore beaucoup trop frileuse aux yeux des institutions internationales qui luttent contre cette forme de corruption²³.

10. Mais si cette nouvelle corruption « d'affaires » semble souffrir d'un manque de réprobation sociale *a priori*, l'actualité nous démontre pourtant le contraire. Les nombreuses affaires qui ont éclaté au grand jour, ces fameux « scandales politico-financiers » qui retentissent chaque fois sourdement et se propagent dans toute la société comme une onde de choc, ne cessent de se multiplier et semblent infinis²⁴. Comme si toute la société souhaitait aujourd'hui appliquer une politique de tolérance zéro vis-à-vis de ces politiciens ou dirigeants

¹⁹ E. Dreyer, *Droit pénal spécial, Ellipses*, 2^{ème} édition, 2012, n°1383, p. 621.

²⁰ B. Fillion-Dufouleur, « La lutte contre la corruption dans le commerce international. – La convention OCDE du 21 novembre 1997 et le projet de loi français de transposition », *JCP G*, 1999, n°48, I, 184.

²¹ V. Heuzé, « Corruption », *Répertoire de droit international*, Généralités, n°1.

²² Voir *infra* n°120.

²³ Dans son rapport de suivi de la phase 3 relatif à l'intégration, par la France, de la Convention sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers et internationaux, l'OCDE a reproché à la France son manque de « proactivité » pour la poursuite des entreprises françaises ayant commis des actes de corruption à l'étranger pour l'obtention ou la conservation de marchés ; cf OCDE, « Rapport de suivi de phase 3 et recommandations », OCDE, décembre 2014, p. 4.

²⁴ C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires, Lextenso – Gualino*, 3^{ème} édition, 2012, n°554, p. 374.

« véreux ». Nombre de ces affaires ont d'ailleurs été à l'origine de lois ou de grandes réformes supposées mettre un terme à cette facilité qu'ont les « puissants » à abuser autant de leurs pouvoirs. Tel a été le cas de l'affaire « *Staviski* » en France ou des scandales « *de Lockheed* » ou « *Enron* » pour les Etats Unis, sans parler de l'affaire « *Cahuzac* » qui a été à l'origine d'une réforme structurelle importante en droit français.

11. Cette apparente contradiction témoigne de la complexité du phénomène de corruption et de l'ambiguïté qui règne autour de lui. Tantôt impardonnable, tantôt nécessaire voir inévitable pour la survie d'une entreprise, le versement de commissions ne cesse de faire couler de l'encre. Cela nous conduit à nous interroger sur la place du « curseur », le point à partir duquel un échange de « bons procédés » sera considéré comme une corruption inacceptable.

Une hypothèse peut être envisagée à ce stade relative à l'ampleur des actes de corruption pouvant être commis par une seule entité. Le « curseur » se placerait ainsi à la limite entre une corruption nécessaire à l'obtention d'un marché, déterminante pour la survie d'une entreprise et une corruption orchestrée, commise alors même que le pronostic vital de l'entité est loin d'être engagé. En d'autres termes, lorsque les abus dépassent tout entendement, que les dirigeants ont largement outrepassé les limites du « raisonnable », le scandale éclate et les agissements deviennent intolérables.

12. Une affaire emblématique de ce XXI^{ème} siècle semble illustrer parfaitement ces propos. Il s'agit de l'affaire « *Siemens* » qui a fortement ébranlé la société allemande et internationale entre 2006 et 2007. Le groupe, présent dans de nombreux pays dans le monde, a constitué des « caisses noires » pour l'obtention ou la conservation de marchés à l'international. Le montant total des transactions illicites aurait atteint le niveau record de 1,3 milliards d'euros. La plus grosse enquête porte sur le versement de pots-de-vin²⁵ en Grèce relatif à l'obtention du marché des télécommunications pour les jeux olympiques d'Athènes en 2004. Mais l'ouverture d'une enquête a révélé, peu à peu, un nombre considérable d'activités corruptrices ou de malversations. Ainsi le groupe a également été poursuivi pour avoir corrompu des agents en vue de l'obtention de contrats en Europe, en Asie et en Afrique. La justice soupçonne également les dirigeants du groupe d'avoir acheté « *les bonnes grâces* » d'un syndicat pour tenter de réduire l'influence de son principal concurrent IG Metall²⁶. Enfin, Siemens est accusé d'avoir violé les règles du programme onusien « *pétrole contre nourriture* » appliqué en Irak²⁷. Aujourd'hui, des procédures pénales relatives à cette société sont ouvertes en Allemagne, en Hongrie, en Indonésie et aux Etats-Unis²⁸.

Cette affaire le démontre bien : une seule entreprise peut, simultanément, réaliser de très nombreuses activités corruptrices à l'international et pour des montants extrêmement élevés. Ces agissements sont susceptibles de produire des conséquences funestes dans de nombreux pays. En outre, la matérialisation du phénomène de corruption peut s'avérer très variée dans la pratique et se concrétiser par une multitude d'actes malhonnêtes.

²⁵ Le terme de pots-de-vin se définit en général comme des paiements versés à quelqu'un dans le but de détourner le cours d'une opération commerciale au profit de celui qui offre de l'argent ; cf F.-A. Kanso, « Corruption et fiscalité, un essai sur le rôle des incitations et de la gouvernance », Thèse, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2008, p. 59.

²⁶ Cf K. Kloss, « La corruption gangrène Siemens », *L'express*, 28 mars 2007 ; P. Drouin, « Siemens soupçonné de verser des pots-de-vin », *Les échos*, 27 novembre 2006 ; Le Monde, « Eclaboussé par des affaires de corruption, le patron de Siemens sur le départ », *Le Monde*, 25 avril 2007.

²⁷ Pour plus d'information sur le programme « pétrole contre nourriture », cf M. Pieth, « Oil for food » : enjeux et difficultés d'une enquête internationale en matière de paiements illicites » ; in U. Cassani et A. Héritier Lachat, *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, Schulthess, 2011, p. 127-134.

²⁸ N. Bonucci et P. Moulette, « La convention anti-corruption de l'OCDE, dix ans après », *OCDE, L'observateur*, site officiel de l'OCDE.

13. Le postulat de départ relatif à l'acceptation d'une possible tolérance pour un certain degré de corruption ne semble dès lors plus acceptable. La raison tient au fait que le phénomène s'est complexifié, il a évolué et il s'est structuré. Il ne s'agit plus seulement, pour une entité ou une personne, de verser un avantage en contrepartie de sa survie. Le phénomène doit être pris dans sa globalité et chaque personne qui cède à cette tentation participe, en réalité, à un phénomène organisé aux conséquences plus que néfastes pour toute l'économie mondiale.

14. Contrairement au point de vue de certains auteurs²⁹, nous considérons en effet que la corruption fait partie intégrante de ce que l'on appelle désormais la criminalité organisée. L'adoption de ce postulat résulte du constat selon lequel le phénomène s'est véritablement structuré. Il agit aujourd'hui en véritable crime organisé : il en adopte les mêmes circuits et les mêmes techniques de dissimulation³⁰. Loin de se matérialiser par le simple fait de « glisser un petit billet sous une table », la corruption représente une manne financière colossale participant à une véritable économie souterraine.

Toutefois, si doctrinalement, la corruption n'a pas été perçue au départ comme relevant de la criminalité organisée c'est surtout parce que la définition même de cette forme de criminalité a évolué. Elle a longtemps été définie au travers de moyens employés. Ainsi, selon les auteurs, cette forme de délinquance supposait une « *utilisation systématique de la violence* »³¹. Mais avec l'adoption de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (CTO), dite Convention de Palerme, la définition a radicalement changé. Le texte a conféré à ce terme une définition relative aux fins recherchées. Au sens de la Convention, un groupe criminel organisé désigne ainsi « *un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions [...], pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel* »³². L'objectif de cette criminalité étant de faire des « profits »³³, la corruption y a désormais toute sa place. La Convention la considère d'ailleurs comme l'un des aspects majeurs de la criminalité organisée.

Mais encore une fois, l'aspect organisé de la corruption peine encore à être juridiquement reconnu, en particulier par le législateur français. Le code de procédure pénale ne confère pas directement aux infractions de corruption la qualité de délinquance organisée sans pour autant les exclure entièrement du dispositif d'enquêtes spéciales³⁴.

15. Cela démontre à quel point l'aspect « complexe, protéiforme et évolutif » du phénomène de corruption est difficilement appréhendable. Il regroupe en réalité un très grand nombre de comportements, il peut se matérialiser à tous les stades décisionnels et revêtir des aspects très différents jusqu'à prendre la forme d'une véritable organisation criminelle. La corruption est en réalité un moyen à la portée de tous pour parvenir à leurs fins. Il peut s'agir d'une personne qui verse quelques billets pour faire accélérer une procédure, d'une entreprise qui offre des avantages à un décideur pour obtenir un contrat ou encore d'une organisation criminelle, telle une mafia, qui utilise la corruption pour exercer plus aisément ses activités criminelles.

²⁹En ce sens, F. Farouz-Chopin, « La lutte contre la corruption », Thèse, Université Aix-Marseille, 1998, p. 9.

³⁰Voir *infra* n°402 et s.

³¹Cf F. Farouz-Chopin, « La lutte contre la corruption », Thèse, *op. cit.*, p. 9. ; R. Parizot, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Thèse, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, 2010, t. 48, p. 5.

³²ONUDC, « Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée », 15 novembre 2000, AGNU, A/RES/55/25, art. 2.

³³C'est également la vision de Raymond Gassin qui définit le crime organisé comme « *le crime dont la préparation et l'exécution se caractérisent par une organisation méthodique et qui, le plus souvent, procure à ses auteurs leurs moyens d'existence* » ; in R. Gassin, *Criminologie*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2011, n°393, p. 358.

³⁴Voir *infra* n°550 et s.

Par conséquent, il semble plus pertinent de parler « des corruptions » et non plus de la corruption. L'emploi du pluriel démontre, en effet, que « *le combat doit avoir lieu contre des pratiques et non seulement un concept* »³⁵. C'est la raison pour laquelle cette étude a choisi de se tourner vers l'analyse des « pratiques corruptrices » et non du phénomène de corruption en tant que tel. La notion de pratiques corruptrices semble plus adaptée à l'analyse d'une forme particulière de ce phénomène qui se matérialise dans un contexte d'échanges économiques internationaux.

§2 : Les pratiques corruptrices, un terme plus adapté à un contexte internationalisé

16. La notion même de « pratiques » revêt plusieurs définitions. Selon le lexique des termes juridiques, la pratique, au singulier, revêt trois définitions possibles. Elle renvoie, tout d'abord, à la réalisation effective et concrète des règles de droit. Le terme renvoie ensuite à la collectivité des praticiens du droit. Enfin, la pratique peut aussi signifier une manière habituelle de procéder propre à une branche d'activité. On parle, par exemple, de pratique commerciale³⁶. Le dictionnaire historique de la langue française, quant à lui, donne une description complète de l'origine du terme jusqu'à son emploi actuel. Selon l'ouvrage, les pratiques, employées au pluriel, sont synonymes d'agissements³⁷. Le terme est souvent usité pour désigner les agissements politiques ou religieux. C'est cette notion d'agissement et d'habitude que nous retiendrons dans le cadre de cette étude. Les pratiques corruptrices sont donc entendues comme les agissements ayant trait à la corruption commis dans le cadre des échanges économiques internationaux. Nous nous référons également à la notion d'habitude afin de souligner le caractère « régulier » des activités corruptrices commises dans le cadre des relations du commerce international.

17. La notion de « corruption » est, quant à elle, plus difficile à définir. Pour certains auteurs cependant, le sens du mot corruption serait suffisamment clair et évident pour qu'il soit inutile de s'attarder à le définir³⁸. Mais s'il y a effectivement un consensus sur le sens général du mot, tout le monde ne parle pas en réalité de la même chose quand il emploie le terme de « corruption ». En réalité la notion semble tout aussi complexe à cerner que le phénomène qu'elle représente.

18. Selon le dictionnaire historique de la langue française, le mot « corrompre », emprunté du latin *corrumpere* signifie « détruire, anéantir, détériorer, gâter ». Le terme s'employait déjà à l'époque dans le sens propre (physiquement) comme dans le sens figuré (moralement). Vers 1174, l'un des sens figuré du verbe, utilisé pour traduire le fait de « trahir ou détériorer un texte », a disparu au profit du sens figuré que nous lui connaissons aujourd'hui : le fait d'amener quelqu'un à agir contre sa conscience ou son devoir. Vers 1283, le fait de corrompre a réellement pris tout son sens contemporain puisque la définition s'est enrichie d'un moyen : les dons et promesses.

De ce verbe « corrompre » a découlé le nom féminin « corruption ». Le mot est emprunté du latin *corruptio* et, comme le verbe, a très vite été utilisé dans le domaine de la vie morale. Le

³⁵ A. Mignon Colombet, « L'anticorruption est-elle l'avenir du monde ? », *op. cit.*

³⁶ S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 758.

³⁷ A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.*, p. 1738.

³⁸ P.-H. Dembinski, « Corruption – vers un diagnostic systémique », in U. Cassani et A. Héritier-Lachat, *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, *op. cit.*, p. 15.

sens propre de corruption signifie « charogne », « état de ce qui est corrompu ». C'est le terme « pourrissement », un de ses synonymes, qui a aujourd'hui vocation à remplacer corruption à ce niveau. La philosophie s'est, en revanche, servie de ce mot pour faire écho au concept grec de *phthora*³⁹. Ce terme, opposé à celui de *genesis* – la force de la vie, désigne « l'altération progressive et inéluctable des êtres naturels »⁴⁰. En d'autres termes, la corruption c'est la décomposition, « la mort d'un corps vivant »⁴¹. Employée au sens figuré, la corruption désigne donc l'altération morale, la trahison et le fait d'agir à l'encontre de son devoir ou de sa conscience.

19. C'est sous l'angle de la « trahison du devoir » que l'on envisage encore aujourd'hui le concept de corruption. Nous retrouvons cette conception, par exemple, dans les Conventions du Conseil de l'Europe ou de l'OCDE spécifiques à la lutte contre la corruption. Ainsi, selon le Conseil de l'Europe, la corruption serait un acte par lequel des personnes « investies de fonctions » seraient amenées à octroyer des avantages qui contreviennent aux devoirs qu'elles ont en vertu de la position occupée. Le programme d'action contre la corruption adopté par le Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe en 1996, définit la corruption comme un acte impliquant « des personnes publiques ou privées, qui auront violé leurs devoirs découlant de leur qualité de fonctionnaire public, d'employé privé, d'agent indépendant ou d'une autre relation de ce genre, en vue d'obtenir des avantages illicites de quelque nature que ce soit, pour eux-mêmes ou pour autrui »⁴².

20. La corruption, entendue au sens large, est donc synonyme de trahison. C'est un acte que l'auteur commet à l'encontre de son devoir ou de sa conscience dans le but d'en retirer un profit personnel. Dans son sens « général », la notion représente donc son phénomène. Dans ce cas, la corruption désigne « toutes les formes d'exploitation abusive d'une position ou d'un pouvoir dans le but de s'enrichir »⁴³. Le terme est ici synonyme d'abus de pouvoir, comme le suggère la phrase de Montesquieu avec laquelle nous avons introduit cette étude. Or, comme évoqué, il existe de nombreuses façons d'abuser de son pouvoir et de nombreuses possibilités, pour les législateurs, d'y apposer des limites. En réalité, la corruption en tant qu'abus de pouvoir peut regrouper de nombreux agissements tels que : l'abus de confiance, l'exploitation abusive d'un statut ou d'une fonction, la gestion déloyale, le vol, l'escroquerie, l'obstruction, l'extorsion, la malversation, la falsification, la concussion ou encore, l'intimidation. Ce qui marque avant tout est donc l'étonnante polymorphie du phénomène⁴⁴ et en cela « la métaphore de l'hydre lui convient bien »⁴⁵.

Parmi toutes ces formes d'abus de pouvoir que l'on pourrait qualifier de « corruption », au sens de trahison, certaines font en réalité l'objet d'infractions pénales distinctes. Nous pouvons citer, pour illustration, le vol, l'abus de confiance, l'escroquerie ou même la « gestion déloyale ». D'autres comportements résultant « d'un système corrompu » restent, en revanche, encore tolérés. Tel est notamment le cas du « lobbying » dont la nécessité d'encadrement ne cesse de préoccuper les professionnels de la lutte contre la corruption⁴⁶.

³⁹A.Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., p. 542.

⁴⁰A. Garapon, « La peur de l'impuissance démocratique », *Esprit*, op. cit., p. 21.

⁴¹H. Xiao-Ying, « La lutte contre la corruption en politique criminelle. Etude comparée entre la France et la Chine », Thèse, *Université Paris I-Panthéon-Sorbonne*, 2005, p. 10.

⁴²P.-H. Dembinski, « Corruption – vers un diagnostic systémique », op. cit., p. 18.

⁴³U. Cassani, « La lutte contre la corruption : vouloir c'est pouvoir ? » ; in U. Cassani et A. Héritier-Lachat, *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, op. cit., p. 33.

⁴⁴K. Souhail, « La transparence, instrument juridique majeur de la lutte contre la corruption », Thèse, *Université Toulouse I – Capitole*, 2012, p. 14.

⁴⁵M. Hénaff, « Le don pervers. Pour une anthropologie de la corruption », *Esprit*, op. cit., p. 45.

⁴⁶Voir *infra* n°649 et s.

Lorsque l'on évoque « la corruption », dans la société, c'est souvent à ce sens général que l'on fait référence. C'est d'ailleurs le cas du fameux Indice de Perception de la Corruption (IPC) publié annuellement par l'ONG Transparency International qui évalue le « sentiment » des personnes résidant dans les pays évalués vis-à-vis des agissements de leurs dirigeants. En d'autres termes, l'ONG évalue le degré « d'abus de pouvoir » dont font preuve les gouvernements des pays concernés.

21. Bien que la définition générale du terme ne soit pas à ignorer, ce n'est pourtant pas celle que nous retiendrons dans le cadre de cette thèse. C'est, au contraire, le sens « étroit » qui nous intéresse plus particulièrement. Au sens étroit, la corruption se définit comme le fait, pour une personne, de rémunérer une autre personne afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction. En d'autres termes, la corruption suppose « *une collusion entre deux personnes* »⁴⁷. Le terme désigne donc la réponse pénale appliquée à ce type d'agissement. Il se décline en deux infractions distinctes. La corruption passive, premièrement, qui se place du côté du corrompu, est le fait pour une personne de se laisser acheter pour accomplir ou ne pas accomplir un acte de sa fonction. La corruption active, deuxièmement, qui se place du côté du corrupteur, se définit comme le fait de rémunérer l'accomplissement ou le non accomplissement d'un acte de sa fonction par le corrompu⁴⁸.

22. Le choix de décliner la corruption en deux infractions distinctes résulte d'une volonté répressive. Il y a, en effet, trois systèmes possibles pour réprimer la corruption. Il est d'abord possible d'estimer que le « plus coupable » est le corrompu qui doit alors être considéré comme l'unique auteur de l'infraction⁴⁹. Le corrupteur n'est, dans ce cas, que son complice. Il est, ensuite, possible de considérer que les deux personnages sont coauteurs d'une infraction unique. C'est notamment la solution qui avait été préconisée par Garraud⁵⁰. Mais ces deux premières solutions comportaient de nombreux inconvénients, notamment de faire dépendre la culpabilité de l'un de celle de l'autre. C'est donc la troisième solution, celle de créer deux infractions distinctes et autonomes, qui a été jugée préférable. Tel système a l'avantage « *de ne pas subordonner la répression du corrupteur à celle du corrompu* »⁵¹.

23. A l'origine, les infractions de corruption ont été classées, du moins en droit français, dans la catégorie des « manquements au devoir de probité ». La probité se définit comme le fait de faire preuve de qualité morale et d'intégrité. Le législateur français a fait entrer dans cette catégorie d'infractions, outre la corruption : le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, l'infraction d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans des marchés publics ou des délégations de service publics (communément appelée « favoritisme ») ainsi qu'une ancienne infraction, très peu utilisée de nos jours, la concussion. En d'autres termes, historiquement, la corruption faisait partie de ces infractions applicables au secteur public. Par conséquent, seul un « agent public » pouvait revêtir la qualité de corrompu.

En droit vietnamien, l'article 279 du code pénal fait encore état de cette vision traditionnelle de la corruption puisque l'infraction de corruption passive est réservée aux seules personnes publiques agissant au nom et pour le compte de l'Etat.

Classiquement, seuls les représentants de l'Etat ou des collectivités territoriales sont donc soumis au « devoir de probité ». L'agent doit agir de manière désintéressée en poursuivant

⁴⁷M. Véron, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2013, n°91, p. 75.

⁴⁸W. Jeandier, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2005, n°30, p. 35.

⁴⁹W. Jeandier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *JCP G*, 2002, n°39, I, 166, n°4.

⁵⁰Voir en ce sens, R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Vol. 2, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1981, n°360.

⁵¹W. Jeandier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°30, p. 36 ; V. aussi E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1381, p. 620.

l'intérêt général et plus particulièrement, celui de la collectivité publique au nom de laquelle il agit⁵². La corruption et les autres infractions d'atteinte à la probité ont été créées afin de garantir le maintien de cette « éthique administrative ». Par conséquent, le délit de corruption passive a longtemps été réservé aux seuls agents publics.

24. Mais si la corruption a longtemps été cantonnée au seul secteur public, le concept a aujourd'hui évolué. La raison tient au développement du « *commerce de l'argent illicite* »⁵³. Pendant très longtemps, le monde des affaires a été considéré comme « un monde à part » disposant de ses propres règles et particularités. La norme juridique, trop stricte, trop contraignante, ne devait pas interférer dans ce monde autorégulé par une *lex mercatoria* vieille de plusieurs siècles. En 1903, Octave Mirabeau donnait ainsi le ton à travers l'expression aujourd'hui célèbre « *les affaires sont les affaires* ». Les affaires, ce vocable un peu mystérieux qui évoque « *des activités intenses et lucratives* »⁵⁴.

Mais cette vision n'est plus juste aujourd'hui et le monde des affaires doit être tout aussi encadré que les autres domaines, en particulier en ce qui concerne la corruption. Si, comme le soulève Montesquieu, toute personne investie d'un pouvoir peut être amené à en abuser, alors le secteur privé se saurait être épargné par ce phénomène.

25. En outre, contrairement à la vision classique adoptée par les législateurs, il existe bel et bien un devoir de probité applicable aux personnes privées. Les salariés et dirigeants se trouvent, en effet, dans l'obligation de poursuivre les intérêts de leur entreprise, le fameux intérêt social, qui apparaît comme général et supérieur à l'ensemble des intérêts privés de tous les acteurs de l'entreprise. En droit vietnamien comme en droit français, la poursuite de l'intérêt personnel au détriment de celui de la société est un comportement pénalement répréhensible. Si le devoir de probité existe dans le secteur privé, alors le risque de corruption est également réel. Des activités de corruption peuvent, *de facto*, tout à fait se réaliser entre personnes privées. La seule différence avec les infractions de corruption précédemment énoncées relève donc de l'incrimination de ces comportements qui, pendant longtemps, a été ignorée des droits pénaux nationaux.

26. La conception du phénomène de corruption a donc dû évoluer pour s'adapter à ces nouvelles formes. Le phénomène s'est internationalisé, privatisé et les Etats sont fortement incités à en prendre conscience. Malgré toutes ses évolutions, la « corruption » entendue au sens étroit, comme une série d'infractions, ne permet toutefois pas pour autant d'englober toutes les « activités » qui s'y apparentent. Nous avons donc choisi de parler de « pratiques corruptrices » qui s'entendent de toutes les pratiques relevant d'un agissement corruptif. Le terme est volontairement plus large que la notion de même de corruption. Il permet d'englober, d'une part, toutes les activités portant atteinte à la probité, qu'elle soit privée ou publique. Les comportements visés dans cette étude sont tous les comportements pouvant être associés à des activités corruptrices. Il permet d'englober, d'autre part, les agissements situés en amont ou en aval de la corruption. L'infraction n'est jamais une fin en soi, elle est le moyen, pour leurs auteurs, d'obtenir un avantage décisif. Pour ce faire, la corruption implique souvent la commission de nombreuses infractions antérieurement ou postérieurement à cette « *infraction pivot* »⁵⁵. Seront visées, ici, certaines infractions d'affaires commises en amont pour permettre de réaliser une corruption, comme le délit français d'abus de biens sociaux par

⁵²T. Cassuto, « Pour une approche étendue des systèmes corruptifs », in E. Dreyer, « Focus les manquements au devoir de probité », Dossier, *Gazette du Palais*, 20-21 avril 2012, p. 5.

⁵³F. Farouz-Chopin, « La lutte contre la corruption », Thèse, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁴W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°1, p. 1.

⁵⁵ T. Cassuto, « Pour une approche étendue des systèmes corruptifs », *op. cit.*, p. 6.

exemple, ou encore le blanchiment dont la commission permettra de dissimuler les produits issus de pratiques corruptrices.

27. Ce terme a également été choisi en raison de l'internationalisation croissante du phénomène de corruption qui change son aspect. Il ne convient plus d'employer le terme de « corruption » tant ses manifestations peuvent être variées à l'échelle supranationale. La notion de pratiques corruptrices semble donc bien plus appropriée dans un contexte d'échanges économiques internationaux.

28. La notion d'échange s'entend, juridiquement, d'un contrat par lequel une personne cède un bien contre la remise d'un autre bien⁵⁶. Le contrat d'échange, selon cette définition, est très proche du contrat de vente à la différence que la remise escomptée n'est pas une somme d'argent mais un autre bien. Il s'agit donc de la version actuelle de l'ancien « troc » de nos sociétés traditionnelles. Toutefois, dans le domaine du commerce, le terme « échange » a pris une autre tournure vers 1840 avec la traduction française du concept anglophone de « free trade ». Cette notion est devenue, en droit français, le libre-échange. Ce terme désigne aujourd'hui le système dans lequel les échanges commerciaux sont libres⁵⁷.

Echanges économiques internationaux est utilisé ici comme synonyme « d'échanges commerciaux ». Il s'agit des relations de commerce qu'entretiennent les Etats entre eux, en particulier par le biais des entreprises multinationales qui cherchent à obtenir des marchés à l'étranger. Par l'utilisation du terme « échanges économiques internationaux », l'objectif est d'intégrer la dimension d'extranéité des échanges commerciaux.

29. Le développement des échanges économiques internationaux, ce que nous appelons plus communément « la mondialisation », est à l'origine de l'internationalisation des pratiques de corruption. Le terme « *internationalisation de la corruption* » désigne la généralisation et l'aptitude de cette forme de criminalité « à utiliser les méthodes et les instruments du système international »⁵⁸ ; en d'autres termes, à transcender les frontières nationales. C'est bien sûr « grâce » au développement des échanges économiques internationaux que la corruption a pu aussi facilement s'exporter et s'est « pluralisée ». Les entreprises, souhaitant obtenir ou conserver des marchés dans d'autres pays, n'ont pas hésité à « offrir » des pots-de-vin à des agents publics étrangers dans cet objectif. Nous avons assisté, de ce fait, à une multiplication des « lieux de l'internationalisation » du phénomène de corruption⁵⁹.

30. Le développement économique mondial et l'internationalisation des échanges ont donc favorisé l'apparition de nouvelles formes de corruption. Pourtant, face à cette évolution, la réponse « pénale » appliquée n'a pas été celle attendue. Paradoxalement, les parlements nationaux ont fait preuve d'un réel « autisme » face à l'internationalisation de la corruption qui a très vite révélé l'obsolescence des définitions nationales⁶⁰. Pire encore, certains gouvernements ont été séduits par le système de défense adopté par les entreprises privées confrontées à ce phénomène. Loin de s'indigner contre un tel système de corruption généralisée, les entreprises ont décidé de s'y soumettre. Pour leur défense, elles ont avancé l'argument de la généralisation des procédés et la nécessité d'y recourir pour décrocher des marchés indispensables à la survie de leurs entreprises et à l'emploi de leurs salariés⁶¹. Les

⁵⁶S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 399.

⁵⁷A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., p. 697.

⁵⁸M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *Droit pénal*, 2006, n°9, étude 12, n°2.

⁵⁹J. Tricot, « La corruption internationale », *RSC*, 2005, p. 753.

⁶⁰M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », op. cit., n°2.

⁶¹M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°89, p. 73.

Etats ont donc, au départ, décidé de « tolérer » les pratiques de corruption commises dans le cadre de relations de commerce international. Protéger les entreprises nationales et maintenir emplois étaient plus important que de condamner ces activités qui, après tout, se déroulaient en dehors du territoire national, « *cantonnés sous d'autres cieux lointains et exotiques* »⁶². La première loi visant à interdire ces comportements est née aux Etats-Unis, avec l'adoption du fameux « *Foreign Corrupt Practices Act* » (FCPA)⁶³ en 1977. Mais telle décision s'est vite révélée économiquement non viable tant l'impact sur les entreprises américaines a été négatif⁶⁴. Face à ces difficultés, les Etats-Unis ont dû se résoudre à admettre de nouveau, pendant un temps, la licéité de certains paiements de routine afin de ne pas défavoriser leurs entreprises sur la scène internationale⁶⁵.

31. En outre, certaines thèses affirmaient que la corruption pouvait finalement être un facteur de développement économique. Elle aurait, en ce sens, une certaine « *utilité sociale* »⁶⁶ car dotée d'un pouvoir redistributif important. Certains la considéraient même comme un substitutif fonctionnel à la participation directe du pouvoir⁶⁷. Telle position ne facilitait pas l'interdiction ferme des actes de corruption internationale.

Bien sûr, un tel postulat n'est absolument plus acceptable aujourd'hui. Comme l'énonce très justement Monsieur Marc Segonds : « *pareille thèse ne résiste pas à la critique* »⁶⁸. Nous ne cesserons de l'énoncer : les pratiques de corruption, sous toutes leurs formes, sont un fléau pour les Etats et leurs économies. Elles faussent les règles de la concurrence, elles détournent des flux financiers, diminuent les capacités d'investissement des entreprises et autorisent des entités économiques non viables à perdurer. Pire encore, la corruption peut engendrer des conséquences extrêmement graves, jusqu'à en être mortelles. Pour ne prendre qu'un exemple d'évènements funestes qui trouvent leur cause dans la corruption, nous citerons ici l'affaire « *Karachi* ». Il a été révélé que l'explosion qui a causé la mort de plusieurs personnes, notamment des ressortissants français, trouvait sa cause dans l'arrêt d'activités de corruption qui existaient entre le gouvernement français et de hauts fonctionnaires pakistanais. Au Vietnam, la corruption a aussi fait des victimes, notamment lors de l'effondrement d'un pont dans le Sud Vietnam. Il s'est avéré que le montant des commissions versées pour l'obtention du marché avait été tel qu'il ne restait plus suffisamment de fonds pour financer le matériel nécessaire à la construction d'un ouvrage solide et conforme aux enjeux climatiques du pays.

32. Mais si tout le monde s'accorde à considérer aujourd'hui la corruption internationale comme un fléau, il est surtout nécessaire d'apporter une réponse globale à ce phénomène. Sans réponse « générale », « mondiale » aux pratiques de corruption exercées dans les échanges économiques internationaux, le risque est de permettre aux entreprises et autres acteurs de la corruption de se délocaliser vers les pays dotés du système le plus tolérant à cet égard⁶⁹. En d'autres termes, par le mécanisme du « *forum shopping* », les acteurs les plus

⁶² *Ibid.*

⁶³ Pour plus de détails concernant l'adoption du FCPA aux Etats Unis, Cf P. John Fitzgerald, « Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption des agents publics étrangers », Thèse, *Université du Sud Toulon-Var*, 2011, p. 29 et s.

⁶⁴ J. Tricot, « La corruption internationale », *op. cit.*, p. 755.

⁶⁵ La portée du FCPA a ainsi été limitée par le « *Omnibus Trade and Competiveness Act* » adopté en 1988 et qui a inséré un certain nombre d'atténuations et d'exceptions aux règles posées par le FCPA ; in V.O.Th Jonhson, « Les lois américaines applicables aux commissions illicites : le Foreign Corrupt Practices Act et les lois connexes », *Les commissions illicites*, CCI, Paris, p. 11 et s. ; J. Tricot, *Ibid.*

⁶⁶ P. Lascoumnes, *Corruptions*, Presses de Sciences Po, 1999, p. 117.

⁶⁷ J. Becquart-Leclercq, *Paradoxes de la corruption politique*, *Pouvoirs*, 1984, n°31, p. 18-21.

⁶⁸ M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°8.

⁶⁹ U. Cassani, « La lutte contre la corruption : vouloir c'est pouvoir ? » ; in U. Cassani et A. Héritier-Lachat, *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, *op. cit.*, p. 35.

puissants du marchés font en sorte de profiter des disparités entre les normes internes et de l'absence d'une véritable coordination entre les législateurs⁷⁰.

33. Une telle réponse internationale existe déjà. Face à la montée du phénomène et de sa dangerosité, des organisations régionales et internationales ont réagi par l'adoption de nombreux instruments visant à lutter contre la corruption. En l'espace de dix ans, ce ne sont pas moins de dix instruments qui ont été créés. Au niveau régional, des conventions ont été adoptées par le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne. Des textes ont également été rédigés par l'Organisation des Etats Américains (OEA) et par l'Union Africaine (UA). Au niveau international, trois conventions ont été adoptées. Deux par les Nations Unies, dont la plus importante : la Convention des Nations Unies contre la Corruption (UNCAC) de 2003, et une par l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE).

Mais l'adoption de textes à dimension supranationale ne suffit pas à apporter une réponse « globale » au phénomène de corruption. Rappelons ici que ces instruments juridiques ne créent d'obligation qu'à l'égard des Etats. Il leur appartient, ensuite, d'incriminer les infractions prévues par les conventions. Ce n'est qu'au terme d'un processus de ratification généralisé que naîtra une véritable harmonisation des législations nationales empêchant tout mécanisme de « *forum shopping* ». Ce n'est donc pas uniquement le droit international des pratiques de corruption qu'il convient d'étudier, mais surtout les législations nationales et l'attitude des législateurs face à l'intégration des obligations supranationales en droit interne.

34. En droit français, le législateur a tenté de s'adapter à l'évolution de la corruption et de se conformer aux impulsions européennes et internationales. Au départ considéré comme un crime, la corruption a été correctionnalisée en 1943⁷¹. Déclinée sous ses deux formes, passive et active, elle a été toutefois réservée aux seules relations impliquant le secteur public national jusqu'en 2000. C'est à partir de cette date que le législateur a progressivement élargi le champ d'application de cette notion. Les infractions ont ainsi d'abord été étendues aux relations impliquant des agents publics étrangers et internationaux pour ensuite être applicables, à partir de 2005, aux relations entre personnes privées.

Désormais, il existe une multitude d'infractions françaises de corruption puisque le législateur a pris le parti, pour chaque nouvelle forme de corruption, de créer de nouvelles infractions distinctes et autonomes. Ce choix n'a pas fait l'unanimité parmi les auteurs⁷² mais la conception même de la notion de corruption est encore amenée à évoluer. A titre d'exemple, le Service Central de prévention de la corruption (SCPC) ne fait plus référence à quelque qualité de la personne corrompue dans ses définitions des deux infractions⁷³. Il a adopté une définition générale et unique des délits de corruption.

35. En droit vietnamien, les infractions de corruption ont été créées en même temps que le code pénal, en 1999. La corruption passive figure à l'article 279 du code pénal. La corruption active, quant à elle, est incriminée à l'article 289 du code pénal. Les deux infractions sont intégrées dans le chapitre XXV du code pénal intitulé « des atteintes à l'administration publique ». La corruption, en droit vietnamien, conserve donc ses caractéristiques traditionnelles. L'acte n'est incriminé uniquement pour les relations impliquant un « agent public national ». L'article 277 du code pénal, introduisant le chapitre du code, définit cette

⁷⁰M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*

⁷¹W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 35.

⁷²Dans leur ouvrage, par exemple, les professeurs G. Roujou de Boubée et M.-L. Rassat ont ainsi regretté que l'incrimination des nouvelles formes de corruption se soit faite « de manière particulièrement brouillonne, au risque d'insupportables redondances » ; cf E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1387, p. 625.

⁷³SCPC, *Rapport 2011, La Doc. Fr.*, 2011, p. 97.

condition préalable *rationae personae*. Ainsi les infractions de corruption sont donc considérées comme « des atteintes commises par des personnes exerçant une fonction publique et visant à détourner l'organe public de son fonctionnement normal ».

Le droit vietnamien semble donc éprouver des difficultés à envisager la corruption comme une infraction économique à part entière. Cela va sans dire qu'il envisage encore moins la corruption sous l'angle de la criminalité organisée. Toutefois, le développement de l'économie, l'ouverture du pays vers l'international et son accession à des organisations supranationales, telles que l'OMC ainsi que son adhésion à la Convention de Mérida amènent nécessairement le législateur à s'interroger sur l'évolution des pratiques de corruption et la réponse pénale qu'il convient de leur apporter.

36. Cette étude sur les pratiques corruptrices dans les échanges économiques internationaux s'attache donc, d'abord, à analyser les infractions « majeures » de corruption pouvant être commises à l'occasion de relations commerciales : la corruption interne, la corruption d'agents publics étrangers, dite corruption transnationale, et la corruption privée. Elle s'attache ensuite, à étudier les autres comportements « corruptifs », qui se placent autour des délits de corruption, et pouvant être indépendamment incriminés dans les systèmes nationaux. Tous ces agissements forment ce que l'on appelle, les pratiques corruptrices.

37. Il convient, par conséquent, d'exclure de notre étude certains comportements considérés comme relevant des atteintes à la probité mais qui n'apparaissent pas comme étant pertinents pour le bien-fondé de cette analyse.

Nous excluons, d'une part, l'infraction française et quelque peu « désuète »⁷⁴ de concussion. Ce délit, prévu à l'article 432-10 du code pénal, se définit comme : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû ». D'abord, cette infraction ne concerne que les agents publics nationaux. Le phénomène de concussion n'a pas subi les mêmes évolutions que celui de corruption. Par conséquent, il ne vient pas à s'appliquer dans un contexte internationalisé. Ensuite, seul un agent public peut être auteur de cette infraction. Le particulier se pose ici en victime de l'abus commis par le concussionnaire. Or cette étude centre son attention autour des pratiques supposant une collusion.

Nous excluons, d'autre part, certains comportements considérés comme faisant partie intégrante du phénomène de corruption, entendu dans son sens large, mais dont l'intérêt pour notre étude était limité. Ne seront pas étudiées, en premier lieu, les infractions de corruption de magistrats et de mineurs. Ces délits très spécifiques de corruption n'entrent pas, en effet, dans le domaine des pratiques de corruption pouvant être commises dans le cadre d'échanges économiques internationaux. La corruption de magistrat⁷⁵ relève plus des infractions relatives à l'obstruction de la justice tandis que la corruption de mineurs⁷⁶ figure parmi les atteintes à l'intégrité des enfants. Le délit est d'ailleurs intégré dans la partie du code relative aux atteintes à l'intégrité de la personne humaine. En second lieu, nous avons également décidé d'exclure le trafic d'influence. La raison tient en ce que l'accent a été mis sur les « collusions » entre deux personnes qui amènent directement à une modification du comportement de la personne corrompue. Le trafic d'influence ne représente, au final, que peu d'intérêt dans le cadre du commerce international. Cette infraction trouve essentiellement

⁷⁴ Terme employé par, C. André, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2013, n°459, p. 380.

⁷⁵ C. Pén, art. 434-9.

⁷⁶ C. Pén, art. 227-22.

sa place dans les relations purement « internes » à un pays. A titre d'exemple : un dirigeant société qui remet au gendre d'un Ministre, des fonds prélevés sur sa société pour qu'il intervienne auprès de son beau-père et obtienne une remise fiscale au profit de sa société, comme cela a été le cas dans le cadre de l'affaire dite « *Noir-Botton* »⁷⁷. En outre, un tel comportement semble parfaitement entrer dans la définition de la corruption qui suppose que l'agent « agisse » ou « s'abstienne d'agir » en faveur du corrupteur, fût-il qu'il n'agisse simplement auprès d'une tierce personne. A notre sens, les délits de trafic d'influence ne font que rendre le dispositif répressif contre les « atteintes à la probité » encore plus « brouillon »⁷⁸ et illisible.

38. Pour mieux illustrer la complexité que revêt la lutte contre les pratiques corruptrices dans les échanges économiques internationaux, un choix a été opéré de se tourner vers une analyse comparative entre deux pays très éloignés mais qui nourrissent pourtant des liens extrêmement forts, tant au niveau historique qu'au niveau commercial : la France et le Vietnam.

§3 : L'illustration de la complexité de la lutte contre les pratiques corruptrices à l'échelle supranationale par une étude comparative

39. Le choix de se tourner vers une étude comparative entre la France et le Vietnam résulte d'une constatation : le développement sans précédent des échanges économiques internationaux entre les pays occidentaux, notamment les pays européens, et l'Asie. L'Asie du Sud-Est est une région en plein développement économique. Y sont présents des pays comme la Chine, aujourd'hui grande puissance mondiale qui rivalise avec les Etats-Unis, mais aussi les Nouveaux Pays Industrialisés (NPI), les fameux « tigres asiatiques ». Ces pays se caractérisent par une croissance économique très forte, entre 5 et 7% par an, et par une industrialisation rapide et massive. Aux industries de « mains d'œuvres » (textile, confection, agroalimentaire), se substituent peu à peu des industries de haute technologie. La production de ces pays est largement tournée vers l'exportation⁷⁹. Dans les années 1970, il existait quatre tigres : Corée du Sud, Hong Kong, Singapour et Taïwan. Ces pays ont achevé leur processus de développement et sont devenus des pays développés. Hong Kong et Singapour sont même devenues des places financières incontournables du monde des affaires. Aujourd'hui, de nouveaux tigres ont fait leur apparition. Parmi eux, figure le Vietnam.

Par ses caractéristiques de NPI, le Vietnam nourrit donc de nombreuses relations commerciales avec les pays développés, notamment avec la France, dont les entreprises cherchent à se délocaliser. Fort de son développement sans précédent, le pays n'a de cesse d'attirer de nouveaux investisseurs au point que le pays est entré à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) en 2007⁸⁰.

40. Mais si le Vietnam s'est développé économiquement très rapidement, le changement structurel n'a pas, en revanche, subi la même évolution. Le pays conserve encore des

⁷⁷Cass. Crim., 6 février 1997, *Bull. Crim.*, 1997, n°48 ; *JCP G*, 1997, II, 22 823, note M. Pralus ; *Dalloz Affaires*, 1997, p. 281 et 780, note H. Matsopoulou ; *Droit pénal*, 1997, comm. 61, 63 et 70 ; *Revue des sociétés*, 1997, p. 146, note B. Bouloc ; *Dalloz*, 1997, p. 334, note. J.-F. Renucci.

⁷⁸ Terme utilisé par E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°1387, p. 625.

⁷⁹ Dictionnaire Larousse, site officiel.

⁸⁰ N. Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, « APEC Procurement transparency standards in Vietnam. The Need to Move from Law to Practice », *Transparency International*, 2011, p. 11. Document disponible en ligne http://www.transparency-usa.org/documents/TI-Report-Vietnam_FINAL.pdf.

comportements traditionnels qui s'accroissent mal avec les objectifs de développement. D'une part, une large préférence est toujours accordée aux transactions en espèce, ce qui favorise leur volatilité et les activités frauduleuses⁸¹. D'autre part, le « climat culturel et social »⁸² favorise le développement de la corruption. Le Vietnam conserve une culture dans laquelle il existe des rituels d'échanges de dons. Ces rituels sont une forme essentielle de cohésion sociale. Ainsi, il est de coutume de considérer que l'on ne va pas voir un responsable ou un client « les mains vides ». Ce rituel s'observe plus particulièrement à l'occasion du nouvel an, le Têt, au cours duquel il est impossible de voir un supérieur, un client ou toute autre personne professionnellement liée sans lui offrir un présent ou en recevoir un. Le problème survient ici dans le caractère « obligatoire » de ces échanges : il est impossible de ne pas offrir ou de refuser de recevoir. Cette situation crée un risque de corruption certain.

En sa qualité de NPI, le Vietnam conserve encore les « stigmates » d'un pays en développement dans lequel l'acte de corruption est banalisé. Il relève du quotidien de la population et des entrepreneurs. Les vietnamiens désireux d'accéder à un poste important, notamment dans la fonction publique, se doivent de « jouer le jeu ». Les entreprises qui refusent de s'y soumettre se voient pénalisées par rapport à leurs concurrents. La corruption est donc normalisée : elle est vécue comme une fatalité faisant partie intégrante de la « culture du pays »⁸³. En conséquence, le pays présente un fort taux de corruption. Une étude menée par la Banque Mondiale en 2006 plaçait le Vietnam à la troisième place parmi les Nations asiatiques les plus corrompues derrière l'Inde et l'Indonésie⁸⁴. L'Indice de Perception de la Corruption (IPC) évalué par l'ONG Transparency International et classant les pays en fonction du degré de corruption perçue, place le pays au 119^{ème} rang sur 174 pays évalués pour l'année 2014.

41. Mais le problème que rencontre le pays n'est pas tant la banalisation de la corruption en soi mais la gravité croissante des conséquences que de tels agissements engendrent. La situation du pays est une illustration parfaite des propos tenus par Madame Mireille Delmas-Marty et Monsieur Stefano Manacorda dans le rapport de clôture présenté au XIII^{ème} Congrès de la société internationale de défense sociale⁸⁵ : nous assistons à une transition nette d'une « petite corruption » qui conditionne la vie quotidienne des citoyens à une grande corruption, plus évoluée, plus complexe et qui se retrouve majoritairement dans les relations entre secteur public et secteur privé dans le cadre des procédures d'attribution de marché.

Le Vietnam a dépassé le stade des petits cadeaux ou autre « arrangements entre amis » pour lesquels la corruption n'avait au final que peu de conséquences. Même si elle était moralement condamnable, elle pouvait s'expliquer au regard du niveau de vie des auteurs corrompus et de cette « culture vietnamienne » de cadeaux. Aujourd'hui, la corruption prolifère à la plus haute sphère étatique. Le développement des échanges économiques internationaux a favorisé la venue massive d'investisseurs étrangers. L'importance des contrats qu'ils sont susceptibles d'obtenir n'a cessé d'augmenter. Les entreprises étrangères cherchent à obtenir ou conserver des contrats relatifs à la construction d'infrastructures de grande ampleur (routes, immeubles, aéroports...). L'aide internationale pour le développement du pays est aussi devenue massive du fait du « potentiel » que

⁸¹United States Department of State, « Money laundering and Financial Crime » ;in, *International Narcotic Control Strategy report*, Volume II, « Money laundering and Financial Crime », *Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs*, mars 2008, p.487.

⁸²M. Hénaff, « Le don pervers. Pour une anthropologie de la corruption », *Esprit*, *op. cit.*, p. 47.

⁸³Cf I. Hors, « Lutter contre la corruption dans les pays en développement », *OCDE L'observateur*, site officiel.

⁸⁴Banque Mondiale, « Vietnam development report 2006 », *Banque Mondiale*, 30 novembre 2005, p. 49 ; Cf également, F. Boulares, « La corruption et la répression : une nouvelle approche dans l'analyse des systèmes politiques arabes », Thèse, *Université Toulouse 1 – Capitole*, 2007, p. 56.

⁸⁵Cf M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*

représente le Vietnam en termes de croissance et de marché. En d'autres termes, les appels d'offres représentent, pour les entreprises candidates, une assurance de remporter plusieurs millions d'euros. Par conséquent, leur « générosité » va de pair. Pour s'assurer de remporter le marché, les entreprises ne cessent de surenchérir allant jusqu'à offrir des pots-de-vin pour des montants astronomiques.

Malheureusement, ces commissions versées pour l'obtention de marchés sont autant de fonds détournés de leur objectif premier. Par conséquent, les infrastructures construites ou l'aide apportée au développement sont de qualité très médiocre. La corruption fait de la population les victimes principales de ce système. Certaines infrastructures deviennent même dangereuses et menacent la vie de leurs utilisateurs. Nous pouvons citer à nouveau ici l'affaire relative à l'effondrement du pont au Sud Vietnam⁸⁶.

42. Mais la corruption ne menace pas uniquement la vie des résidents. C'est l'économie toute entière du Vietnam qui pâtit de cet engrenage. D'une part, la réputation de certaines entreprises nationales est désormais anéantie à cause du système de corruption généralisé. Citons ici l'affaire « *Vinashin* ». Jusqu'à l'éclatement du scandale en 2010, cette grande entreprise nationale de construction navale, mondialement connue, faisait la fierté du pays. La découverte du détournement de millions de dollars a fortement entaché la réputation de l'entreprise mais aussi l'image du pays⁸⁷. D'autre part, étant donné son accession à l'OMC, le pays a décidé de s'ouvrir à l'international. Il a besoin, pour le maintien de son développement, de nouveaux investisseurs. Or, ce qui était autrefois perçu comme une « coutume locale » devient un véritable frein pour les investissements. En tant que membre de l'OMC, le pays doit fournir des efforts supplémentaires pour accroître la transparence de ses activités et réduire le risque de corruption. L'OMC a d'ailleurs rappelé le pays à l'ordre sur ces sujets, considérant que son niveau de corruption n'était pas suffisamment satisfaisant pour respecter ses engagements vis-à-vis de l'organisation. Cela démontre bien que la corruption est aujourd'hui un vrai danger pour l'économie du pays.

43. De son côté, la France, sous impulsion internationale et européenne, n'a eu de cesse de renforcer son dispositif répressif et préventif contre les pratiques de corruption. Bien que l'encadrement de ces infractions semble encore souffrir de certaines faiblesses⁸⁸, il ne fait aucun doute que le législateur n'a cessé d'élargir le champ d'application des infractions relatives aux pratiques corruptrices et d'incriminer de nouvelles formes de corruption. Aujourd'hui, le droit français incrimine, non seulement, la corruption d'agents publics nationaux⁸⁹, mais également celle d'agents publics étrangers⁹⁰ et même la corruption réalisée entre personnes privées⁹¹. En d'autres termes, aucune relation corruptrice inscrite dans le cadre d'échanges économiques internationaux n'échappe désormais à l'arsenal répressif français.

44. A première vue, l'articulation entre les deux systèmes paraît difficile. Les entreprises françaises, pour lesquelles le versement de quelconque avantage appelle une réponse pénale

⁸⁶ Cf AFP, « Pont effondré au Vietnam : bilan d'au moins 49 morts », AFP, 29 septembre 2007.

⁸⁷ H. Lisande, « Vinashin ou l'incurie des entreprises publiques vietnamiennes », *Libération*, 23 Décembre 2010, Rub. Economie : « [...] *Le constructeur naval Vinashin, a révélé la fragilité de son économie. Jusqu'à présent, les investisseurs étrangers n'avaient d'yeux que pour sa croissance - plus de 7%, en moyenne, depuis quinze ans. Désormais ils se demandent quel sera le prochain conglomérat d'Etat à s'effondrer [...]. Pour la Banque mondiale, les entreprises publiques - qui assurent officiellement 40% du PIB - sont, pour la plupart, exposées aux mêmes risques que ceux qui ont provoqué le naufrage de Vinashin : manque de contrôle, mauvaise gouvernance et endettement* ».

⁸⁸ M. Segonds, « à propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *Dalloz*, 2008, p. 1068 ; M. Segonds, « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », *AJ Pénal*, 2006, p. 195.

⁸⁹ C. Pén, art. 432-11 et 433-1.

⁹⁰ C. Pén, art. 435-1 et 435-3.

⁹¹ C. Pén, art. 445-1 et 445-2.

ferme, devraient être dans l'impossibilité d'obtenir ou de conserver quelconque contrat au Vietnam. Si la corruption est si généralisée dans le processus d'attribution de marché, aucune entreprise française ne peut a priori s'y implanter. C'est pourtant bien le contraire que la pratique démontre. Beaucoup d'entreprises françaises sont présentes et détiennent des marchés au Vietnam. Deux raisons peuvent être avancées à cette apparente contradiction.

45. Premièrement, malgré le risque pénal, les entreprises françaises versent des commissions pour l'obtention ou la conservation de marchés. Les responsables des filiales implantées au Vietnam n'ont d'autre argument que celui de la fatalité : corrompre est nécessaire à la survie de l'entreprise et au maintien de l'emploi. Cet argument n'est pas sans rappeler la « ligne de défense » classique adoptée par tous les dirigeants mis en cause dans des affaires de corruption⁹². Pourrions-nous aller plus loin dans cette réflexion et considérer les entreprises françaises comme victimes ? Nous pourrions être séduits par cette optique. Effectivement, le caractère « normal » des pratiques de corruption au Vietnam conduit à cette fatalité qui pourrait faire penser que les entreprises sont « victimes » de ce système. Pire encore, elles seraient des victimes consentantes en ayant d'autre choix que de recourir à elles-mêmes à la corruption. Le secteur public vietnamien aurait atteint « *le stade ultime de la domination* » sur le secteur privé⁹³. Restons vigilants toutefois dans cette hypothèse séductrice. Si le secteur privé est effectivement piégé dans un cet engrenage, il n'est cependant pas étranger à son apparition et à son développement⁹⁴. En outre, il faut le reconnaître, le système judiciaire français ne favorise pas la dissuasion. Très peu de condamnations ont encore été prononcées sur la base des infractions de corruption transnationale et de corruption privée⁹⁵. Une seule affaire a fait écho ces dernières années, celle du groupe Safran, condamné en 2012 pour corruption active d'agents publics étrangers⁹⁶. Toutefois le montant de l'amende a été fixé à 380 000 euros, ce qui paraît dérisoire en comparaison des gains obtenus par l'entreprise par le biais de la corruption. Par conséquent, lorsque l'on notifie à un chef d'entreprise français implanté au Vietnam les risques pénaux qu'il encoure théoriquement en France, sa réponse ne se fait pas attendre. Le risque pénal lui apparaît beaucoup trop faible pour contrebalancer les avantages qu'il retire de l'obtention ou de la conservation d'un marché au Vietnam.

46. Deuxièmement, le Vietnam commence à prendre conscience du danger que représente la corruption pour son économie et son développement. Il a donc commencé à engager un combat pour lutter contre les pratiques corruptrices réalisées sur son territoire. La tendance serait donc à l'infléchissement de la corruption, ou du moins à une rationalisation des montants versés à titre de commission. La volonté du législateur affichée est véritablement de mettre fin à ces pratiques. Les entreprises françaises présentes sur le territoire vietnamien pourraient donc contribuer à cette lutte en refusant progressivement de verser les fameux pots-de-vin.

⁹²Voir *supra* n°30 ; En ce sens également, M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°89, p.73 ; cf aussi les trois fameuses affaires relatives à la question de l'abus de biens sociaux commis pour le versement de commission « dans l'intérêt de l'entreprise » : « *Carpaye* », Cass. Crim., 22 avril 1992, *Bull. Crim.*, 1992, n°169 ; *Revue des sociétés*, 1993, p. 124, note B. Bouloc ; *Dalloz*, 1995, p. 59, note H. Matsopoulou ; *Droit pénal*, 1993, n°115, note J.-H. Robert ; *JCP E*, 1992, pan., 1349 ; « *Noir-Botton* », Cass. Crim. 6 février 1997, *op. cit.* ; « *Carignon* », Cass. Crim. 27 octobre 1997, *Bull. Crim.*, 1997, n°352 ; *JCP G*, 1998, n°6, II, 10 017, note M. Pralus ; *JCP E*, 1998, p. 268, obs. J.-F. Renucci ; *Droit pénal*, 1998, comm. 21, obs. J.-H. Robert ; *Revue des sociétés*, 1998, p. 869, note B. Bouloc. Pour l'acte de corruption commis dans « l'intérêt de la société », Voir *infra* n°315.

⁹³ Cf en ce sens, A. Garapon, « La peur de l'impuissance démocratique », *op. cit.*, p. 25.

⁹⁴ Voir *infra* n°887 et s.

⁹⁵ Rappelons ici que la France a d'ailleurs été critiquée par l'OCDE, dans son dernier rapport de suivi de décembre 2014, pour son manque de proactivité pour la poursuite et la condamnation des entreprises françaises versant des commissions à l'étranger ; voir *supra* n°9.

⁹⁶ TI France, *Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence, la démocratie avance*, TI France, Rapport 2012, p. 11.

47. Il est impensable de considérer que si les entreprises françaises sont soumises à une interdiction formelle de verser des commissions, elles doivent tout simplement ne pas s'implanter au Vietnam. Le contexte actuel des échanges économiques internationaux fait de l'Asie, et notamment du Vietnam, une place incontournable du monde des affaires. Si jusqu'à présent, il semble indispensable que nos entreprises « prennent le risque » de verser des commissions pour pouvoir se développer au Vietnam et « assurer leur survie », la tendance semblerait progressivement s'inverser. Avec le développement des échanges économiques internationaux, les législations « modèles » en matière de lutte contre les pratiques corruptrices ont vocation à s'exporter. Progressivement, il n'appartient plus aux entreprises de s'adapter à la « culture » du pays d'accueil mais à la loi de ce dernier d'évoluer pour être en conformité avec les principes éthiques des investisseurs.

Pour appuyer cette vision, rappelons ici que la France et le Vietnam sont tous deux parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption. Les législations de ces deux Etats ont donc vocation à se rapprocher dans ce domaine. Le Vietnam s'est inscrit dans un processus d'amélioration de son droit préventif et répressif contre les pratiques de corruption en s'engageant à respecter à terme les standards internationaux établis en la matière.

Dans les relations économiques entre la France et le Vietnam nous nous trouvons donc actuellement dans une période charnière entre l'internationalisation des pratiques de corruption et l'harmonisation progressive des législations en faveur du combat contre ces pratiques.

48. Réaliser une étude comparative entre le droit français et le droit vietnamien revêt donc un double intérêt : à la fois théorique et pratique. L'intérêt est, d'une part, théorique car une « passerelle » scientifique s'établit entre deux systèmes de droit géographiquement et culturellement très lointains. La matière du droit comparé n'est pas nouvelle. Dans les années 1830, déjà, Alexis de Tocqueville avait effectué une étude comparative détaillée entre les systèmes juridiques et politiques français et américains⁹⁷. Mais la comparaison entre deux ou plusieurs systèmes juridiques a souvent tendance à se cantonner à des pays dont la « culture » est déjà proche ; des systèmes dans lesquels les points de comparaison sont nombreux. Il était donc très rare, du moins jusqu'à la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, de s'aventurer dans une étude comparée avec des droits aussi « lointains et exotiques »⁹⁸. Cela était d'autant plus vrai concernant l'Asie, en particulier l'Asie du Sud Est. En plus d'être une région trop éloignée de la nôtre, la comparaison ne représentait que peu d'intérêt scientifique. Il ne s'agissait pas d'une région « incontournable » du monde juridique et des affaires. Le développement des pays d'Asie du Sud Est n'en était qu'à ses balbutiements. Les régions dominantes, les fameuses « puissances », n'étaient autres que l'Europe et les Etats-Unis. Mais le contexte géopolitique a évolué depuis cette conception première. L'Asie du Sud Est s'est fortement développée, menée par la Chine qui a désormais sa place dans le rang des puissances mondiales. Le pays est suivi de nombreuses autres « puissances en puissance » telles que la Thaïlande, Hong Kong, Singapour, la Malaisie, l'Indonésie et le Vietnam. Sont pressentis pour suivre derrière : le Cambodge, le Laos, les Philippines mais aussi la Birmanie dont l'ouverture récente laisse présager un futur développement extrêmement rapide. Si ces pays deviennent de nouvelles puissances, l'apprentissage de leurs systèmes de droit et la comparaison avec nos systèmes « occidentaux » apparaît scientifiquement indispensable. Nos futurs juristes seront peut être amenés à composer avec ces mécanismes de droit qui nous sont encore totalement étrangers.

⁹⁷ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, coll. Folio Histoire, 1986.

⁹⁸ Terme employé par M. Le professeur Michel Véron ; in M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°89, p. 73.

49. L'intérêt est, d'autre part, pratique dans la mesure où les relations économiques entre la France et le Vietnam n'ont cessé de se développer. La montée du Vietnam en termes de croissance, fait du pays une place économique très « prometteuse ». Bien sûr, l'accroissement des relations commerciales fait tout autant augmenter le risque de corruption qui s'y rattache. Il est donc dans notre intérêt de faire une étude comparative entre le droit français et le droit vietnamien dans le domaine de la lutte contre les pratiques corruptrices. Il est important de déterminer comment les deux systèmes de droit ont décidé de faire face à ce problème de corruption et quelle articulation il peut y avoir entre deux droits nationaux souverains.

50. En outre, comparer ces deux systèmes permet de donner un aperçu, à petite échelle, des problèmes que peuvent soulever l'intégration des conventions internationales dans les différents droits nationaux et de l'articulation entre ces systèmes a priori « harmonisés ». La compréhension des conventions internationales se fait toujours à travers le « prisme » de la culture juridique nationale. Par conséquent, il peut exister des distorsions entre les droits et cela peut conduire à une réduction de l'efficacité en matière d'échange et de coopération. Cette étude permet donc de mettre en lumière ces difficultés de compréhension et les solutions qui peuvent être apportées afin de respecter, à la fois, l'objectif d'harmonisation des droits pénaux et le respect des cultures juridiques nationales.

51. Si pour le droit français, d'un côté, il s'agit plus d'une étude synthétique au regard de toutes les études, débats et autres discussions qui ont déjà eu lieu en la matière, il s'agit en revanche d'une étude de proposition pour le droit vietnamien. Aucune recherche similaire n'a encore été menée au Vietnam. La corruption est bien sûr un sujet d'actualité, mais les questions n'ont pas été posées de cette manière. Mettre en relief le droit vietnamien avec le droit français permet donc de formuler quelques solutions pour améliorer le système répressif et préventif du pays. D'un autre côté, la comparaison du droit français avec le droit vietnamien permet de mettre en exergue certaines de ses faiblesses ou insuffisances. La question de la lutte contre les pratiques corruptrices est envisagée sous un autre angle que celui qui est habituellement adopté. De ce fait, de nouvelles interrogations se posent, ce qui peut aussi contribuer à formuler quelques propositions d'amélioration du droit français dans un contexte de « coopération » inter-étatique.

* *
*
*

52. Cette étude a pour objectif d'analyser les moyens de la lutte contre les pratiques corruptrices qui se développent dans un contexte d'échanges économiques internationaux. Elle permet de déterminer comment la France et le Vietnam combattent ces agissements, en particulier lorsqu'ils sont commis dans le cadre de relations commerciales.

En tant qu'Etats souverains, chacun des deux systèmes a indépendamment pris des mesures pour tenter de résoudre les problèmes de corruption qui naissent sur leurs territoires respectifs. Toutefois, face à l'internationalisation croissante de ces pratiques, ces législations sont amenées à se rencontrer. Dès lors la question se pose de savoir, d'abord, comment les deux législations étudiées ont décidé de lutter contre les pratiques corruptrices sur leurs territoires respectifs ? Ensuite, comment des cultures juridiques, *a priori* aussi éloignées, peuvent-elles se comprendre et s'articuler pour ne laisser aucune possibilité aux auteurs de corruption d'échapper à la réponse qui s'impose ?

53. Pour lutter contre les pratiques corruptrices, les deux pays ont commencé par les incriminer. La première réaction des Etats face à ce phénomène a été de réprimer les

agissements corruptifs : soit par la création d'infractions spécifiques, soit en faisant entrer ces agissements dans le champ d'application d'infractions préexistantes. Toutefois, la seule intervention législative s'est vite révélée insuffisante pour une condamnation efficace des auteurs. Relevant de la délinquance économique et financière, la plupart de ces délits se caractérisent par leur aspect occulte et relèvent d'une véritable ingéniosité. Par conséquent, pour assurer une répression plus efficace et surtout effective, les Etats sont amenés à créer des procédures spécifiques pour l'enquête et la poursuite des pratiques corruptrices.

54. La pratique démontre cependant, que les pratiques corruptrices ne sauraient être définitivement éradiquées par la seule force de la répression, surtout lorsque l'on se situe dans un contexte internationalisé. Lorsque les agissements sont commis à l'étranger, la crainte de la sanction pénale s'efface au profit de la volonté d'obtenir des contrats sur le territoire d'implantation. En outre, comme le démontrera cette étude, il est difficile pour les législateurs de prévoir des sanctions pénales suffisamment dissuasives et il est encore plus difficile de les faire appliquer. Par conséquent, les Etats ont été conduits à « repenser » l'angle d'attaque du combat mené contre les agissements corruptifs et ont pris le parti de les prévenir.

La prévention est aujourd'hui au cœur des mesures visant à lutter contre la corruption dans la majeure partie des Etats. D'ailleurs, lorsque l'on parle de « l'anticorruption », ce « *mot magique* » qui évoque, sans la nommer, la corruption tout en s'attachant à la contrer⁹⁹, c'est le plus souvent aux mesures préventives que l'on fait référence. Comme si l'aspect répressif classiquement envisagé avait démontré ses limites face à un phénomène qui se joue des frontières et du risque pénal national.

La prévention revêt, en outre, deux intérêts particuliers. D'une part, les mesures préventives sont moins coercitives et plus éducatives que les mesures répressives. Par conséquent, elles peuvent plus facilement s'exporter à l'international. D'autre part, la prévention empêche la réalisation des pratiques et de leurs conséquences parfois désastreuses. Certes, la répression, dans sa vocation « réparatrice », tente de rétablir la situation antérieure aux pratiques. Toutefois, la justice pénale seule ne saurait pleinement parvenir à cet objectif. En d'autres termes, « le mal est déjà fait ».

Sans négliger l'aspect répressif essentiel à une lutte efficace contre les pratiques corruptrices, il apparaît donc tout aussi fondamental de les prévenir et d'empêcher que « *se créent de telles situations* »¹⁰⁰. Contrairement aux apparences, l'action préventive s'avère encore plus difficile que la répression¹⁰¹, dans le sens où l'objectif est d'éradiquer tout risque de corruption dans toutes les sphères concernées. Pour ce faire, la transparence et le *fair play* semblent encore être les meilleurs outils et se posent en antonymes de la corruption¹⁰².

55. En conséquence, l'importance d'une réponse répressive face à ces agissement conduit à s'interroger dans un premier temps, sur les modalités de l'appréhension des pratiques corruptrices par le droit pénal (partie 1). Mais en considération des difficultés de la répression et de l'insuffisance de la sanction, il est apparu essentiel de démontrer que les Etats ont dû envisager d'autres outils pour lutter contre ces pratiques, en particulier la mise en place de dispositifs visant à prévenir les pratiques corruptrices (partie 2).

⁹⁹ A. Mignon Colombet, « L'anticorruption est-elle l'avenir du monde ? », *op. cit.*

¹⁰⁰ A.-J. Fulgères, F. Lhomme et F. Monier, « Comment lutter contre la corruption ? », *Esprit, op. cit.*, p. 68.

¹⁰¹ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*

¹⁰² Sur ce point Cf. notamment : J. Rawls, *Justice and fairness, Harvard University Press, Collected papers, 1999*, p. 47-72.

PARTIE 1 : L'APPREHENSION DES PRATIQUES CORRUPTRICES PAR LE DROIT PENAL

56. « *Le crime, au sens le plus général de ce terme, est l'action ou l'omission d'un individu, qui, à raison du trouble qu'elle cause à l'ordre social, est frappée par la société d'une sanction pénale.* »¹⁰³.

Le droit pénal, au sens de cette phrase, constitue la branche du droit qui sanctionne les comportements contraires à l'ordre social. La violation, par toute personne, des règles de cet ordre justifie le déclenchement d'une procédure à son encontre et l'application d'une peine pouvant être privative de liberté. De ce fait, le droit pénal offre le cadre le plus élevé de protection des valeurs essentielles à une société. Son existence même fait donc naître un « risque pénal » pouvant se définir comme « *la potentialité de pénétrer le périmètre répressif et de faire l'objet de sanctions pénales* »¹⁰⁴

Les infractions relatives aux pratiques corruptrices entrent dans une branche spécifique du droit pénal : le droit pénal des affaires ou droit pénal économique. Cette branche s'est développée depuis environ un siècle afin de répondre aux évolutions économiques et industrielles¹⁰⁵. Les infractions de corruption ont traditionnellement été incriminées pour assurer le respect du devoir de probité qui incombe à tout agent public. Ce dernier a effectivement le devoir de toujours agir de manière désintéressée en poursuivant l'intérêt général, c'est-à-dire celui de la collectivité publique au nom de laquelle il agit. Un manquement à ce devoir fera dès lors naître un risque pénal pour son auteur.

Les pratiques corruptrices ont connu un regain important dans le secteur public ces dernières années. Ce développement s'explique, pour certains, par le fait que l'Etat et les collectivités territoriales représentent le premier client des entreprises privées¹⁰⁶. Mais l'explosion des atteintes à la probité publique peut également se justifier par la multiplication des scandales « politico-financiers » et dans l'extension de la répression à niveau international¹⁰⁷. Le développement exponentiel des échanges économiques internationaux et l'étroitesse des liens unissant corruption nationale et corruption internationale¹⁰⁸ a conduit la communauté internationale à agir en faveur de l'internationalisation des manquements au devoir de probité. De ce fait, certaines incriminations ont été étendues aux agents publics étrangers.

57. Mais la notion probité ne doit plus être considérée aujourd'hui comme l'apanage du seul secteur public. L'accroissement des échanges économiques internationaux confère désormais au secteur privé une nouvelle dimension en ce qu'il joue un rôle essentiel dans les relations internationales¹⁰⁹. Par conséquent, les entreprises privées ont acquis un important pouvoir de décision qui permet de les considérer comme véritables acteurs sur la scène internationale. La

¹⁰³ B. Bouloc, *Droit pénal Général*, Dalloz, Précis, 23^{ème} édition, 2013, n°1, p.1.

¹⁰⁴ B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion*, EMS, 2009, p. 6.

¹⁰⁵ T. Cassuto, « Pour une approche étendue des systèmes corruptifs », in E. Dreyer, « Focus les manquements au devoir de probité », *Gazette du Palais*, 20-21 avril 2012, p. 5.

¹⁰⁶ R. Salomon, « La rigueur du droit pénal de la probité publique », *Droit pénal*, n°1, janvier 2012, 2 et A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires, Lexis Nexis*, 2013, n°436, p. 167.

¹⁰⁷ M. Véron, *Droit pénal Spécial*, Dalloz, coll. Sirey, 14^{ème} édition, 2012, n°543, p. 391.

¹⁰⁸ M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *Droit pénal*, n°9, septembre 2006, 12.

¹⁰⁹ A.-L. Amilhat Szary, « La prise de position des acteurs privés dans la gouvernance territoriale : enjeux, opportunités, risques », in A.-L. Amilhat Szary, G. Fontaine, B. Dupeyron, J.-D. Taillant, M. Guibert, P. Ligrone et F. Monié, *Les acteurs privés dans la gouvernance : firme et territoire en Amérique Latine, Institut de Recherche et débat sur la Gouvernance (IRG)*, Décembre 2009. Publication disponible en ligne sur <http://www.institut-gouvernance.org/fr/synthese/fiche-synthese-19.html>.

notion de probité a été amenée à se privatiser et les acteurs privés y sont désormais tenus. La raison n'est plus, ici, la sauvegarde de l'intérêt public, mais celle du respect de la concurrence et de la liberté d'accès aux marchés¹¹⁰. La corruption doit donc, à son tour, se « privatiser » pour protéger ces valeurs.

58. Le droit pénal des manquements au devoir de probité a beaucoup évolué pour s'adapter à ces nouvelles formes de corruption. La notion même de « corruption » est devenue complexe et protéiforme. Elle regroupe désormais un grand nombre d'infractions. Mais la compromission d'une personne n'est que rarement une fin en soi. Elle est généralement le moyen d'acquiescer un avantage décisif au détriment de concurrents. Pour ce faire, la corruption implique souvent, la commission de nombreuses infractions en amont ou en aval de cette « *infraction pivot* »¹¹¹. Les pratiques corruptrices doivent donc être envisagées de manière systémique regroupant les infractions de corruption ainsi que toutes les pratiques qui y sont associées. Une délimitation du dispositif répressif applicable aux pratiques corruptrices s'impose (Titre 1).

Pour autant, la seule incrimination des pratiques corruptrices, aussi étendue qu'elle soit, ne suffit pas à une répression effective. Ces pratiques font partie de ces infractions occultes qui méritent une attention particulière pour envisager leur répression¹¹². Leur condamnation dépend de leur détection, de leur poursuite et du jugement de leurs auteurs. Pour ce faire, la mise en place de techniques d'enquêtes spéciales pour faciliter leur détection et le recueil des preuves nécessaires à leur poursuite, doit être envisagée¹¹³. En France, certaines avancées législatives ont permis de considérer les infractions de corruption, par des égards, comme des infractions de délinquance organisée permettant, ainsi, d'y étendre une partie des dispositions d'enquêtes dérogatoires¹¹⁴. Mais cette extension est loin de faire l'unanimité parmi les auteurs. Certains considèrent depuis longtemps que la création d'un système d'exception pour les responsables de corruption représente une atteinte intolérable aux droits fondamentaux et que « *si la corruption appelle une lutte sans réserve, cette lutte ne saurait être menée au mépris des principes fondamentaux des droits de la personne.* »¹¹⁵. D'autres remettent en cause l'application des dispositions dérogatoires au nom du principe de proportionnalité¹¹⁶. La corruption peine donc à être reconnue au titre de la criminalité organisée. Si beaucoup s'accordent à reconnaître qu'elle est un fléau démolissant l'Etat de droit et les droits de l'Homme¹¹⁷, cette perception ne prévaut que pour les manquements à la probité publique nationale. La doctrine est bien moins sévère au regard des pratiques corruptrices internationales qui peuvent même, parfois, être perçues comme ayant une « utilité sociale » et représentant un « *facteur distributif important* »¹¹⁸. Tel postulat ne saurait, bien sûr, être accueilli et il n'échappe pas à une critique sévère¹¹⁹. Il conduit cependant à freiner la reconnaissance de toutes les formes de corruption comme des agissements relevant de la

¹¹⁰ En ce sens, notamment, E. Dreyer, *Droit pénal spécial, Ellipses*, 2^{ème} édition, 2012, n°1383, p. 621 et n° 1387, p. 624.

¹¹¹ T. Cassuto, « Pour une approche étendue des systèmes corruptifs », *op. cit.*, p. 6.

¹¹² Concernant le report jurisprudentiel du point de départ du délai de prescription pour les infractions d'affaires, cf C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *Dalloz*, 2004, p. 3053. Un tel report est *contra legem* et le législateur doit prendre en compte la spécificité de cette catégorie d'infractions pour envisager un allongement légal du délai de prescription en raison de leur caractère occulte ; J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *Dalloz*, 2008, p. 1076 : « *La corruption est l'une de ces infractions économiques qui se commettent dans la plus grande discrétion et que l'on nomme volontiers « infractions occultes »* » ; Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC), *Rapport annuel du Service central de prévention de la corruption, La Doc. Fr.*, 1997, p. 23 : « *La corruption est en général bien camouflée sous l'apparence de la légalité, très difficile à détecter.* ».

¹¹³ V. Lemoine, « Les aspects policiers de la lutte contre la corruption », *Gazette du Palais*, 20-21 avril 2012, pp. 23-25.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 25.

¹¹⁵ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption, un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, p. 700.

¹¹⁶ E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°1407, p. 638.

¹¹⁷ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption, un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 696.

¹¹⁸ P. Lascoumes, *Corruptions, Presses de sciences Po*, 1999, p. 17.

¹¹⁹ M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*

criminalité organisée. Cela peut conduire à réduire l'efficacité de leur répression. Comme soulevé, il peut s'avérer très difficile de détecter les activités de corruption et de les poursuivre. D'abord, la corruption est un agissement commis par deux personnes (au moins) agissement de concert¹²⁰ et avec un degré égal de culpabilité. Aucun des deux auteurs n'a donc intérêt à révéler l'existence d'un tel accord. Ensuite, la corruption se singularise par l'absence de victime directe ou, du moins, qui réalise que des agissements ont été commis à son préjudice¹²¹. Enfin, même détectée, il n'est pas rare que la corruption ait été commise par la plus haute sphère étatique dont l'immunité fait obstacle à toute possibilité de poursuites et de sanctions. Par conséquent, malgré une incrimination sévère des pratiques corruptrices, il existe encore de nombreux obstacles qui réduisent la portée d'une répression effective de ces agissements (Titre 2).

¹²⁰ M. Véron, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°543, p. 391.

¹²¹ J. Lelieur, « la prescription des infractions de corruption », *op. cit.*, p. 1076-1077.

TITRE 1 : L'ETENDUE DU DISPOSITIF REPRESSIF APPLICABLE AUX PRATIQUES CORRUPTRICES

59. Les pratiques corruptrices ne se limitent pas au seul terme de corruption. Elles visent un ensemble de comportements qui remettent en question l'intégrité des acteurs de la vie publique et économique¹²².

60. L'incrimination des pratiques corruptrices est toutefois envisagée prioritairement sous l'angle des infractions de corruption. Elles sont volontiers perçues comme « *l'envers des droits de l'Homme* », porteuses de discriminations et d'inégalités¹²³. Traditionnellement, elles ne s'appliquent que dans le cadre des relations nouées avec la sphère publique. C'est ainsi que, depuis l'origine, les pratiques de corruption consistent avant tout à soudoyer des personnes insérées dans les institutions ou les autorités publiques nationales – ou à céder à leurs sollicitations – afin que celles-ci placent leur pouvoir au profit de qui les auraient achetées¹²⁴. Mais la corruption ne saurait se limiter à la seule sphère publique. Les scandales « politico-financiers » de ces dernières années nous ont assez souvent révélé que des hommes d'affaires ont pu y être mêlés aux côtés de fonctionnaires ou d'hommes politiques de tout rang¹²⁵. Leur ligne de défense est d'ailleurs inquiétante puisqu'ils n'ont souvent d'autre argument que celui de la généralisation de ces procédés et la nécessité d'y recourir pour décrocher des marchés indispensables à la survie de leurs entreprises. Cette attitude témoigne de la gangrène du monde des affaires et d'une contamination étendue à tous les Etats par des comportements que l'on croyait « *naïvement cantonnés sous d'autres cieux lointains et exotiques* »¹²⁶. Effectivement, la corruption se généralise et s'internationalise par le développement des relations commerciales internationales. L'internationalisation des relations ne profite pas uniquement à la sphère légale mais permet aussi l'internationalisation de la « *délinquance d'affaires* »¹²⁷, en particulier de la corruption. Ce phénomène s'est donc, à son tour, internationalisé par l'accroissement du risque de corruption des agents publics étrangers¹²⁸. La notion s'est également privatisée par le développement exponentiel du secteur privé dans les échanges économiques internationaux. Ces événements ont conduit de nombreuses organisations internationales et régionales à agir en faveur de l'incrimination de nouvelles formes de corruption. Sous impulsion supranationale, de nombreux Etats sont donc amenés à incriminer de nouvelles formes de corruption, accentuant le caractère protéiforme de ce terme « générique ». Dès lors, le dispositif répressif applicable aux pratiques corruptrices se traduit principalement par l'existence d'infractions spécifiques : les délits de corruption (chapitre 1).

61. Mais, comme soulevé, l'incrimination des seules activités de corruption n'est pas suffisante pour une répression efficace de toutes les pratiques corruptrices. Certaines situations laissent, en effet, entrevoir une corruption sans que celle-ci ne puisse être

¹²² A titre d'exemple, l'Indice de Perception de la Corruption (IPC), publié chaque année par l'ONG Transparency International (TI), n'évalue pas seulement le niveau de la corruption au sens strict du terme dans chacun des territoires mais l'environnement en général et le niveau de confiance que les citoyens accordent à leur pays. Aussi les pratiques corruptrices sont-elles une remise en cause plus générale de l'intégrité ; In Transparency International, *Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence la démocratie avance*, Transparency International, Rapport 2012, pp. 1-30.

¹²³ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption, un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 696.

¹²⁴ En ce sens, F. Baillet, « Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires, Etat des risques et moyens de les prévenir », *Gazette du Palais*, 25 mars 2006, n° 84, p. 2.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2013, n°89, p. 73.

¹²⁷ B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion*, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁸ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 1383, p. 621.

dénoncée¹²⁹. Cette hypothèse se révèle très souvent dans le cadre du secteur privé où ces pratiques se réalisent même à l'insu des membres de l'entreprise qui procède au paiement illicite¹³⁰. L'existence d'infractions connexes dans les systèmes répressifs s'avère donc particulièrement utile. Par ailleurs, les profits issus des activités corruptrices vont devoir être « dissimulés », « réintégrés » dans la sphère économique légale pour pouvoir être utilisés en toute impunité. Le blanchiment apparaît ici comme le prolongement inéluctable¹³¹ de la corruption. Pour toutes ces raisons, aucune lutte contre les pratiques corruptrices ne saurait être véritablement efficace sans une incrimination sévère de toutes les pratiques associées à la corruption (chapitre 2).

¹²⁹ E. Dreyer, « Focus les manquements au devoir de probité », *op. cit.*, p. 5.

¹³⁰ J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *op. cit.*, p. 1076.

¹³¹ En ce sens, J.-F. Thony et J.-P. Laborde, « Criminalité organisée et blanchiment », *RIDP*, 1997, p. 411.

CHAPITRE 1 : L'EXISTENCE D'INFRACTIONS SPECIFIQUES : LES DELITS DE CORRUPTION

62. La corruption est une infraction qui suppose que des actes frauduleux soient accomplis par deux personnes agissant de concert – le corrupteur et le corrompu – et véritablement complices l'un de l'autre¹³². Dans le langage courant, la corruption est souvent perçue comme le fait de corrompre¹³³. Mais dans le langage juridique le terme corruption se décline sous deux formes : active et passive. La corruption n'est donc pas une infraction à proprement parlé mais concerne une situation de fait qui implique deux comportements délictueux. La corruption active se place du côté du corrupteur et se définit par le fait de rémunérer l'accomplissement ou le non accomplissement d'un acte. La corruption passive, activité du corrompu, est le fait, pour ce dernier, de se laisser acheter pour accomplir ou ne pas accomplir un acte relevant de ses fonctions¹³⁴. Ces deux personnages sont également coupables : ils participent au même concert frauduleux. Pour l'appréhender, plusieurs possibilités sont offertes aux Etats. On peut, tout d'abord, estimer que le plus coupable est le corrompu qui doit être considéré comme l'auteur de l'infraction tandis que le corrupteur en est le complice. Il est possible ensuite de considérer que corrupteur et corrompu sont co-auteurs de la même infraction. Enfin, la troisième possibilité est celle d'une dualité d'infractions pour le même phénomène¹³⁵. C'est ce système qui a été retenu en France, au Vietnam mais également dans les conventions internationales adoptées en la matière. La corruption est donc, dès l'origine, divisée en deux délits distincts.

63. Les délits de corruption ont, au départ, été incriminés dans le cadre du droit pénal de la probité publique¹³⁶. L'internationalisation de la corruption¹³⁷ a donc, dans un premier temps, uniquement amené à internationaliser le domaine de la probité publique. En d'autres termes, l'infraction de corruption ne pouvait être consommée que dans le cadre de relations impliquant le secteur public qu'il soit national, étranger ou international. Mais l'internationalisation de la corruption a également conduit les organisations régionales et internationales à agir en faveur de l'incrimination de nouvelles formes de corruption en dehors de la sphère publique. Parmi les textes exemplaires en la matière, nous pouvons citer la Convention pénale du Conseil de l'Europe¹³⁸ ou encore la Convention des Nations Unies contre la corruption¹³⁹ dont les dispositions incitent les Etats parties à ériger en infraction les activités de corruption dans le secteur privé. Une telle incrimination apparaît indispensable dans le contexte actuel d'une économie fortement mondialisée.

64. On assiste, dès lors, à un véritable éclatement des infractions de corruption puisque chaque nouvelle forme représente une incrimination à part entière qui se décline sous ses formes actives et passives¹⁴⁰. Par soucis de clarté, il semble donc important de distinguer les infractions selon leur domaine d'application. Ainsi, après avoir étudié la matérialisation du

¹³² M. Véron, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°543, p. 391.

¹³³ E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°1381, p. 620.

¹³⁴ W. Jeandier, *Droit pénal des affaires, Dalloz, Précis*, 6^{ème} édition, 2006, n°30, p. 35.

¹³⁵ W. Jeandier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *JCP G*, 2002, n°39, I, 166.

¹³⁶ R. Salomon, « La rigueur du droit pénal de la probité publique », *op. cit.*

¹³⁷ J.-P. Didier, « La lutte contre la corruption des fonctionnaires et agents publics, commentaire des dernières conventions internationales ratifiées par la France », », *Dalloz*, 2000, n°20, Chr., p.307.

¹³⁸ Convention pénale du Conseil de l'Europe, *STE*, n°173, Strasbourg, 27 Janvier 1999, art. 7 et 8.

¹³⁹ ONUDC, « Convention des Nations Unies contre la Corruption », 31 octobre 2003, *AGNU*, Rés. 58/4, dite Convention de Mérida, art. 21.

¹⁴⁰ E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 1387, p. 624.

délict impliquant le secteur public (section 1), il sera important d'analyser les évolutions vers l'incrimination de la corruption dans le secteur privé (section 2).

SECTION 1 : LA MATERIALISATION DU DELIT DANS LES RELATIONS IMPLIQUANT LE SECTEUR PUBLIC

65. Délit de connivence, la corruption suppose une collusion entre deux personnes ayant pour objet ou pour effet un manquement grave au devoir de probité de l'agent public corrompu¹⁴¹. La corruption a donc été conçue, à l'origine, pour protéger l'intégrité de la puissance publique nationale contre la poursuite d'intérêts personnels contraires à l'intérêt général. C'est la raison pour laquelle elle a été longtemps limitée aux seuls agents publics internes.

66. Mais la corruption s'est internationalisée. Elle est devenue parfaitement transfrontière par le développement des échanges économiques internationaux. Or, le phénomène est devenu un fléau d'une telle gravité que des Nations Unies au Conseil de l'Europe en passant par l'Union Européenne, l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) ou encore l'Organisation des Etats américains, on ne compte plus les dispositions qui ont été adoptées afin d'incriminer la corruption à niveau international¹⁴². En matière de corruption d'agents publics étrangers, aussi appelée corruption transnationale, le danger est grand puisque ce n'est plus la seule probité publique nationale qui est menacée mais « *les principes de bonne administration, d'équité et de justice sociale* »¹⁴³ ainsi que « *le développement économique* »¹⁴⁴ mondial. Du côté des corrupteurs, la corruption transnationale « *fausse les conditions internationales de la concurrence* »¹⁴⁵ et entrave la liberté d'accès aux marchés.

67. La corruption classique limitée aux agents publics internes (§1) doit donc être, au niveau étatique, étendue aux agents publics étrangers et internationaux (§2).

§1- LA CORRUPTION LIMITEE AUX AGENTS PUBLICS INTERNES

68. Le terme corruption, en droit pénal, se décline en deux infractions *a priori* distinctes et autonomes. La corruption passive, sanctionnant le corrompu, est incriminée par les articles 432-11 du code pénal français et 279 du code pénal vietnamien. La corruption active, envisagée du côté du corrupteur, est incriminée par les articles 433-1 du code pénal français et 289 du code pénal vietnamien. Dans les deux systèmes, le mécanisme est le même. La corruption suppose une collusion entre le corrupteur et le corrompu qui, par le biais du « pacte de corruption », vont agréer d'une rémunération en échange d'un accomplissement ou d'une abstention de la part du corrompu. Néanmoins, une difficulté réside car, si tout le monde peut corrompre, seules certaines personnes peuvent être corrompues¹⁴⁶.

69. C'est ainsi que, dans le cadre des relations le secteur public national, si « tout individu » peut se rendre coupable de l'infraction de corruption active (B), seuls les agents publics

¹⁴¹ M. Delmas-Marty et G. Guidicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, PUF, coll. Thémis droit privé, 4^{ème} édition, 2000, p. 286.

¹⁴² B. Fillion-Dufouleur, « La lutte contre la corruption dans le commerce international. – La convention OCDE du 21 novembre 1997 et le projet de loi français de transposition », *JCP G*, 1999, n°48, I, 184.

¹⁴³ En ce sens, voir la décision de la CEDH, 24 mai 2007, « *Dragotoniou et Militaru-Pidhormic/ Roumanie* », §41.

¹⁴⁴ B. Fillion-Dufouleur, « La lutte contre la corruption dans le commerce international. – La convention OCDE du 21 novembre 1997 et le projet de loi français de transposition », *op. cit.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2009, p. 67.

internes limitativement énumérés par les textes nationaux peuvent, en revanche, revêtir la qualité de corrompu (A).

A – Le corrompu : un agent public national

70. L'infraction de corruption passive des agents publics nationaux est une infraction commune aux droits français et vietnamien. Elle sanctionne les agissements de l'agent public corrompu¹⁴⁷. La terminologie retenue est peu heureuse car, dans les faits, le corrompu est loin d'avoir le rôle secondaire qu'elle paraît impliquer¹⁴⁸.

71. Le délit est intégré à l'article 432-11 du code pénal français et à l'article 279 du code pénal vietnamien. Dans les deux systèmes, sa consommation requiert une condition préalable tenant à la qualité de son auteur (1) et la réunion de ses éléments constitutifs (2).

1. La condition préalable tenant à la qualité de l'auteur

72. Le délit français de corruption passive a été intégré dans le code pénal dès sa création, en 1810, à l'article 177¹⁴⁹. Ce premier article contenait déjà les grandes lignes du dispositif actuel puisque seuls étaient concernés les agents publics ayant reçu des « dons ou présents » injustifiés (« non sujets à salaires ») afin d'accomplir des actes de leur fonction. En 1994 le code pénal de 1810 a été remplacé par le nouveau code pénal et le délit de corruption passive est intégré depuis lors à l'article 432-11, au sein de la partie du code consacrée aux crimes et délits contre la Nation¹⁵⁰.

73. Le délit français de corruption passive est défini aujourd'hui comme étant : « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui : Soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; Soit pour abuser ou avoir abusé 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* »¹⁵¹. Cette définition est issue de deux grandes lois venues la modifier : la loi du 30 juin 2000¹⁵² et celle du 13 novembre 2007¹⁵³ auxquelles il faut ajouter la loi du 17 mai 2011¹⁵⁴ qui a permis de mettre fin à toute ambiguïté relative au moment de la réalisation

¹⁴⁷ F. Baillet, « Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires, Etat des risques et moyens de les prévenir », *op. cit.*

¹⁴⁸ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°30, p. 35.

¹⁴⁹ C. Pén., 1810, art. 177 : « Tout fonctionnaire public de l'ordre administratif ou judiciaire, tout agent ou préposé d'une administration publique, qui aura agréé des offres ou promesses, ou reçu des dons, ou présents pour faire un acte de sa fonction ou de son emploi, même juste, mais non sujet à salaire, sera puni du carcan, et condamné à une amende double de la valeur des promesses agréées ou des choses reçues, sans que ladite amende puisse être inférieure à deux cents francs. La présente disposition est applicable à tout fonctionnaire, agent ou préposé de la qualité ci-dessus exprimée, qui, par offres ou promesses agréées, dons ou présents reçus, se sera abstenu de faire un acte qui entrerait dans l'ordre de ses devoirs ».

¹⁵⁰ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°453, p.176.

¹⁵¹ C. pén., art. 432-11 modifié par la loi n°2007-1598, « Loi relative à la lutte contre la corruption », 13 novembre 2007, *JORF*, 14 novembre 2007, n°264, p. 18648 et par la loi, n°2011-525, « Loi de simplification et d'amélioration du droit », 17 mai 2011, art. 154, *JORF*, 18 mai 2011, n°0115, p.8537.

¹⁵² Loi, n° 2000-595, « Loi modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption », 30 juin 2000, *JORF*, 1^{er} Juillet 2000, n°151, p. 9944.

¹⁵³ Loi, n°2007-1598, « Loi relative à la lutte contre la corruption », *op. cit.*

¹⁵⁴ Loi, n°2011-525, « Loi de simplification et d'amélioration du droit », *op. cit.*

de l'infraction¹⁵⁵ ainsi que la loi du 6 décembre 2013¹⁵⁶ qui a modifié substantiellement le *quantum* de la peine d'amende. Les peines applicables à ce délit sont dix ans d'emprisonnement et 1 000 000 euros d'amende dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction¹⁵⁷, ce qui le classe dans la catégorie des délits les plus graves.

74. Le droit vietnamien de la corruption est issu de deux textes fondamentaux : le code pénal de 1999 et la loi sur la lutte contre la corruption du 29 novembre 2005¹⁵⁸. Cette loi est importante en ce qu'elle fournit de nombreuses définitions de la notion même de corruption, en particulier celle de corruption passive¹⁵⁹. Pour autant, seul le code pénal incrimine les infractions de corruption.

L'article 279 du Code pénal Vietnamien (CPVn) définit l'infraction de corruption passive comme étant : « *le fait, pour toute personne dépositaire de l'autorité publique, d'avoir reçu ou de recevoir, directement ou indirectement, des sommes d'argent, des biens ou des avantages matériels quelconques [...] pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, pour le compte ou à la demande du corrupteur [...]* ». L'infraction est punie d'une peine d'emprisonnement allant de deux à sept ans, ce qui la classe dans la catégorie des infractions graves¹⁶⁰. Par ailleurs, l'emprisonnement peut être assorti d'une peine d'amende pouvant aller jusqu'au quintuple de la valeur des biens reçus¹⁶¹.

75. Dans les deux textes, la commission de l'infraction est conditionnée à la qualité de leur auteur. Le corrompu doit préalablement revêtir la qualité de personne publique. Néanmoins, cette qualité n'est pas exprimée dans les mêmes termes en droit français et en droit vietnamien.

Le droit français conditionne l'application de l'article 432-11 du code pénal aux personnes « dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public, ou investies d'un mandat électif public ». Le code pénal vietnamien, quant à lui, semble *a priori* détenir un champ d'application *ratione personae* plus restreint puisque seuls sont concernés les « dépositaires de l'autorité publique ». Il est donc nécessaire d'approfondir l'analyse des domaines d'application respectifs des incriminations de corruption passive.

76. En droit français, le délit de corruption passive ne concerne que trois catégories de personnes limitativement énumérées par l'article 432-11 du code pénal. La qualité de corrompu est bien cernée¹⁶² et elle est réservée aux seules personnes appartenant au secteur public¹⁶³, c'est-à-dire, les représentants de l'Etat ou des collectivités territoriales¹⁶⁴ qu'ils agissent par le biais d'une nomination, d'un contrat ou en vertu d'un mandat électif public.

¹⁵⁵ Voir *infra* n°85.

¹⁵⁶ Loi, n° 2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », 6 décembre 2013, *JORF*, n°0284, 7 décembre 2013, p. 19941.

¹⁵⁷ Le montant de l'amende maximale était de 150 000 euros jusqu'à la loi du 6 décembre 2013 ; *Ibid.*, art. 6.

¹⁵⁸ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *Hanoi*, 29 novembre 2005.

¹⁵⁹ Cette loi a fait l'objet d'un amendement en 2012 par la loi, n°27/2012/QH13, « law amending and supplementing a number of Articles of Anti-corruption law », *Hanoi*, 23 novembre 2012, mais elle n'a pas eu d'effet sur la définition de la notion de corruption inscrite dans la loi de 2005. Ainsi, aux termes de l'article 1§2 de la loi de 2005, la corruption passive s'entend « d'un fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique, d'abuser de ses pouvoirs pour la prise illégale des intérêts personnels ».

¹⁶⁰ Le classement des infractions est inscrit dans le code pénal vietnamien ; *in C. Pén. Vn*, art. 8§3.

¹⁶¹ L'amende est, ici, considérée à titre de peine complémentaire ; *in C. Pén. Vn*, art. 279 *in fine*.

¹⁶² A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°455, p.177.

¹⁶³ C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, *Lextenso – Gualino*, 3^{ème} édition, 2012, n°461, p.311.

¹⁶⁴ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 68.

Pour autant, le texte ne donne pas une définition générale et autonome de la notion d'agent public¹⁶⁵.

Il revient dès lors à la jurisprudence d'apprécier souverainement la qualité du prévenu. L'analyse de quelques-unes de ses décisions nous permet d'affirmer qu'elle a une conception extensive de cette qualité. Ainsi, aux fonctionnaires publics de tous ordres¹⁶⁶, qu'ils soient représentants élus, fonctionnaires de l'ordre administratif ou encore officiers publics ou ministériels¹⁶⁷, la jurisprudence a-t-elle assimilé d'autres personnes privées employées par des personnes publiques comme un ingénieur employé au Commissariat de l'Energie Atomique (CEA)¹⁶⁸, un journaliste pigiste employé par une chaîne du service public de la communication¹⁶⁹ ou encore un chef de service de la société Electricité de France¹⁷⁰.

Cette appréciation extensive traduit une volonté (confirmée par la suite par les évolutions législatives) de ne pas restreindre le domaine de la corruption aux seuls agents publics nationaux traditionnellement conçus. Il n'en reste pas moins que la raison pour laquelle la corruption passive a été, classiquement, restreinte aux agents de l'Etat est évidente. Il s'agit d'une réponse pénale au fait avéré que la corruption est une négation de l'Etat de Droit¹⁷¹ : si l'Etat d'une Nation est corrompu, il n'est plus apte à remplir ses prérogatives régaliennes de protection de l'individu. C'est donc naturellement que beaucoup d'Etats, notamment la France et le Vietnam, ont décidé de punir le corrompu, avant tout, lorsqu'il agit au nom et pour le compte de l'Etat en tant que son représentant légitime.

77. A l'instar du droit français, le droit vietnamien a restreint également le champ d'application de son infraction de corruption passive à un nombre limité de personnes. A cet effet, l'article 279 du code pénal ne vise qu'une seule catégorie de personnes, les « dépositaires de l'autorité publique ».

Bien que cet article soit sans aucun doute restreint aux seuls agents publics, la définition qu'il en donne reste bien moins précise que celle fournie par le droit français. L'absence de la notion « investie d'un mandat électif public » paraît logique au regard du contexte politique vietnamien marqué par l'absence d'élections libres et de multipartisme. Pour autant la seule présence du terme « dépositaire de l'autorité publique » reste difficile à interpréter, notamment en l'absence de toute jurisprudence. Ce terme semble *a priori* restreindre le champ d'application de l'infraction aux seuls décideurs, représentants officiels de l'Etat¹⁷². Par ailleurs, l'absence du terme « chargé d'une mission de service publique » ou d'un équivalent semble confirmer cette première analyse en excluant visiblement toute personne investie d'une mission temporaire ou exerçant une fonction dépourvue de toute autorité publique.

¹⁶⁵ Cette notion est issue des dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption qui en établit une définition quasi-autonome au travers d'une liste non exhaustive. Cependant la convention prévoit également qu'entrent dans la catégorie des « agents publics » toutes personnes qui, sans être énumérées, sont considérées comme telles dans le droit interne des Etats parties. Cette disposition implique donc que chaque Etat définisse strictement cette notion dans leur droit national. Cf Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 2-1.

¹⁶⁶ Pour ne prendre qu'un exemple : Cass. crim, 29 septembre 1993, *Bull. Crim*, 1993, n°271 ; *Dr. Pénal*, 1994, comm. 3, obs. M. Veron.

¹⁶⁷ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁶⁸ Cass. Crim, 27 février 2002, *Bull crim*, n°48.

¹⁶⁹ Cass. Crim, 19 mars 2003, *Dalloz*, 2004, somm., 315, obs. M. Segonds.

¹⁷⁰ Cass. Crim, 20 juin 2011, *JurisData*, n° 2011-016168.

¹⁷¹ Voir, en ce sens, M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption, un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 696.

¹⁷² Ce qui serait alors en désaccord avec l'article 2 de la convention des Nations Unies contre la corruption de 2003 ; Cf Office des Nations Unies contre la Droque et le Crime (ONUDD), « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », *Nations Unies*, 2007, §194, p.87. Guide disponible en ligne sur http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/cosp/Ebook/V0653441f.pdf.

Les précisions apportées par la loi du 29 novembre 2005¹⁷³ nous permettent toutefois d'infirmar cette hypothèse. Cette loi n'a pas de caractère pénal, elle est essentiellement tournée vers le dispositif préventif. Mais le législateur de 2005 y a tout de même inclut certaines définitions et précisions permettant de mieux appréhender le domaine des infractions. L'article 1^{er} alinéa 3 fournit à ce titre une définition plus précise de la notion de « dépositaire de l'autorité publique »¹⁷⁴ sous forme d'une liste d'apparence exhaustive. Sont donc inclus dans cette définition : tout fonctionnaire et agent public, même investi d'une mission temporaire, ainsi que les dirigeants des entreprises publiques ou encore les officiers et sous-officiers de l'armée vietnamienne et des forces de la sécurité publique. La liste paraît, au premier abord, limitée aux seuls décideurs, mais l'article 1-3 *in fine* ouvre une dernière catégorie de personnes dans laquelle toute personne considérée comme investie d'une mission ou d'une fonction publique sont concernées. Cette « catégorie » permet de ne pas fermer la liste et laisse une place importante à « l'appréciation souveraine »¹⁷⁵ des juges du fond qui peuvent étendre l'infraction de corruption passive aux personnes non investies d'un pouvoir de décision.

78. La définition intégrée dans la loi de 2005 paraît donc conforme aux instruments internationaux auxquels le Vietnam est partie¹⁷⁶. Il est tout de même à regretter que le législateur vietnamien n'ait pas fourni plus de précisions quant aux notions de « fonctionnaire » et « d'agent public » et que la seule véritable définition du terme « dépositaire de l'autorité publique » figure dans une loi dépourvue de caractère répressif. A ce titre, il est possible de s'interroger sur le fait de savoir si les juges répressifs sont tenus par cette définition « administrative » ou s'ils sont libres d'apprécier cette notion de manière plus « autonome ».

Malgré le nombre importants d'ambiguïtés contenues dans le droit pénal vietnamien, une chose est néanmoins certaine : à l'image du droit français, le droit vietnamien restreint l'application de l'infraction de corruption passive aux seules personnes publiques. Pour autant la consommation de l'infraction nécessite que les éléments constitutifs aient été réalisés.

2. Les éléments constitutifs de l'infraction de corruption passive

79. La consommation de l'infraction de corruption passive, outre la réalisation de la condition préalable que nous venons d'analyser, suppose également la réunion d'un certain nombre d'éléments constitutifs.

80. En droit français, selon les dispositions de l'article 432-11 du code pénal, le délit de corruption passive se consomme par le fait de solliciter ou d'accepter « des offres, promesses, dons ou avantages quelconques » pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir¹⁷⁷ un acte de sa fonction, de sa profession ou de son mandat¹⁷⁸. En droit vietnamien, l'article 279 du code

¹⁷³ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*

¹⁷⁴ *Ibid.*, art. 1-3 : La personne dépositaire de l'autorité publique s'entend « a) des fonctionnaires et agents publics; b) des officiers, militaires de carrière et des ouvriers travaillant dans les services et les unités relevant de l'Armée populaire ; des officiers, sous-officiers d'opération et des officiers, sous-officiers techniques dans les services et les unités relevant des forces de la sécurité publique; c) des dirigeants ou gérants des entreprises publiques et des dirigeants ou gérants habilités à représenter l'État pour l'administration des apports en capitaux de l'État dans les entreprises; d) de toute personne à qui est confiée une mission ou une fonction publique et qui détient l'autorité publique pour l'accomplissement de la mission ou l'exercice de la fonction. ».

¹⁷⁵ Si tant est que les juges du fond aient un réel pouvoir d'appréciation au Vietnam.

¹⁷⁶ Notamment à la Convention des Nations Unies contre la corruption (*op. cit.*) qui donne une définition de la notion d'agent public à l'article 2.

¹⁷⁷ Ou encore d'avoir accompli ou de s'être abstenu d'accomplir un tel acte au regard des dispositions de la loi du 17 mai 2011 (*op. cit.*).

¹⁷⁸ C. Pén. art. 432-11.

pénal prévoit que le délit est consommé dès lors qu'un dépositaire de l'autorité publique reçoit ou a reçu « *directement ou indirectement, des sommes d'argent, des biens ou des avantages matériels quelconques, [...] pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, pour le compte ou à la demande du corrupteur [...]* ». L'article prévoit, par ailleurs, que ces agissements ne constituent une infraction pénale qu'au-delà d'un montant minimum fixé à 500 000 VND¹⁷⁹ par l'article et porté à 2 000 000 VND¹⁸⁰ par la loi du 29 juin 2009 portant modification de certaines dispositions du code pénal¹⁸¹. Outre ces dispositions pénales, la loi de 2005 contient également une liste d'actes considérés *ipso facto* comme des actes de corruption¹⁸². Mais certains de ces comportements, considérés au sens de la loi comme des actes de corruption passive, représentent des infractions autonomes en droit pénal. C'est notamment le cas du détournement de biens, du trafic d'influence, de l'abus de pouvoir ou encore des tracasseries administratives¹⁸³. On dénote un certain nombre d'incohérences dans le *corpus* juridique vietnamien établi en matière de corruption. L'étude des éléments constitutifs de l'infraction vietnamienne de corruption passive se limitera toutefois aux seules dispositions répressives contenues dans le code pénal.

Les éléments constitutifs des deux infractions de corruption semblent similaires en droit français et en droit vietnamien. Pour consommer l'infraction, l'agent public doit solliciter ou accepter un avantage déterminé et ce, dans le but d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction.

81. Actes prohibés. En droit français, l'incrimination suppose de la part de l'agent, soit qu'il sollicite un avantage, soit qu'il accepte l'offre qui lui a été faite en vue d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction¹⁸⁴. Le délit français de corruption passive est un délit formel car il se consomme par la seule sollicitation ou le seul agrément indépendamment de tout résultat matériel¹⁸⁵. Il n'importe pas que la sollicitation ait été acceptée ou que la contrepartie ait été effectivement versée après la conclusion de l'accord frauduleux, également appelé le « pacte corrupteur ». Cet aspect formel du délit, exclusif de toute tentative¹⁸⁶, date de l'ordonnance du 8 février 1945¹⁸⁷ qui ajouta aux dispositions de l'article

¹⁷⁹ Soit environ 17 euros.

¹⁸⁰ Soit environ 70 euros.

¹⁸¹ Loi, n°13/2009/L-CTN, « Law Amending; and Supplementing a Number of Articles of the Penal Code », Hanoi, 29 juin 2009. Loi disponible en ligne sur www.unaids.org.

¹⁸² Loi, n°55/2005/QH11, *op. cit.*, art 3. Définition d'un acte de corruption : « 1. Détournement de biens ; 2. Corruption passive ; 3. Appropriation de biens par abus de pouvoirs d'une personne dépositaire de l'autorité publique ; 4. Usage abusif des pouvoirs d'une personne dépositaire de l'autorité publique lors de l'accomplissement d'une mission ou de l'exercice d'une fonction publique pour la prise illégale d'intérêts personnels ; 5. Excès de pouvoirs lors de l'accomplissement d'une mission ou de l'exercice d'une fonction publique pour la prise illégale d'intérêts personnels ; 6. Trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique ; 7. Faux commis par des personnes exerçant une fonction publique pour la prise illégale d'intérêts personnels ; 8. Corruption active ou fait d'agir comme intermédiaire en vue d'une corruption exercé par un dépositaire de l'autorité publique lors de sa mission ou ses fonctions publiques pour les intérêts personnels ; 9. Usage abusif de ses pouvoirs dans l'utilisation du patrimoine de l'État pour la prise illégale d'intérêts personnels ; 10. Création des tracasseries administratives en vue de la prise illégale des intérêts personnels ; 11. Absence d'accomplir la mission ou d'exercer la fonction publique pour la prise illégale d'intérêts personnels ; 12. Tout fait qu'un dépositaire de l'autorité publique, en faisant usage abusif de ses pouvoirs publics et en vue de la prise illégale des intérêts personnels, protège les personnes ayant commis des Infractions ou empêche ou intervient les activités de contrôle, d'inspection, d'audit, d'enquête judiciaire, de jugement à l'encontre d'une personne et les activités d'exécution des décisions judiciaires ».

¹⁸³ Le terme « tracasseries administratives » utilisé en droit vietnamien peut se définir comme le fait, pour un fonctionnaire ou agent public, de volontairement ralentir une procédure administrative en raison d'un refus ou d'un non-paiement de la part de l'administré. Cette situation arrive en réalité quotidiennement au Vietnam. Le montant de la rémunération occulte va très souvent déterminer le temps de la procédure.

¹⁸⁴ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°457, p. 178.

¹⁸⁵ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁸⁶ En ce sens, R. Salomon, « La rigueur du droit de la probité publique », *op. cit.*, n°27.

¹⁸⁷ C. Pén. 1810, art. 177, modifié par ord., n°45-191, 8 février 1945 : « Sera puni d'un emprisonnement de deux à dix ans et d'une amende double de la valeur des promesses agréées ou des choses reçues ou demandées, sans que ladite amende puisse être inférieure à 1.500 F, quiconque aura sollicité ou agréé des offres ou promesses, sollicité ou reçu des dons ou présents pour : 1° Étant investi d'un mandat électif, fonctionnaire public de l'ordre administratif ou judiciaire, militaire ou assimilé, agent ou préposé d'une administration publique ou d'une administration placée sous le contrôle de la puissance publique, ou citoyen chargé d'un ministère de service public, faire ou s'abstenir de

177 de l'ancien code pénal, le terme de « sollicitation ». Avant cette date, l'incrimination supposait obligatoirement un accord entre les intéressés pour pouvoir être consommée.

L'article 432-11 du code pénal précise par ailleurs que la sollicitation ou l'agrément doit se faire « sans droit », c'est-à-dire sans correspondre à la rétribution normale de l'agent. L'ajout de cette expression par le législateur est un bel exemple de pléonasme puisqu'il tombe sous le sens que tout agrément ou sollicitation d'un avantage quelconque pour accomplir ou s'abstenir un acte de la fonction est illicite par nature¹⁸⁸. Cette précision qui semblait inutile n'a eu pour effet que d'introduire une ambiguïté dans le texte laissant entendre qu'un agent public aurait parfois le droit de solliciter ou d'agréer des avantages¹⁸⁹. Cette ambiguïté est d'autant plus présente que le terme « sans droit » a été effectivement ajouté dans certains instruments internationaux pour exclure du dispositif répressif les « paiements de facilitations »¹⁹⁰.

En droit vietnamien, l'infraction suppose de la part de l'agent le fait « d'avoir reçu ou de recevoir » des avantages. Le moment de consommation du délit semble donc être différent par rapport au droit français. Ce n'est pas la « proposition » qui est incriminée ici mais l'accord ainsi que l'acte de perception des avantages. Avec le terme « avoir reçu », le législateur vietnamien a souhaité que le délit se consume dès que l'agent a effectivement perçu la contrepartie corruptrice. Il importe peu, en revanche, qu'il ait déjà ou non agit en faveur du corrupteur¹⁹¹. Mais en accolant également le terme « recevoir », qui traduit implicitement un futur¹⁹², le législateur semble également manifester la volonté que le délit se consume dès la conclusion de l'accord sur le « montant » de l'avantage. En d'autres termes, si cette interprétation n'est pas trop extensive, l'infraction se consume dès la conclusion du pacte corrupteur. Par conséquent, la corruption passive vietnamienne revêt un caractère « quasi-formel » car si une simple sollicitation n'entraîne pas sa consommation, un simple agrément semble être en revanche suffisant.

82. Nature de l'avantage. La sollicitation ou l'agrément porte sur des avantages divers qui varient selon le droit français et le droit vietnamien. En droit français, la contrepartie espérée du corrompu doit porter sur « *des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques* ». Les termes sont suffisamment larges pour y englober tous les biens qu'ils soient mobiliers ou immobiliers, matériels ou immatériels.

faire un acte de ses fonctions ou de son emploi, juste ou non, mais non sujet à salaire ; 2° Étant arbitre ou expert nommé soit par le tribunal, soit par les parties, rendre une décision ou donner une opinion favorable ou défavorable à une partie ; 3° Étant médecin, chirurgien, dentiste, sage-femme, certifier faussement ou dissimuler l'existence de maladies ou d'infirmités ou un état de grossesse ou fournir des indications mensongères sur l'origine d'une maladie ou l'infirmité ou la cause d'un décès. Sera puni d'un emprisonnement d'une à trois années et d'une amende de 900 F à 20.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement tout commis, employé ou préposé, salarié ou rémunéré sous une forme quelconque, qui, soit directement, soit par personne interposée, aura à l'insu et sans le consentement de son patron soit sollicité ou agréé des offres ou promesses, soit sollicité ou reçu des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte de son emploi (...).

¹⁸⁸ W. Jeandier, « De délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *op. cit.*, n°10.

¹⁸⁹ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁹⁰ C'est le cas, par exemple de la Convention des Nations Unies contre la corruption (*op. cit.*) ou encore de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption (*op. cit.*) qui utilisent le terme « avantage indu ». Au contraire des pots-de-vin qui sont, en général versés à quelqu'un dans le but de détourner le cours d'une opération commerciale au profit de celui qui offre de l'argent, les paiements de facilitation, sont de petites sommes versées à des fonctionnaires de rang inférieur en vue de hâter l'exécution d'un acte faisant partie de leurs fonctions officielles, notamment la délivrance d'une licence. Mais la distinction n'est pas aussi nette qu'elle n'y paraît ; cf. F.-A. Kanso, « Corruption et fiscalité, un essai sur le rôle des incitations et de la gouvernance », Thèse, *Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III*, 2008, p. 59.

¹⁹¹ La définition de l'article 279 du Code pénal vietnamien (CPVn) contient bien les termes « avoir reçu » s'agissant de l'acte de perception. En revanche, pour ce qui est de l'action (ou l'abstention) envisagée de la part de l'agent public corrompu, l'article utilise la locution « pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir » qui fait référence à une certaine postériorité de l'acte. Force est donc de constater que le délit est punissable dès lors que les dons ont été perçus même si la contrepartie (acte ou abstention) de la part de l'agent public n'a pas encore été effectuée.

¹⁹² La version officielle anglaise du CPVn paraît plus claire que la traduction officielle française et semble aller dans le sens de cette interprétation puisque le terme « will accept » traduit un futur. La Loi contre la corruption de 2005 (*op. cit.*) n'apporte pas plus de précisions sur ce point en ne prévoyant pas d'autres définitions de la notion de corruption passive.

Par conséquent, le bien remis par le corrupteur pour prix de sa malhonnêteté va de la remise classique d'espèces¹⁹³ jusqu'à la remise d'objets ou de marchandises divers¹⁹⁴. Pour les avantages plus immatériels, il peut s'agir de l'octroi d'un prêt, de ristournes, le paiement de dettes¹⁹⁵, une opération bancaire ou encore le financement de voyages d'agrément ou de séjours de chasse¹⁹⁶. La seule véritable interrogation repose sur la notion d'avantage quelconque et le fait de savoir si elle peut englober un avantage extrapatrimonial¹⁹⁷. Il ne fait aucun doute que cette notion permet d'englober des avantages incorporels tels que des facilités d'approvisionnement à des prix inférieurs aux cours normaux¹⁹⁸, un travail gratuit¹⁹⁹ ou encore, permettre une participation du corrompu aux affaires traitées²⁰⁰. En revanche, l'avantage peut-il être purement moral ? Un tribunal l'avait pensé à propos des relations sexuelles²⁰¹ mais la Cour de Cassation avait, dans un premier temps, rejeté cette hypothèse en considérant que l'assouvissement d'une haine ne caractérisait pas l'avantage requis²⁰². Cette solution est, cependant, antérieure à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et le terme « avantages quelconques » ne figurait pas dans l'ancien code pénal. Elle n'est donc plus soutenable aujourd'hui²⁰³ et c'est d'ailleurs l'opinion de la Haute Cour qui a admis que la promesse d'embauche d'un ami pouvait être un avantage au sens de l'article 432-11 du code pénal²⁰⁴.

Concernant le destinataire de l'avantage, la loi du 13 novembre 2007²⁰⁵ a ajouté les termes « pour elle-même ou pour autrui » afin de mettre le droit français en totale conformité avec les dispositions de la Convention pénale du Conseil de l'Europe²⁰⁶ que la France avait ratifié et qui prévoit l'obligation, pour les Etats parties, de condamner la corruption passive y compris lorsque la contrepartie est à destination d'un tiers bénéficiaire. Pour autant cet ajout a été jugé artificiel²⁰⁷ puisque la notion d'avantage quelconque permettait déjà d'appréhender ces situations. Néanmoins, depuis cette date, il ne peut plus subsister aucune ambiguïté à ce niveau et le destinataire de la contrepartie n'a plus à être apprécié de manière souveraine par les juges du fond.

83. En droit vietnamien, L'article 279 du code pénal prévoit que l'agent public doit recevoir ou avoir reçu « *directement ou indirectement des sommes d'argent, des biens ou des avantages matériels quelconques* ».

L'article énonce trois catégories d'avantages. La notion de « sommes d'argent » renvoie au versement d'espèces admis de longue date en droit français et correspondant à la définition « primaire » de la corruption. Les termes « biens » et « avantages matériels quelconques »

¹⁹³ Cass. Crim, 6 février 1969, *Bull. Crim.*, 1969, n° 67 ; *RSC*, 1969, 871, obs. A. Vitu – Cass. Crim, 23 janvier 1973, *Bull. Crim.*, 1973, n° 29 ; *JCP G*, 1973, IV, 93 ; Cass. Crim, 14 mai 1986, *Bull. Crim.*, 1986, n° 163 ; *RSC*, 1987, 685, obs. J.-P. Delmas – Saint – Hilaire ; Cass. Crim, 3 juin 1997, *Droit pénal*, 1997, comm., 150, obs. M. Véron.

¹⁹⁴ Comme des arbustes par exemple : Cass. Crim, 4 juillet 1974, *Bull. Crim.*, 1974, n° 249 ; *RSC*, 1975, 411, obs. Vitu.

¹⁹⁵ Cf F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁹⁶ En ce sens, affaire *Carignon* : Cass. Crim, 27 octobre 1997, *Bull. Crim.*, 1997, n° 352 ; *JCP G*, 1998, n° 6, II, 10 017, note M. Pralus ; *JCP E*, 1998, p. 268, obs. J.-F. Renucci ; *Droit pénal*, 1998, comm. 16, obs. M. Véron, comm. 21, obs. J.-H. Robert ; *Revue des sociétés*, 1998, p. 869, note B. Bouloc.

¹⁹⁷ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *Lexis Nexis*, n° 458, p. 178.

¹⁹⁸ Cass. Crim, 6 février 1968, *Bull. Crim.*, 1968, n° 37 ; *RSC*, 1968, p. 850, obs. Vitu

¹⁹⁹ Cass. Crim, 4 juillet 1974, *op. cit.*

²⁰⁰ Cass. Crim, 28 janvier 1987, *RSC*, 1987, *Bull. Crim.*, 1987, n° 47 ; *RSC*, 1987, p. 646, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire.

²⁰¹ T. des enfants Sarreguemines, 11 mai 1967, *JCP G*, 1968, II, 15359, note Sigalas ; *RSC*, 1968, p. 329, obs. A. Vitu.

²⁰² Cass. Crim, 14 octobre 1975, *Bull. Crim.*, 1975, n° 356 ; *RSC*, 1976, p. 415, obs. A. Vitu : un chef de subdivision des Ponts-et-Chaussées avait réclamé à un entrepreneur, sous peine d'exclusion de tous les marchés de travaux public de sa subdivision, le licenciement de l'un de ses salariés.

²⁰³ W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *op. cit.*, n° 10.

²⁰⁴ Cass. Crim, 16 novembre 1999, *Bull. Crim.*, 1999, n° 258 ; *Droit pénal*, 2000, comm. 40, obs. M. Véron.

²⁰⁵ Loi, n° 2007-1598, « Loi relative à la lutte contre la corruption », *op. cit.*

²⁰⁶ Convention Pénale du Conseil de l'Europe, 27 janvier 1999, *op. cit.*, art. 3.

²⁰⁷ En ce sens, M. Segonds, « à propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *Dalloz*, 2008, p. 1070-1071.

posent, en revanche, plus de difficulté et le droit vietnamien semble ici sensiblement différer du droit français. Par la notion de biens, le législateur vise essentiellement les cadeaux faits aux agents qui, sans être de la rémunération directe, peuvent représenter un avantage substantiel. La notion « d'avantages matériels » reste en revanche ambiguë. L'avantage semble, dans ce cas, devoir revêtir une valeur pécuniaire directe comme le fait d'offrir à l'agent un voyage d'agrément, obtenir une réduction de prix pour lui ou pour ses proches. En revanche, une simple gratuité ou une simple invitation n'entrerait pas dans la définition²⁰⁸. En outre, l'avantage purement moral est entièrement exclu de cette définition.

Par les termes « directement ou indirectement », le législateur vietnamien a souhaité étendre l'application de l'infraction y compris lorsque l'agent fait intervenir un intermédiaire pour percevoir « matériellement » l'avantage. Pour autant, l'absence de la notion « pour elle-même ou pour autrui » ne permet pas d'admettre telle extension lorsque l'agent n'est pas directement bénéficiaire de l'avantage²⁰⁹.

84. Objet et moment du pacte corrupteur. Quelle que soit la législation concernée, le mécanisme de la corruption est identique. Il comporte toujours la conclusion d'un pacte entre le corrupteur et le corrompu²¹⁰. Ce pacte est, en réalité, un accord sur la contrepartie attendue du corrompu en vertu d'un agissement de sa part. Le corrupteur procure un avantage à l'agent public parce qu'il cherche à obtenir un certain traitement de faveur. L'objet de la corruption est prévu, dans les articles 432-11 du code pénal français et 279 du code pénal vietnamien, comme le fait pour l'agent public corrompu « d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir » un acte de sa fonction. Il peut s'agir, d'une part, d'un acte positif comme un abattement sur les revenus imposables consentis par un inspecteur des impôts²¹¹, des renseignements fournis sur les conditions d'un marché²¹² ou encore, plus ostensiblement, l'attribution directe d'un marché sans passer par la procédure de passation des marchés publics²¹³. Il peut s'agir, d'autre part, d'une abstention de la part de l'agent public comme, par exemple, le fait pour ce dernier de ne pas dresser un procès-verbal de l'infraction constatée²¹⁴.

En droit français, la notion « d'abstention » ne figurait pas lors de la création du code pénal de 1810. Elle a été rajoutée par l'ordonnance du 8 février 1945 de sorte qu'avant cette date, la corruption passive supposait obligatoirement un acte positif de la part de l'agent public.

L'article 279 du code pénal vietnamien ajoute, quant à lui, les termes « pour le compte ou à la demande du corrupteur » relatifs à l'objet de corruption. Il semble donc que le législateur vietnamien établisse une distinction notoire entre le bénéficiaire de l'avantage qui ne peut être

²⁰⁸ La question se pose donc en ce qui concerne le scandale de corruption « Securrency International » révélé en 2011. Cette affaire a mis en lumière l'existence de nombreuses pratiques corruptrices entre le dirigeant local australien de la société d'impression de billets de banques « Securrency International » et un haut responsable vietnamien. Le but de ces pratiques était l'obtention et la conservation du marché d'impression des billets de banques vietnamiens. Parmi les « avantages » procuré par le dirigeant australien à l'agent public vietnamien, figuraient de nombreuses invitations à des soirées peu orthodoxes ainsi que le financement des études de son fils en Grande Bretagne. L'interrogation reste entière quant à savoir si ces « avantages » entrent dans la définition de l'article 279 du code pénal. Le financement des études ne semble pas véritablement poser de problèmes en ce que qu'il représente un avantage pécuniaire mais les invitations, bien qu'ayant un coût, sont plus perçues comme immatérielles dans le sens où l'agent était libre d'y participer ou non sans que cela ne remette en cause le déroulement de la soirée. La question reste malheureusement entière. Bien que le Vietnam semble reconnaître que ces avantages constituent bien, en l'espèce, des objets de corruption en collaborant avec l'Australie pour aider à la condamnation du corrupteur, il n'a, en revanche, fait aucune démarche publique pour la poursuite et la condamnation du corrompu.

²⁰⁹ D'où l'interrogation relative au financement d'études en Grande Bretagne au bénéfice du fils d'un agent public vietnamien corrompu ; Cf *Ibid.*

²¹⁰ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 71, p. 74.

²¹¹ Cass. Crim, 1^{er} octobre 1984, *Bull. Crim.*, 1984, n°277.

²¹² Cass. Crim, 28 janvier 1987, *op. cit.*

²¹³ Ce qui entraînerait simultanément la consommation du délit de favoritisme, Voir *infra* n°662 et s.

²¹⁴ Cass. Crim. 6 février 1968, *op. cit.*

autre que le corrompu, et celui de l'objet de la corruption qui peut être le corrupteur lui-même ou tout autre personne que ce dernier souhaiterait voir favorisé grâce à la conclusion du pacte.

Cette dualité de traitement n'est pas sans effet sur le degré de preuves qu'il sera nécessaire de rapporter en cas de poursuites. Les autorités devront, en effet, établir la preuve que l'agent public est le véritable bénéficiaire de l'avantage procuré même lorsque ce dernier a été effectivement perçu par un intermédiaire et que l'agissement n'a pas été effectué en faveur du corrupteur mais d'un tiers bénéficiaire.

85. Une difficulté réside dans les deux législations quant au moment du pacte corrupteur. Cela provient du constat que les infractions de corruption résultent nécessairement d'un accord entre le corrupteur et le corrompu. Cet accord fait naître un lien de causalité direct entre l'avantage sollicité ou accepté et l'acte ou l'abstention de l'agent public²¹⁵.

En droit français, la jurisprudence a longtemps exigé que soit établie l'antériorité du pacte corrupteur par rapport aux agissements du corrompu. La Cour de Cassation avait ainsi considéré dans un arrêt du 26 novembre 1991, que « *le délit de corruption n'est caractérisé que si la convention passée par le corrupteur et le corrompu a précédé l'acte ou l'abstention qu'elle avait pour objet de rémunérer* »²¹⁶. Sa position était cependant assouplie en cas de relations suivies entre corrupteur et corrompu²¹⁷. Dans le cadre d'une corruption d'habitude, l'antériorité importait peu car, selon la Cour, « *les dons récompensant les actes passés [avaient] pour but de faciliter les services futurs* »²¹⁸. La preuve l'existence préalable du pacte de corruption devait, en outre, être rapportée sans considération de son exécution matérielle²¹⁹. Pour autant, l'exigence d'un accord préalable à l'exécution pacte était maintenue pour les actes de corruptions isolés²²⁰. Pour une partie de la doctrine, cette exigence découlait naturellement du lien de causal qui existe entre le pacte et les agissements du corrompu puisque la cause doit nécessairement précéder l'effet²²¹. Mais cette solution a été majoritairement critiquée par la doctrine qui soulevait le fait que le fonctionnaire qui avait sollicité les dons avant d'être infidèle était condamnable même s'il s'était abstenu, en définitive, d'accomplir l'acte convenu²²² alors que celui qui avait bien abusé de sa fonction mais avait sollicité ou reçu les dons après ne l'était pas²²³. De surcroît, cette solution jurisprudentielle était curieuse puisque, rappelons-le, le délit est consommé par la seule sollicitation ou acceptation. Dès lors il était curieux que cette dernière n'était pas punissable si elle avait lieu après l'agissement du corrompu. Elle relevait, en outre, d'une certaine hypocrisie puisque même si la remise avait lieu après l'action ou l'abstention sollicitée, elle pouvait difficilement intervenir sans accord préalable, même implicite, entre les deux protagonistes. Cette situation aurait donc dû avoir pour effet de faire présumer l'accord préalable plutôt que d'anéantir la commission du délit²²⁴. Il en résultait, enfin, des difficultés en matière de preuve de l'établissement du pacte corrupteur et pour la fixation du point de

²¹⁵ En ce sens, F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 74 et M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°94, p. 76-77.

²¹⁶ Cass. Crim, 26 novembre 1991, *Droit pénal*, 1992, 116.

²¹⁷ Cass. Crim, 6 février 1969, *Bull. Crim.*, 1969, n° 67, *JCP G*, 1969, II, 16004, note P. Maistre du Chambon ; *RSC*, 1969, p. 871, obs. A. Vitu.; in M. Véron, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, Cours, 8^{ème} édition, 2009, n°71, p. 74.

²¹⁸ Cass. Crim, 29 septembre 1993, *Bull. Crim.*, 1993, n°271 ; *Droit pénal*, 1994, comm. 3.

²¹⁹ En ce sens, Cass. Crim, 4 juillet 1974, op. cit. : « *Il n'importe que Y n'ait ultérieurement été déclaré adjudicataire d'aucun marché nouveau, la loi réprimant la convention passée entre le corrupteur et le corrompu sans tenir compte de l'exécution de cette convention* ».

²²⁰ C.A Aix en Provence, 18 novembre 1997, *JCP G*, 1998, IV, p. 1952.

²²¹ En ce sens, F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 75 et M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 290.

²²² W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », op. cit., n°11.

²²³ J.-P. Delmas Saint Hilaire, commentaire sous Cass. Crim, 14 mai 1986, *RSC*, 1987, p. 685.

²²⁴ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 74.

départ du délai de prescription qui nécessitait que l'on établisse au préalable l'existence d'un fait de corruption.

Afin de mettre fin à cette situation, le législateur a entendu supprimer l'exigence d'antériorité du pacte corrompé. Avec la loi du 30 juin 2000²²⁵, il a précisé dans l'article 432-11 du code pénal que la sollicitation ou l'agrément pouvait intervenir « à tout moment ». Néanmoins, il n'a pas jugé nécessaire de modifier en conséquence la rédaction de la suite du texte de sorte que la sollicitation ou l'agrément pouvait intervenir « à tout moment » pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de la fonction. Certains auteurs, se fiant à la *ratio legis*, ont naturellement considéré que cet ajout faisait disparaître définitivement l'exigence d'antériorité, de sorte que les avantages pouvaient être sollicités ou agréés aussi bien avant qu'après l'acte ou l'abstention de l'agent²²⁶. Mais pour d'autres auteurs, l'oubli du législateur maintenait cette exigence en ce que les termes « accomplir ou s'abstenir d'accomplir » renvoyaient nécessairement à une postériorité des agissements du corrompu²²⁷. En effet, « *la sollicitation après accomplissement de l'acte de la fonction ne saurait être considérée être faite pour accomplir un acte qui l'est déjà* »²²⁸. Pour mettre fin à cette ambiguïté textuelle et à toute antériorité du pacte corrompé, le législateur est donc intervenu une deuxième fois avec la loi du 17 mai 2011²²⁹ qui a ajouté les termes « avoir accompli » et « s'être abstenu d'accomplir ». Il n'existe, depuis lors, plus aucune équivoque possible²³⁰. L'ordre dans lequel sont commis les différents éléments constitutifs du délit de corruption passive est indifférent. Il faut, mais il suffit, d'établir qu'il y a entre ces éléments un lien de causalité²³¹. L'antériorité n'étant plus une condition d'existence de l'infraction, les cadeaux et autres dons offerts « en remerciement » d'actes réalisés antérieurement peuvent devenir révélateurs d'une corruption²³².

86. En droit vietnamien, la présence des termes « accomplir ou s'abstenir d'accomplir » et l'absence de toute précision relative à la possibilité que le pacte de corruption soit passé « à tout moment » semblent renvoyer à une exigence d'antériorité, conformément à la position de la jurisprudence française avant la modification législative du 30 juin 2000. En d'autres termes, le droit vietnamien exige que soit établie la preuve d'un accord préalable entre le corrompu et le corrupteur pour que l'infraction soit effectivement consommée et condamnable. Les difficultés soulevées sont, dès lors, exactement les mêmes que celles identifiées en droit français avant l'intervention du législateur : l'agent public qui aura perçu effectivement les commissions sera punissable alors même qu'il n'aura pas agi ou ne se sera pas abstenu d'agir tandis que celui qui aura d'abord effectué un acte ou une abstention de sa fonction et demandé quelque rémunération « en remerciement » ne le sera pas. Seule l'existence du pacte semble toutefois devoir être antérieure à l'agissement. La présence du terme « recevoir » permet d'inclure la possibilité qu'un simple agrément suffit à consommer l'infraction. Cependant, bien que le versement antérieur à l'acte ne soit pas une obligation absolue, la difficulté procédurale liée à cette antériorité du pacte reste la même : Les autorités de poursuites sont dans l'obligation de prouver l'existence d'un pacte corrompé préalable.

²²⁵ Loi n° 2000-595, « Loi modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption », 30 Juin 2000, *JORF*, 1^{er} Juillet 2000, n°151, p. 9944.

²²⁶ En ce sens, par exemple : M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, 2009, n° 71, p. 75 ; J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004, n°76, p. 178 ; F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 74.

²²⁷ En ce sens, par exemple, W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *op. cit.*, n°11 ; M. Segonds, « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », *AJ Pénal*, 2006, p. 195 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°459, p. 179.

²²⁸ W. Jeandidier, *Ibid.*

²²⁹ Loi, n° 2011-525, « Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », *op. cit.*

²³⁰ M. Segonds, « Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (Loi n°2011-525 du 17 mai 2011) », *RSC*, 2012, p. 882.

²³¹ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, 2013, n°94, p. 77.

²³² F. Baillet, « Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires », *op. cit.*, p. 7 et M. Véron, *Ibid.*

87. Valeur seuil de l'avantage. Le législateur vietnamien semble avoir ajouté un élément constitutif supplémentaire par rapport au délit français de corruption passive, relatif à un montant minimal. L'article 279 du code pénal vietnamien prévoit effectivement que le délit de corruption passive est consommé dès lors que le montant « de la corruption » est de 500 000 VND²³³. En deçà de ce montant, les agissements ne sont pas incriminés sauf s'ils sont accompagnés de l'une au moins des circonstances aggravantes décrites dans l'article ou si l'agent a déjà fait l'objet de sanctions disciplinaires ou pénales pour des faits de même nature. Ce seuil minimal a été porté à 2 000 000 VND par la loi du 29 juin 2009²³⁴. Malgré que cette loi n'ait pas été intégrée directement dans les dispositions du code pénal en l'absence de toute consolidation des textes au Vietnam²³⁵, elle remplace le montant initialement requis par le code pénal de 1999.

En d'autres termes, le législateur vietnamien ne voit pas dans la « petite corruption »²³⁶, de raisons suffisantes pour caractériser l'infraction pénale. Un tel élément constitutif paraît très curieux mais il s'explique par la généralisation de ces petits paiements de facilitation qui conditionnent la vie quotidienne des citoyens. Pour autant, ces agissements ne peuvent pas être commis en toute impunité. Il apparaît, dans les dispositions de l'article 279 ainsi que de la loi de 2005²³⁷, que s'ils ne sont pas suffisamment graves pour être pénalement répréhensibles, ils doivent tout de même faire l'objet de sanctions disciplinaires. L'infraction pénale viendrait donc, dans cette optique, en renfort de la sanction administrative en cas de corruption grave ou d'agissements répétés. Ce système peut apparaître positif en ce qu'il permet de ne pas engorger les tribunaux répressifs étant donné l'importance des actes de petite corruption au Vietnam. Il permet en outre de donner une sorte de « seconde chance » au fonctionnaire qui n'aurait pas trop gravement manqué à son devoir de probité. Mais un tel système ne peut fonctionner de manière satisfaisante qu'à la condition que l'agent public soit soumis à une réelle hiérarchie qui contrôle effectivement ses activités et que les sanctions disciplinaires appliquées soient suffisamment punitives et dissuasives. Par ailleurs, même si l'élément constitutif relatif à un montant seuil de corruption peut se comprendre au regard des particularités du pays, il est contraire aux dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption à laquelle le Vietnam est partie²³⁸ et qui enjoint les Etats à incriminer tout acte de corruption quel que soit le montant de l'avantage procuré.

88. L'intention. Dans les deux infractions étudiées, le délit de corruption passive est nécessairement une infraction intentionnelle. L'agent public n'est punissable que s'il est conscient de l'acte de complaisance qu'on lui demande d'accomplir en contrepartie de l'avantage qu'il accepte ou sollicite²³⁹. En raison de la relation causale qui existe entre l'acte ou l'abstention de l'agent et l'avantage sollicité ou agréé²⁴⁰, il en résulte un dol général et

²³³ Environ 17 euros.

²³⁴ Loi n°13/2009/L-CTN, « Law Amending; and Supplementing a Number of Articles of the Penal Code », 29 juin 2009, *op. cit.*

²³⁵ E. Catta, B. Blein, L. Thang Long et N. Thi Kim Thoa, *Séminaire d'expertise des projets d'ordonnances sur la codification et la consolidation des actes normatifs, Maison du Droit Vietnamo-Française* (ci-après MDVF), Hanoï, 23 et 24 juin 2010. Les éléments de contexte inclus dans le compte rendu de ce séminaire nous enseignent que le cadre vietnamien est diffus et dispersé en plusieurs lois, cela rend le droit vietnamien très difficilement lisible. Plus grave encore, les lois appelées « codes » ne sont en fait que de simples lois et les lois postérieures venant amender ou supprimer les lois antérieures n'y sont pas intégrées. De sorte qu'il n'existe aucune consolidation ni codification des textes en droit vietnamien. Ainsi beaucoup de lois en vigueur mais contradictoires amènent à bloquer le cadre législatif vietnamien, le rendre illisible et inapplicable.

²³⁶ La « petite corruption », par opposition à la « grande corruption », peut se définir comme des petits paiements de facilitation qui apparaissent comme quotidiens dans certains pays en voie de transition. Il s'agit là de pratiques courantes et généralisées qui ne parviennent même plus à choquer les habitants qui voient dans ces pratiques une certaine normalité. Cf M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption, un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 697.

²³⁷ Loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*

²³⁸ Le Vietnam a ratifié la Convention le 19 août 2009. L'état des ratifications des Etats parties à la Convention de Mérida disponible en ligne http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsdg_no=XVIII-14&chapter=18&lang=fr.

²³⁹ M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 290.

²⁴⁰ En ce sens, F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 74 ; M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, 2013, n°96, p. 77.

un dol spécial. Le dol général est constitué par la conscience d'agir en totale contrariété avec l'impératif de probité tandis que le dol spécial est le but de la corruption : accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction en contrepartie d'une rémunération quelconque²⁴¹.

89. L'analyse comparée des infractions françaises et vietnamiennes de corruption passive nous permettent de constater que, bien que des similitudes existent entre les deux systèmes répressifs, les deux infractions de corruption passives ne sont pas pour autant identiques. Néanmoins les articles 432-11 du code pénal français et 279 du code pénal vietnamien limitent tous deux le champ d'application *ratione personae* aux seuls agents publics internes. Tel n'est pas le cas de l'infraction de corruption active qui ne conditionne sa consommation à aucune condition préalable tenant à la qualité de la personne. Par conséquent, cette qualification est ouverte à toute personne.

B – Le corrupteur, une qualification ouverte à toute personne

90. La corruption active représente le deuxième comportement délictueux résultant du « concert frauduleux » qu'est la corruption au sens général. Elle se place du côté du corrupteur, c'est-à-dire de celui qui va verser l'avantage au corrompu en contrepartie d'un traitement de faveur. Pour le Professeur André Vitu, la corruption active désigne « *les agissements par lesquels un tiers obtient ou essaie d'obtenir, moyennant des dons ou des promesses, d'une personne exerçant une fonction officielle, qu'elle accomplisse ou retarde ou s'abstienne d'accomplir ou de retarder un acte de sa fonction [...]* »²⁴².

91. La corruption active ne subordonne pas sa commission à la qualité d'agent public de son auteur et tout individu peut s'en rendre coupable dans la mesure où il se trouve en relation avec un agent public interne. Dans les deux systèmes étudiés, la corruption active fait l'objet d'une incrimination distincte de la corruption passive, de sorte que le corrupteur n'est pas le complice du corrompu ni le co-auteur d'une même infraction. Pour autant, alors que le délit français est, sans nul doute, distinct et autonome de la corruption passive (1), l'infraction vietnamienne souffre en revanche d'un manque notoire de définition. Cela conduit à émettre des doutes sur son applicabilité réelle en tant qu'infraction indépendante (2).

1. Un délit distinct en France contenant ses propres particularités.

92. Comme énoncé, la création d'un délit de corruption active par le législateur français a été opérée afin de faire obstacle au fait que l'un des faits de corruption soit considéré comme l'accessoire de l'autre²⁴³ ou encore comme un cas de complicité²⁴⁴. Le délit de corruption active est donc absolument indépendant de l'existence d'un fait principal punissable de corruption passive et inversement.

93. L'infraction est intégrée à l'article 433-1 du code pénal qui la définit comme le fait « *par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne*

²⁴¹ W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *op. cit.*, n°13.

²⁴² A. Vitu, « Corruption active d'agents publics nationaux et trafic d'influence, actif ou passif, commis par des particuliers ; Articles 433-1 et 433-2 », *JCL Pénal*, Fasc. 10, n°3, p. 3.

²⁴³ Cass. Crim, 4 novembre 1948, *Bull. Crim.*, 1948, n°250.

²⁴⁴ Cass. Crim, 30 janvier 1909, *Droit Pénal*, 1910, 1, 505 : « *La corruption active ne saurait constituer un acte de complicité de la corruption passive au sens des articles 59 et 60 du code pénal (nouveaux articles 121-6 et 121-7 du code pénal)* ».

dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui [...] pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir, un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ». L'article prévoit *in fine* que le délit se consomme également par le fait de céder aux sollicitations de l'agent public corrompu. Comme pour la corruption passive, cette définition est issue de la loi du 30 juin 2000, à laquelle il faut ajouter la loi du 17 mai 2011, qui ont mis fin à l'antériorité du pacte corrupteur et de la loi du 13 novembre 2007 qui a ajouté « de manière superflue » les termes « pour elle ou pour autrui » afin de ne pas limiter l'infraction aux seules situations pour lesquelles le corrompu est le bénéficiaire effectif de l'avantage²⁴⁵. La corruption active est punie d'une peine d'emprisonnement de dix ans et d'une amende d'un million d'euros dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction²⁴⁶. En d'autres termes, la corruption active est le fait de rémunérer l'accomplissement ou le non accomplissement d'un acte de la fonction de l'agent public²⁴⁷.

Bien que les éléments constitutifs de l'infraction semblent correspondre *mutatis mutandis* à ceux de la corruption passive, quelques particularités subsistent.

94. Abandon de la condition préalable. Le délit de corruption active détient cette particularité en ce qu'il abandonne entièrement la condition préalable de sa commission tenant la qualité d'agent public de son auteur. Depuis la création du code pénal en 1810 et jusqu'à nos jours, l'emploi du terme « quiconque »²⁴⁸ dans les différentes définitions de l'infraction traduit l'idée que la corruption active peut être commise par toute personne. Pour autant, une restriction subsiste : l'auteur doit obligatoirement se trouver en relation avec une personne exerçant une fonction officielle²⁴⁹.

95. Les actes prohibés. Selon les dispositions de l'article 433-1 du code pénal, la corruption active consiste à proposer, sans droit, à tout moment, des offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques²⁵⁰. Elle consiste également au fait de « céder » aux sollicitations du corrompu²⁵¹. Ces éléments matériels sont le résultat de plusieurs évolutions législatives.

96. A l'origine de la création du délit dans le code pénal de 1810, l'article 179 du code pénal prévoyait que la corruption active était consommée, non seulement par la proposition (qui se déduit à la lecture du terme « corrompre ») mais également lorsque le corrupteur faisait usage de contraintes ou de menaces à l'égard de l'agent public. La violence pouvant être commise par le « corrupteur » à l'égard du corrompu a aujourd'hui totalement disparu du champ d'application de la corruption active pour constituer le délit autonome de « menaces et actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique » défini à l'article 433-3 du code pénal actuel. L'article 179 de l'ancien code pénal incriminait en outre le seul fait de « proposer » ou de « promettre » de sorte que le fait, pour un individu, de céder aux

²⁴⁵ Voir *supra* n°82.

²⁴⁶ Tout comme pour la corruption passive, la peine d'amende applicable en matière de corruption active a été portée à un million d'euros dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction par la loi du 6 décembre 2013, *op. cit.*

²⁴⁷ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°30, p. 35.

²⁴⁸ Il est cependant à noter que le terme « par quiconque » ne figure expressément dans l'article 433-1 du code pénal que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 novembre 2007 (*op. cit.*). Le champ d'application n'a pas pour autant été élargi étant donné que le délit a toujours été applicable à toutes personnes mais cette loi a l'avantage d'avoir supprimé toute ambiguïté en corrigeant cette grave imprécision de la législation française. Cf M. Segonds, « à propos de la onzième réécriture de la corruption », *op. cit.*, p. 1069.

²⁴⁹ Cf. A. Vitu, « Corruption active d'agents publics nationaux et trafic d'influence, actif ou passif, commis par des particuliers ; Articles 433-1 et 433-2 », *op. cit.* : « les agissements par lesquels un tiers obtient ou essaie d'obtenir, moyennant des dons ou des promesses, d'une personne exerçant une fonction officielle, qu'elle accomplisse ou retarde ou s'abstienne d'accomplir ou de retarder un acte de sa fonction ou un acte facilité par elle ».

²⁵⁰ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 442, p. 171.

²⁵¹ J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°83, p. 186.

sollicitations de l'agent public n'entraînait pas la consommation du délit. L'ancien code pénal était donc beaucoup plus sévère envers l'agent public puisque son manquement au devoir de probité était condamnable même s'il n'avait fait que céder aux sollicitations du corrupteur.

L'assouplissement de la sévérité envers le corrupteur se traduisait également quant au moment de consommation du délit. Alors que le délit de corruption passive de l'article 177 de l'ancien code pénal revêtait déjà un caractère purement formel, consommé par la seule sollicitation, l'article 179 *in fine* ne prévoyait qu'une atténuation des peines lorsque la tentative de contrainte ou de corruption n'avait pas été suivie d'effets. En ce sens, il est possible de considérer l'ancien délit de corruption active comme une infraction « quasi-formelle »²⁵². Le délit n'était effectivement pas soumis au même régime que la corruption passive mais il ne pouvait pas, pour autant, être considéré comme un délit purement matériel pour lequel la tentative était punissable. Cette dernière était prévue aux articles 2 et 3 de l'ancien code pénal et, à l'image de la définition actuelle, elle supposait cumulativement une disposition expresse en matière de délit, un commencement d'exécution et l'absence d'interruption volontaire de la part de l'auteur. La tentative supposait donc une appréciation souveraine des juges du fond. Dans le cas de la corruption active, la simple proposition formulée par l'auteur envers le fonctionnaire, sans pour autant qu'elle soit suivie d'effets, était considérée comme punissable. Il n'y avait pas lieu à rechercher l'existence d'un commencement d'exécution ni l'absence d'interruption volontaire.

Tout comme l'article 177, l'article 179 de l'ancien code pénal a subi une modification substantielle par l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 8 février 1945²⁵³. Cette réforme a élargi le champ d'application de l'infraction en intégrant, parmi les actes prohibés, le fait de « céder » aux sollicitations du corrupteur. Ce terme a été maintenu jusqu'à ce jour puisqu'il figure toujours dans la lettre de l'actuel article 433-1 du code pénal. Qu'importe, depuis lors, de qui provient l'initiative du pacte corrupteur. L'ordonnance a, par ailleurs, donné au délit de corruption active le caractère purement formel qui nous lui connaissons aujourd'hui. Le seul fait, pour le corrupteur, de proposer ou de céder aux sollicitations du corrompu suffit à consommer l'infraction de sorte que toute tentative devient inconcevable²⁵⁴.

97. Le terme « proposer » incrimine le fait, pour l'auteur, de prendre l'initiative de faire le premier pas vers l'agent public. Cette seule initiative suffit à consommer l'infraction même si elle n'a pas été suivie d'effets. L'exemple le plus connu à ce jour, est celui tiré d'une affaire soumise à la Cour de Cassation le 16 octobre 1985. En l'espèce, un étudiant en droit, ajourné à une épreuve de deuxième année, avait fait parvenir à l'enseignant un chèque de 10 000 francs, sans provision, accompagné d'une lettre indiquant qu'il « *s'en remettait à l'indulgence et à la bienveillance de son professeur pour obtenir une note de 13/20, soit par une nouvelle interrogation orale, soit par tout autre moyen* »²⁵⁵.

Le délit français de corruption active se consomme également par le fait de « céder » aux sollicitations d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public. Ici, seule l'acceptation du corrupteur

²⁵² L'emploi du terme « quasi-formel » peut se justifier en ce que le délit de corruption active, sous l'empire de l'ancien code pénal, ne revêtait pas le caractère de délit classique dont la tentative était punissable. Son régime était plus sévère qu'un délit classique mais ne détenait pas pour autant la qualité de délit purement formel, au contraire du délit de corruption passive.

²⁵³ C. Pén., 1810, art. 179 modifié par ord. du 8 février 1945 : « Quiconque, pour obtenir, soit l'accomplissement ou l'abstention d'un acte, soit une des faveurs ou avantages prévus aux articles 177 et 178, aura usé de voies de fait ou menaces, de promesses, offres, dons ou présents, ou cédé à des sollicitations tendant à la corruption, même s'il n'en a pas pris l'initiative, sera, que la contrainte ou la corruption ait ou non produit son effet, puni des mêmes peines que celles prévues aux-dits articles contre la personne corrompue ».

²⁵⁴ J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, op. cit., n°83, p. 186.

²⁵⁵ Cass. Crim, 16 octobre 1985, *Gazette du Palais*, 1986, I, p. 152 ; RSC, 1986, p. 607, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire.

suffit à caractériser l'infraction, peu importe que ce dernier renonce à réaliser la promesse initialement donnée²⁵⁶. La jurisprudence applique le texte de manière restrictive puisqu'elle condamne effectivement pour corruption active les personnes qui auraient cédé aux sollicitations de l'agent public²⁵⁷.

En incriminant le fait de « céder » dans un alinéa distinct, le législateur fait preuve d'une particulière sévérité à l'égard du corrupteur. Il n'est pas *a priori* tenu par un devoir de probité à la différence de l'agent public. Il paraît donc normal de condamner l'agent public même s'il n'est pas à l'origine de la proposition puisque le délit de corruption sanctionne en priorité le manquement au devoir de probité. Il paraît, en revanche plus sévère de sanctionner le corrupteur lorsqu'il n'est pas à l'origine de la demande puisqu'il n'est justement pas tenu à ce devoir. Bien que cette solution soit sévère, il paraît toutefois normal de sanctionner l'accord illicite quelle que soit la personne à l'origine de la proposition. C'est le choix du terme « céder » qui est plus dérangeant. Il implique une certaine pression exercée par le corrompu sur la personne du corrupteur. Il n'est pas impossible d'imaginer, ici, le fonctionnaire en position de force et refusant d'exercer un acte de sa fonction tant qu'il n'a pas reçu quelque « paiement » de la part de l'administré. Il est facilement concevable, dans cette hypothèse, qu'un individu, même intègre, se voie contraint de « payer le prix du service ». Le terme « céder » semble donc impliquer une situation de contrainte par laquelle il serait plus naturel de considérer l'administré comme victime plutôt que comme auteur d'une corruption active²⁵⁸. Le législateur n'emploie d'ailleurs pas ce terme dans la définition de la corruption passive, lui préférant celui « d'accepter ». La notion d'acceptation paraît, en effet, plus adéquate car elle suppose un réel accord entre les auteurs de corruption, parfaitement consenti des deux côtés. C'est également ce que qui ressort des définitions prévues par les différentes conventions internationales comme la Convention pénale du Conseil de l'Europe qui emploie le terme « donner »²⁵⁹ ou encore la Convention de Mérida qui utilise celui « d'accorder »²⁶⁰. Il serait donc préférable que le législateur français, sans pour autant remettre en question la consommation du délit lorsque le corrupteur n'est pas à l'origine de la demande, remplace le terme « céder » par un autre à tonalité beaucoup plus neutre.

Enfin, La jurisprudence considère qu'il y a également corruption active même lorsque le don ou le présent n'est pas assorti de quelque sollicitation précise²⁶¹. Ainsi le simple cadeau d'agrément ou de plaisance peut s'avérer être une contrepartie corruptrice dès-lors qu'il implique, même implicitement, une contrepartie ou un certain « traitement de faveur » de la part de son bénéficiaire²⁶².

98. La nature de l'avantage. L'article 433-1 du code pénal est rédigé en des termes identiques à ceux de l'article 432-11 en ce qui concerne la nature de l'avantage proposé ou accepté. Ainsi, la corruption active peut se consommer par le fait de proposer ou d'accepter, sans droit, « des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages

²⁵⁶ J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°83, p. 186.

²⁵⁷ T. des enfants de Sarreguemines, 11 mai 1967, *op. cit.* : il convient cependant d'apporter, ici, une nuance étant donné que la jeune fille souhaitait que l'agent de police s'abstienne d'exercer un acte de sa fonction. Cette abstention étant illicite, le fait de céder aux demandes de l'agent public avait donc un but illicite.

²⁵⁸ C. Cutajar, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaider pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *Dalloz*, 2008, p. 1081.

²⁵⁹ Convention pénale sur la Corruption, 27 janvier 1999, *op. cit.*, art.2.

²⁶⁰ Convention des Nations Unies contre la corruption, dite, *op. cit.*, art. 15.

²⁶¹ Cass. Crim., 11 février 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°39 : ainsi en est-il d'une offre d'argent faite à un magistrat dans des conditions impliquant une contrepartie et ce même en l'absence de sollicitations précises.

²⁶² Cette particularité du droit français et la position de la jurisprudence sur ces questions-là sont particulièrement intéressantes dans le cadre d'une étude comparative avec le droit vietnamien, dans lequel les présents (notamment en période de Têt, c'est-à-dire au moment du nouvel an vietnamien) sont plus que monnaie courante. Voir *infra* n°110.

quelconques ». Les avantages peuvent donc être, comme en matière de corruption passive, corporels ou incorporels, matériels ou immatériels. Ici aussi, le terme « avantage quelconque » donne au juge un pouvoir d'appréciation très large qui lui permet de considérer tout objet ou action en faveur du corrompu comme un avantage. Il peut, d'ailleurs, consister sans nul doute aujourd'hui en un avantage purement moral. Mais cette conception avait déjà été envisagée sous l'empire dans l'ancien code pénal puisqu'un tribunal avait considéré que la promesse de relations sexuelles représentait un avantage entraînant la consommation du délit de corruption active²⁶³.

Comme pour le délit de corruption passive, le législateur de 2007 a rajouté les termes « pour elle-même ou pour autrui », de sorte que l'avantage procuré peut être au bénéfice du corrompu ou à celui d'un tiers qu'il souhaite favoriser²⁶⁴. L'ajout de cette notion peut avoir une importance particulière en matière de corruption active « transfrontière » en ce qu'il permet d'appréhender celui qui n'avait, en réalité, que le rôle d'intermédiaire et dont l'incrimination pouvait s'avérer auparavant, délicate²⁶⁵ ou encore, de lever tout obstacle lié à la potentielle existence d'une société-écran.

99. Objet et moment du pacte corrupteur. Là encore, les finalités de la corruption active sont les mêmes que celles de la corruption passive²⁶⁶. Il s'agit d'obtenir de l'agent public corrompu qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat. Ici encore, c'est à la réalisation, par l'agent public, d'actes entrant dans ses attributions légales ou réglementaires que doit aboutir la corruption²⁶⁷.

Il est à noter que la notion d'abstention a longtemps été absente du dispositif de l'article 179 de l'ancien code pénal. Tout comme pour la corruption passive, la corruption active supposait obligatoirement un acte positif de la part du fonctionnaire. L'article 179 dressait, par ailleurs, une liste d'actes que le corrupteur souhaitait voir accomplis en usant de contrainte ou en émettant une offre. Cette liste a été abolie définitivement par l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et l'intégration du délit à l'article 433-1.

100. Comme pour la corruption passive, la rédaction du texte initial imposait que la sollicitation ou l'acceptation soit antérieure à l'action ou l'abstention du fonctionnaire. La consommation du délit reposait donc sur la preuve de l'existence d'un pacte corrupteur antérieur aux agissements de l'agent public. Cette exigence est désormais entièrement abolie par l'intervention du législateur à deux reprises, par la loi du 30 juin 2000 et celle du 17 mai 2011 qui ont ajouté à l'article 433-1 du code pénal les mêmes termes que ceux de l'article 432-11²⁶⁸.

101. Intention. Le schéma de l'intention est aussi le même que celui de la corruption passive. En tant que « deuxième forme » d'une criminalité globale que représente le phénomène de corruption, la corruption active répond également à la relation causale qui existe entre l'avantage procuré ou agréé et l'agissement de l'agent public²⁶⁹. Il en résulte un dol général et un dol spécial. Le dol général réside dans la conscience d'agir de manière illégale et de cautionner le manquement au devoir de probité effectué par l'agent public (voir de l'inciter). Le dol spécial consiste à obtenir de la part de l'agent public qu'il accomplisse ou s'abstienne

²⁶³ T. des enfants de Sarreguemines, 11 mai 1967, *op. cit.* ; voir *supra* n°82.

²⁶⁴ Voir *supra* n°82.

²⁶⁵ P. Bonfils, « La loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007, relative à la lutte contre la corruption », *RSC*, 2008, p. 377.

²⁶⁶ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 172.

²⁶⁷ F. Baillet, « Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires », *op. cit.* p. 7.

²⁶⁸ Voir *supra* n°85.

²⁶⁹ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 73.

d'accomplir un acte de sa fonction, en contrepartie d'un avantage²⁷⁰. La jurisprudence considère, par ailleurs, que cette intention est réalisée alors même que l'avantage n'est pas assorti de demande explicite de la part du corrupteur. Ainsi, le simple « cadeau de remerciement » pourra être considéré comme un acte de corruption active.

102. Le droit français est donc particulièrement sévère en matière de corruption active. Les peines prévues sont exactement les mêmes que celles applicables en matière de corruption passive, ce qui démontre la volonté du législateur français d'incriminer fermement tous les actes relatifs à des pratiques de corruption. L'étude des éléments constitutifs de cette infraction nous permet également d'apprécier l'indépendance des deux délits de corruption impliquant le secteur public national. Il existe une parfaite autonomie de ces deux infractions de sorte qu'il n'est pas nécessaire de rechercher l'existence d'une corruption passive ou la responsabilité du corrompu pour pouvoir condamner le corrupteur, et inversement. Telle autonomie est essentielle pour une incrimination efficace des pratiques corruptrices. Or la question de l'indépendance du délit vietnamien de corruption active continue de se poser. Ce qui apparaît comme déjà préjudiciable dans un contexte national doit tendre à devenir une priorité dans le cadre de la lutte contre les pratiques corruptrices.

2. La question latente relative à la réelle indépendance du délit au Vietnam

103. L'incrimination vietnamienne de corruption active est inscrite à l'article 289 du code pénal. L'infraction simple telle que rédigée dans la traduction officielle française²⁷¹ comporte les termes suivants : « *La corruption active, pour une somme d'une valeur de 500.000 dongs moins de 10.000.000 de dongs, ou pour une valeur inférieure à 500.000 dongs et en causant de graves conséquences ou commise à plusieurs reprises, est punie de un à six ans d'emprisonnement.* »²⁷².

L'article 289 du code pénal vietnamien (CPVn), tel qu'il a été traduit en français, ne comporte aucune définition de la notion de corruption active. Selon cette traduction, il n'est donc pas possible de déterminer précisément les agissements incriminés en droit vietnamien. Afin de pouvoir effectuer une analyse la plus exacte possible de l'article, l'utilisation de la traduction officielle anglaise du texte sera donc nécessaire.

104. Abandon de la condition préalable. Malgré l'absence de définition et du terme « quiconque » ou un équivalent dans la lettre de l'article 289 du CPVn, il est incontestable que l'infraction de corruption active abandonne la condition préalable tenant à la qualité d'agent public de son auteur. L'article est, en effet, intégré dans la section B du chapitre XXV intitulée : « autres atteintes à l'administration publique commise par des personnes exerçant ou non une fonction publique ». De plus, il ressort de la traduction officielle anglaise de l'article, le terme « those » pouvant se traduire comme « celui » ou « quiconque ». A l'image du délit français, l'infraction vietnamienne de corruption active est, donc, ouverte à toute personne.

²⁷⁰ W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *op. cit.*, n°13.

²⁷¹ Les textes normatifs vietnamiens font l'objet de nombreuses traductions, notamment en français et en anglais, afin de permettre aux étrangers de pouvoir avoir accès au droit vietnamien. Néanmoins, au Vietnam, seule la version originale, en vietnamien, sera utilisée par les juges pour l'application des lois.

²⁷² Il est important de noter que la loi du 29 juin 2009 (*op. cit.*) a augmenté le montant « minimum » de l'objet de corruption pouvant directement déclencher une condamnation pénale. Ce montant est, en effet, passé à 2 000 000 VND bien qu'aucune version consolidée et officielle du code pénal amendé ne soit encore en vigueur.

Plus de difficultés surviennent, en revanche, à l'occasion de l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction.

105. Les actes prohibés. La traduction française de l'article 289 du CPVn ne donne aucune indication quant aux actes incriminés. Plus d'indications sont présentes dans la traduction officielle anglaise, plus proche de la version originale en vietnamien, qui emploie les termes « celui qui offre un pot-de-vin »²⁷³. A première vue et contrairement au droit français, seul le fait de proposer semble incriminé. En d'autres termes, la corruption active ne semble être punissable que lorsque le corrupteur est à l'initiative de l'établissement du pacte. Telle hypothèse est contraire aux instruments internationaux qui, sans pour autant incriminer le fait de céder, prévoient au minimum l'incrimination de l'acceptation de plein gré²⁷⁴. Toutefois, l'article 289 al. 6 prévoit une exonération totale de responsabilité pénale lorsque le corrupteur a cédé aux contraintes exercées par l'agent public corrompu et qu'il a dénoncé cette contrainte avant la découverte de l'infraction²⁷⁵. A *contrario* il semblerait donc que l'incrimination soit maintenue en cas de contrainte non dénoncée. En d'autres termes, il y aurait corruption active y compris lorsque le corrupteur aurait cédé aux sollicitations du corrompu. Mais la notion d'acceptation ne figurant pas directement dans la définition de l'infraction, il est tout de même aventureux de raisonner ainsi et il n'est pas possible d'en déduire une règle juridique absolument certaine.

Il semble, en revanche, que seul le fait de proposer suffise à qualifier l'infraction de corruption active. La présence du verbe « offrir » dans la lettre de l'article 289 du CPVn suppose, ici, que l'infraction soit consommée dès lors que l'auteur émet une offre, peu importe qu'elle soit ou non acceptée par le dépositaire de l'autorité publique. L'infraction de corruption active semble donc revêtir un caractère purement formel ce qui, si l'interprétation est juste, établit à l'égard du corrupteur un régime plus sévère que celui appliqué à l'égard du corrompu. La corruption passive, rappelons-le, se consomme par le fait de « recevoir » ou « d'avoir reçu » un avantage.

106. Pour ce qui est de l'éventuelle intervention d'un intermédiaire au moment de la réalisation du pacte de corruption, l'article 289 CPVn n'emploie aucunement les termes « directement ou indirectement » au contraire de l'article 279. Cette absence est néanmoins compensée par l'existence de l'infraction de l'article 290 du CPVn²⁷⁶ qui incrimine le fait, pour toute personne, d'intervenir en tant qu'intermédiaire dans un acte de corruption. Cet article sanctionne tous les intermédiaires à une pratique corruptrice sans délimitation du champ d'application à la seule infraction de corruption passive. Il reste néanmoins à déplorer que rien ne soit précisé dans le *corpus* du texte de l'article 289 du CPVn, ce qui permettrait de lever toute ambiguïté à ce niveau. La présence de l'article 290 du code pénal vietnamien nous permet, par ailleurs, d'observer que le fait d'agir en tant qu'intermédiaire à un fait de corruption constitue une infraction autonome et non seulement un cas de complicité des infractions de corruption. Cette disposition apparaît donc toute particulière au regard du droit français et international qui n'envisagent pas cette activité au titre d'une infraction autonome.

²⁷³ La version anglaise de l'article 289 du CPVn contient les termes « Those who offer a bribe (...) ». La version en langue anglaise de cet article est disponible sur <http://www.worldlii.org/vn/legis/pc66/s289.html>.

²⁷⁴ Par exemple ici, la Convention pénale du Conseil de l'Europe (*op. cit.*) dont le Vietnam ne fait pas partie mais dont l'adhésion est possible, prévoit dans son article 2 le fait de « donner » qui ouvre la répression aux situations dans lesquelles le corrupteur n'est pas à l'initiative du pacte corrupteur mais en accepte la conclusion de plein gré. De même la convention des Nations Unies contre la corruption, dite Convention de Mérida (*op. cit.*) prévoit, à l'article 15-a, le fait « d'accepter » la conclusion du pacte.

²⁷⁵ C. Pén. Vn, art. 289, al. 6 : « Toute personne contrainte à la corruption active, qui fait l'aveu avant que la corruption active soit découverte, est réputée innocente et, à cet égard, bénéficie de la restitution de tous les biens donnés pour la corruption active. ».

²⁷⁶ C. Pén. Vn, art. 290 : « Le fait, pour toute personne, d'agir comme intermédiaire en vue d'une corruption, pour une somme d'une valeur de 500.000 dongs à moins de 10.000.000 de dongs, ou pour une valeur inférieure à 500.000 dongs et causant de graves conséquences ou commis à plusieurs reprises, est puni de six mois à cinq ans d'emprisonnement. ».

107. La nature de l'avantage. L'article 289 du CPVn reste très obscur en ce qui concerne la nature de l'avantage pouvant être procuré par le corrupteur au corrompu. L'interrogation reste entière quant à savoir ce que signifie précisément la notion de « pots-de-vin ». Cela est d'autant plus curieux que la nature des avantages est pourtant relativement bien délimitée dans le cadre de la corruption passive. La notion de « pots-de-vin » est perçue, par les conventions internationales, comme un avantage indu. Selon ces conventions, ce dernier peut revêtir la qualité d'un avantage pécuniaire ou non pécuniaire, matériel ou immatériel²⁷⁷. Pour autant, rien ne permet de déterminer si le législateur vietnamien a entendu conférer la même définition que celle employée à l'international. Le raisonnement logique qu'il convient donc d'employer ici est un raisonnement par analogie par rapport à l'infraction de corruption passive. Si l'agent public corrompu n'est sanctionné en effet, que lorsqu'il reçoit des sommes d'argent, des biens ou avantages matériels, il paraît logique qu'il en soit de même pour le corrupteur.

108. Il ressort de ces constatations que l'infraction de corruption active apparaît plus comme corollaire de la corruption passive qu'une véritable infraction autonome. Contrairement au droit français qui prévoit deux infractions absolument indépendantes, l'infraction vietnamienne de corruption active semble dépendre de l'établissement d'une corruption passive. Il est d'ailleurs, incontestable que le droit vietnamien perçoit en priorité le phénomène de corruption sous l'angle du seul manquement au devoir de probité. Cela ressort très clairement dans les dispositions de la loi du 29 novembre 2005 qui définit la notion de corruption comme le seul fait, « pour une personne dépositaire de l'autorité publique, d'abuser de ses pouvoirs pour la prise illégale des intérêts personnels »²⁷⁸. Plus loin encore, la loi semble faire entrer les actes relatifs à la corruption active dans le champ d'application de la corruption passive, ou du moins de la considérer uniquement comme son corollaire indispensable²⁷⁹. Cette même perception se retrouve dans les peines prévues par l'article 289 du CPVn qui, si tant est que le délit est applicable, sont moins élevées que celles de l'article 279²⁸⁰.

109. Pour ce qui est de l'avantage prévu par l'article 289 du CPVn. Si l'on se réfère à la définition que les conventions internationales donnent à la notion de « pots-de-vin », seuls les avantages indus sont prohibés²⁸¹. La notion d'avantages indus a été intégrée dans les dispositions internationales afin d'exclure du champ d'application les avantages « permis ou requis » par la législation de l'Etat concerné²⁸². Autrement dit, il est possible de tolérer voir de légaliser les paiements dits de « facilitation »²⁸³ relatif à une « petite corruption »²⁸⁴. Il est donc nécessaire de se demander si le droit vietnamien perçoit également le terme de « pots-de-vin » uniquement sous l'angle des avantages indus.

²⁷⁷ OCDE, *Corruption. Glossaire des normes pénales internationales*, OCDE, 2008, p.38.

²⁷⁸ Loi, n° 55/2005/QH 11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 1§2.

²⁷⁹ Cet état d'esprit peut se comprendre si l'on prend en considération les derniers rapports internationaux effectués dans le domaine de la corruption. Le rapport 2010 de l'ONG Transparency International (TI) sur l'indice de perception de la corruption (IPC) plaçait le Vietnam au 116^{ème} rang sur 178 des pays les plus corrompus et dont la bureaucratie est la plus opaque (Transparency International, « Corruption Perception Index », Rapport 2010). L'IPC 2012, quant à lui, a placé le Vietnam au 123^{ème} rang sur 174 pays analysés (Transparency International (TI), « Indice de Perception de la Corruption (IPC) 2012 », Rapport 2012). Enfin l'IPC 2013 place le pays de nouveau au 116^{ème} rang sur 175 pays évalués. La situation ne semble donc pas véritablement évoluer.

²⁸⁰ C. Pén. Vn, art. 289, prévoit une peine de 1 à 6 ans d'emprisonnement contre 2 à 7 ans pour l'infraction de corruption passive de l'article 279 du même code.

²⁸¹ A titre d'exemple, Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 15 : « constitue une infraction le fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public un **avantage indu** (...) afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir [...] ».

²⁸² Pour la Convention OCDE du 21 novembre 1997, Cf B. Fillion-Dufouleur, « La lutte contre la corruption dans le commerce international. – La convention OCDE du 21 novembre 1997 et le projet de loi française de transposition », *op. cit.*, n°5.

²⁸³ Notamment, OCDE, « Convention sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », OCDE, commentaires, 1997, comm. n°8.

²⁸⁴ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption, un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 697.

110. Le droit vietnamien ne contient aucune règle spécifique venant réglementer les catégories de présents ou d'avantages pouvant être tolérés par la loi sans représenter un acte de corruption active. Une disposition existe cependant dans l'article 40 de la loi contre la corruption du 29 novembre 2005²⁸⁵ qui interdit au fonctionnaire de recevoir des cadeaux en rapport avec ses activités officielles ou pour exercer une corruption. Telle interdiction semble donc interdire *ipso facto* à toute personne d'en faire. Pour autant, aucune autre disposition n'existe dans le droit vietnamien afin d'encadrer cette interdiction générale au demeurant inapplicable en l'Etat.

Il semble déjà que les cadeaux d'une valeur inférieure à 2 000 000 de VND bénéficient d'une tolérance légale. L'article 289, à l'image de l'article 279 du CPVn, subordonne l'existence de l'infraction de corruption active au fait que l'avantage procuré soit d'une valeur supérieure à 2 000 000 VND. En deçà de ce montant, l'offrande pourrait donc être admise. Il ne s'agit cependant que d'une simple supposition, le sort des cadeaux n'étant réglé que du côté de l'agent public aucune disposition n'envisage cette problématique du côté du corrupteur. Pourtant cette interrogation revêt une importance particulière au Vietnam. Il existe, en effet, une tradition persistante sur le territoire qui est celle d'offrir des présents à chaque visite protocolaire ainsi qu'à chaque nouvelle année vietnamienne. Les cadeaux du Têt²⁸⁶ sont issus d'une tradition très ancienne et très ancrée. Ils consistent en le fait d'offrir des présents de plus ou moins grande valeur à l'occasion du passage à la nouvelle année. Le type de cadeau est très réglementé selon la place et la hiérarchie de la personne qui le reçoit. Ainsi, lorsque les cadeaux sont à destination de clients ou de supérieurs hiérarchiques, il doit s'agir de cadeaux de « valeur » relativement conséquente adaptée au rang de son destinataire. Pour les subordonnés, cela se traduit par une pochette rouge, dénommée Ly xi, contenant quelques billets de banque. Ces cadeaux revêtent une très grande importance dans la culture vietnamienne, ne pas en offrir ou ne pas les accepter est perçu comme un affront et ils ne peuvent, en aucun cas, être considérés comme des avantages constitutifs d'une corruption active²⁸⁷.

Pourtant, de tels présents représentent souvent une très belle occasion de pouvoir faire preuve d'une grande « générosité » afin d'espérer, même implicitement, quelque traitement de faveur de la part de son destinataire. Cette tradition ouvre donc la voie vers de nombreuses dérives. Dans un tel contexte, la simple interdiction générale de recevoir des cadeaux prévue par l'article 40 de la loi de 2005 est parfaitement inopérante en l'état. Des dispositions supplémentaires doivent être prises pour réglementer les cadeaux du Têt et établir une limite entre les avantages indus et ceux qui doivent continuer d'être tolérés par la loi.

111. Objet et moment du pacte corrupteur. L'objet de la corruption corruptive n'est pas précisé dans les dispositions de l'article 289 du CPVn. Néanmoins, la corruption active étant visiblement le corollaire de la corruption passive, il ne fait nul doute que le corrupteur cherche à obtenir de l'agent public qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction.

²⁸⁵ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 40 §2 et §3 : « Le fonctionnaire ne peut accepter de l'argent, du bien ou tout autre intérêt matériel d'un organisme ou particulier qui est en rapport avec ses fonctions publiques ou qui est placé sous son autorité. Toute offre ou réception de cadeaux en vue d'un acte de corruption ou de prise illégale d'intérêts personnels est interdite ».

²⁸⁶ Appellation donnée au nouvel an vietnamien qui se déroule chaque année entre les mois de janvier et février pour le calendrier grégorien (la date exacte varie chaque année car le Têt est calculé en fonction du calendrier lunaire).

²⁸⁷ D. E. Basga, « Réflexion sur le phénomène de la corruption : l'expérience des pays d'Asie du Sud Est en matière de lutte anti-corruption », *Afrique et Développement*, vol. XXXI, n°1, 2005, p. 122 : « Les cadeaux font partie des règles de fonctionnement de la société. Ainsi, on dit souvent qu'on ne vient pas voir le chef les mains vides. Les dons et présents faits à celui-ci, quelle que soit leur valeur, s'intègrent dans une procédure normale et ne peuvent pas être considérés comme une tentative de corruption. ». Article disponible en ligne sur http://www.codesria.org/IMG/pdf/6_dialla.pdf.

Il n'est pas non plus possible de déterminer précisément la chronologie appliquée au domaine de la corruption active. En d'autres termes, la question se pose de savoir si l'établissement d'un accord préalable aux agissements du corrompu est nécessaire à la réalisation de la corruption active. Une fois de plus, un raisonnement par analogie est nécessaire. La présence du terme « offrir » à l'article 289 du CPVn et des termes « pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir » à l'article 279 du même code impliquent l'exigence d'une antériorité du pacte corrompé. Cette exigence semblant être requise en matière de corruption passive, elle l'est donc nécessairement en matière de corruption active.

112. L'analyse des éléments constitutifs de l'infraction vietnamienne de corruption active nous conduisent à émettre un doute sérieux quant à son applicabilité en tant qu'infraction autonome.

D'une part, l'infraction est incontestablement très difficilement applicable lorsque nous ne sommes pas en face d'une corruption au sens classique du terme : Le corrupteur propose l'établissement d'un pacte corrompé, accepté par l'agent public qui reçoit un paiement en conséquence d'un agissement particulier de sa part. L'article 289 du CPVn ne permet pas d'incriminer directement les situations dans lesquelles l'agent public sollicitera un avantage, refusera la proposition ou encore lorsque l'avantage sera versé après ses agissements en guise de « remerciement ». En d'autres termes, la corruption active ne semble pas bénéficier d'une existence propre et autonome en dehors de la caractérisation d'une corruption passive.

D'autre part, cet article laisse beaucoup de place à l'arbitraire. Le juge peut ainsi décider de lui-même si le fait entre ou non le champ d'application de l'infraction, tout comme il est libre de déterminer le degré de gravité des conséquences engendrées. Cette possibilité offerte par l'imprécision de la loi paraît ainsi encore plus dangereuse que l'inapplicabilité totale de l'infraction.

113. Ainsi que nous venons de l'analyser, en droit français comme en droit vietnamien, la conception classique de l'incrimination de corruption se situe dans le cadre de relations impliquant un agent public national. Il s'agit prioritairement de protéger la souveraineté de chaque Etat en garantissant l'intégrité de leurs représentants légitimes. Cependant, la mondialisation, le développement des relations de commerce à l'international ont conduit à la nécessité d'élargir cette conception initiale pour incriminer les pratiques corruptrices impliquant des fonctionnaires étrangers et internationaux.

§2- L'EXTENSION DE L'INFRACTION AUX AGENTS PUBLICS ETRANGERS ET INTERNATIONAUX

114. Le développement des échanges économiques internationaux a accru le risque de collusion entre les entreprises et les fonctionnaires de pays étrangers. L'obtention ou la conservation d'un marché à l'international est d'une telle importance pour une entreprise qu'elle préférera souvent se « plier » au jeu des commissions plutôt que de se prêter à celui de la libre concurrence pour lequel elle n'a aucune chance. Cette particularité se retrouve essentiellement dans les pays en développement ou en transition dans lesquels les marchés sont obtenus par cette voie. Les montants versés à l'occasion de ces transactions internationales illicites atteignent fréquemment des sommes très élevées²⁸⁸. La généralisation

²⁸⁸ M. Delmas-Marty et S. manacorda, « La corruption, un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 698.

et le montant des commissions versées à l'international²⁸⁹ ont donc conduit les Etats et la communauté internationale à considérer les pratiques corruptrices transnationales comme un véritable fléau²⁹⁰.

115. Dans un tel contexte, l'incrimination de la corruption au sens purement classique du terme ne suffit pas à garantir l'intégrité recherchée. L'internationalisation des pratiques corruptrices a révélé l'obsolescence de la définition purement nationale des délits de corruption. La raison est que la corruption transnationale a ceci de particulier qu'elle ne cherche pas à protéger l'intégrité des agents publics nationaux d'un pays mais l'atteinte par les siens à l'intégrité des agents publics nationaux d'Etats étrangers²⁹¹. Plus loin encore, l'enjeu n'est plus de garantir la probité des agents mais de protéger la liberté de la concurrence²⁹² et l'égalité d'accès de tous les candidats à ces « nouveaux » marchés²⁹³.

116. Afin de faire évoluer les droits nationaux dans le sens de l'incrimination de la corruption transnationale, trois principales conventions européennes et internationales ont été adoptées. Il s'agit de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption de 1999²⁹⁴, de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 1999²⁹⁵ et la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003²⁹⁶.

L'adoption de ces instruments ont rapidement conduit le législateur français à incriminer cette nouvelle forme de corruption transnationale (A). Une telle extension du champ d'incrimination paraît, en revanche, beaucoup plus incertaine en droit vietnamien (B).

A – L'évolution du droit pénal français vers l'incrimination de la corruption transnationale

117. L'incrimination française des délits de corruption d'agents publics étrangers et internationaux s'est effectuée en deux temps. Dans un premier temps, la loi du 30 juin 2000²⁹⁷ est venue ratifier les différentes conventions que la France venait de signer mais elle a conduit à une application hétérogène du délit en fonction de la nationalité de l'agent public (1). Cette « *dyssymétrie* »²⁹⁸ fut, dans un second temps, corrigée par une nouvelle intervention du législateur avec la loi du 13 novembre 2007²⁹⁹ qui a rétabli une égalité de traitement entre tous les fonctionnaires étrangers et internationaux (2).

²⁸⁹ M. Segonds, « L'internationalisation de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°2.

²⁹⁰ B. Fillion-Dufouleur, « La lutte contre la corruption dans le commerce international. – La convention OCDE du 21 novembre 1997 et le projet de loi français de transposition », *op. cit.*, n°1.

²⁹¹ J. Lelieur et M. Pieth, « Dix ans d'application de la convention OCDE contre la corruption transnationale », *Dalloz*, 2008, p. 1086.

²⁹² V. Heuzé, « Corruption », *Répertoire de droit international*, n°1 ; Selon l'auteur, la corruption transnationale fausse la concurrence.

²⁹³ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1383, p. 621 et n° 1387, p. 624.

²⁹⁴ Convention pénale du Conseil de l'Europe, *op. cit.*

²⁹⁵ OCDE, « Convention sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et documents connexes », *OCDE*, 2011, pp. 1-48.

²⁹⁶ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*

²⁹⁷ Loi n° 2000-595, « Loi modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption », 30 juin 2000, *op. cit.*

²⁹⁸ M. Segonds « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *op. cit.*, p. 1068-1083.

²⁹⁹ Loi, n°2007-1598, « Loi relative à la lutte contre la corruption », 13 novembre 2007, *op. cit.*

1. L'application hétérogène du délit sous l'empire de la loi du 30 juin 2000

118. L'évolution de la conception de la corruption vers une transnationalité des agissements a été amorcée par les Etats Unis et l'établissement de leur « *Foreign Corrupt Practices Act* » (FCPA) en 1977³⁰⁰. Ce texte faisait suite au grand scandale de corruption dit « *de Lockheed* » et a été conçu, à l'origine, pour permettre aux entreprises américaines de se protéger contre les pressions exercées sur elles pour le versement de commissions dans le cadre de relations de commerciales internationales³⁰¹. A cette fin, le texte incriminait le versement de toute commission à des agents publics étrangers dans le but d'obtenir quelque avantage commercial.

Malgré cette apparente avancée, ce texte a d'abord eu un impact négatif sur les entreprises américaines. Il a conduit à un isolement des Etats Unis et la compétitivité des entreprises américaines sur les marchés internationaux en a été affaiblie³⁰². Face à ces difficultés, les Etats Unis ont dû admettre, pour un temps, la licéité de certains paiements de routine afin de ne pas défavoriser leurs entreprises sur la scène internationale³⁰³. Mais la diplomatie américaine a surtout fait pression sur ses partenaires européens pour que des dispositions similaires soient adoptées dans leurs législations nationales respectives³⁰⁴.

119. La première extension supranationale de l'incrimination de corruption a été matérialisée par l'adoption de la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés Européennes ou des fonctionnaires des Etats-membres de l'Union européenne, du 26 mai 1997³⁰⁵. Cette convention était cependant limitée aux seuls fonctionnaires européens. Le domaine d'application de la corruption transnationale fut néanmoins très rapidement élargi par l'adoption de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 Décembre 1997³⁰⁶. Enfin, deux ans plus tard, la Convention pénale du Conseil de l'Europe, du 27 janvier 1999, venait confirmer la généralisation de cette extension en incriminant la corruption des agents publics étrangers³⁰⁷.

120. Les deux conventions de 1997 ont fait l'objet d'une transposition législative par une série de lois de 1999 et, surtout, par la loi du 30 juin 2000³⁰⁸. Depuis cette date, le droit pénal français incrimine sans équivoque la corruption d'agents publics étrangers. La ratification des instruments internationaux a conduit le législateur français à interdire formellement le versement de commissions à des fonctionnaires étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales. Ces dispositions ont, par ailleurs, été renforcées par l'adoption de la loi de finance rectificative pour 1997³⁰⁹ dont l'article 32, portant modification de l'article 39-2 du Code Général des Impôts (CGI), a interdit l'exclusion des bénéficiaires soumis à l'impôt, les sommes versées ou les avantages octroyés au profit d'un agent public ou d'un tiers pour que ce dernier agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exercice de ses fonctions

³⁰⁰ M.- E. Cartier et C. Mauro « La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers », *RSC*, 2000, doctrine, p.738.

³⁰¹ J. Lelieur et M. Pieth « dix ans d'application de la Convention OCDE contre la corruption », *op. cit.*, p. 1087.

³⁰² J. Tricot, « La corruption internationale », *op. cit.*, p. 755.

³⁰³ La portée du FCPA a ainsi été limitée par le « *Omnibus Trade and Competiveness Act* » adopté en 1988 et qui a inséré un certain nombre d'atténuations et d'exceptions aux règles posées par le FCPA ; in V.O.Th Jonhson, « Les lois américaines applicables aux commissions illicites : le Foreign Corrupt Practices Act et les lois connexes », *Les commissions illicites, CCI*, Paris, p. 11 et s.; J. Tricot, *Ibid.*

³⁰⁴ J.-P. Didier, « La lutte contre la corruption des fonctionnaires et agents publics, commentaire des dernières conventions internationales ratifiées par la France », *op.cit.*, p. 310.

³⁰⁵ Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, dite Convention de Bruxelles, 26 mai 1997, *JOCE*, 25 juin 1997, n° C195, pp. 2-11.

³⁰⁶ OCDE, « Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », 21 novembre 1997, *op. cit.*

³⁰⁷ Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la Corruption, *op. cit.*, art. 5.

³⁰⁸ Loi, n° 2000-595, *op. cit.*

³⁰⁹ Loi, n° 97-1239, « Loi de finances rectificative pour 1997 », 29 décembre 1997, *JORF*, n°302, 30 décembre 1997, p.19101.

officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu dans des transactions commerciales internationales. Cet article précisait toutefois que ce nouveau dispositif ne devait s'appliquer qu'aux contrats conclus au cours d'exercices ouverts 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. Le problème résidait ici dans l'interprétation du terme « entrée en vigueur de la Convention » : s'agissait-il de l'entrée en vigueur officielle de la convention le 15 février 1999 ou bien de l'entrée en vigueur de la convention sur le territoire national ? Or à cette époque personne ne savait à quel moment cette entrée en vigueur allait se produire et était envisagée la possibilité d'une situation paradoxale dans laquelle de tels versements étaient pénalement sanctionnés mais toujours déductibles des revenus fiscaux. C'est pourquoi, malgré la résistance du Sénat, il a été décidé que cette mesure s'appliquerait dès l'entrée en vigueur de la Convention, sur le territoire de la République.

Plus qu'une simple extension de la notion de corruption, ces évolutions législative sont aussi permis de mettre fin à cette sorte « d'hypocrisie bureaucratique »³¹⁰ qui amenait à la situation dans laquelle la corruption interne été pénalement et sévèrement sanctionnée tandis que le versement de commissions à l'international été toléré voir encouragé par la déductibilité fiscale qui leur était appliquée. Pour autant, la loi du 30 juin 2000 n'a pas abouti à une incrimination pure et simple de la corruption transnationale. Dans sa volonté de ratifier fidèlement les différentes conventions internationales que la France venait de signer, le législateur a créé deux séries d'infractions de portées différentes. Les deux Conventions de 1997 détiennent effectivement des champs d'applications distincts de sorte que leur ratification pure et simple a conduit à une disparité de traitement selon la nationalité de l'agent corrompu. La corruption des agents publics européens a, effectivement, été incriminée par la ratification de la Convention de Bruxelles (a) tandis que celle des agents publics étrangers l'a été par la ratification de la Convention de l'OCDE (b).

a. La ratification de la Convention de Bruxelles de 1997

121. Alors qu'une première convention en date du 26 juillet 1995 et son protocole du 27 septembre 1996, limitait son champ d'application de la corruption de fonctionnaires européens aux seules situations allant à l'encontre des intérêts financiers des communautés européennes, la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats Membres de l'Union Européenne du 26 mai 1997³¹¹ a élargi le domaine d'incrimination à toutes les situations y compris lorsqu'aucun intérêt financier n'est en jeu. C'est cette convention que le législateur a décidé de ratifier avec la loi du 30 juin 2000 portant création des articles 435-1 et 435-2 du code pénal. Dans un souci de clarté, ces articles faisaient directement référence à la Convention et incriminaient, ainsi, la corruption tant active que passive des agents publics « européens ».

122. La définition des incriminations intégrées aux articles précités a été adoptée dans des termes identiques à ceux des articles 432-11 et 433-1 du code pénal. Seule varie la condition préalable tenant à la qualité de l'auteur des infractions³¹². Les infractions de corruption des fonctionnaires européens et des Etats membres de l'Union Européennes étaient donc, à l'image de la corruption interne, des infractions formelles consommées par la seule

³¹⁰ Terme utilisé par la doctrine française, notamment par F. Terré, « De la corruption », *RJC*, 1995, p. 260 et V. Heuzé, « Corruption », *op. cit.*, n°14.

³¹¹ Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats Membres de l'Union Européenne, *op. cit.*

³¹² E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 1387, p. 624.

sollicitation ou acceptation. La nature des avantages était également identique tout comme l'objet et le moment du pacte corrupteur qui, pouvait intervenir « à tout moment ». Enfin, tous les actes ou abstention des fonctionnaires concernés étaient sanctionnés. La Convention de Bruxelles n'a pas limité le champ d'application aux relations de commerce international contrairement à la Convention de l'OCDE de la même année³¹³.

123. La singularité de ces nouvelles incriminations reposait donc sur la qualité de leur auteur. Elles concernaient, en effet, les fonctionnaires communautaires, les fonctionnaires nationaux d'un autre Etat membre de l'Union Européenne (UE) ainsi que les membres de la Commission des Communautés européennes, du Parlement européen, de la Cour de justice et de la Cour des comptes des Communautés européennes. Outre les fonctionnaires nationaux des Etats membres, seules les personnes employées par les organes communautaires étaient concernées par le délit. Cette délimitation excluait donc tous les membres des organes européens tels que l'OCDE ou encore la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Néanmoins, tous les fonctionnaires communautaires étaient concernés par ce nouveau délit. Nous assistions ici à la première véritable « transnationalisation » du délit.

La notion de fonctionnaires dans les pays de l'Union Européenne posait en revanche plus de difficultés d'appréciation. La Convention de Bruxelles, comme la loi de ratification, ne donnait aucune définition autonome de la notion de « fonctionnaire européen ou des Etats Membres » de sorte qu'il revenait au juge de déterminer, préalablement, si l'agent concerné était considéré comme fonctionnaire dans la législation de son pays d'origine. Cela revenait donc à étudier en profondeur le droit national des Etats Membres. Néanmoins, la Convention de Bruxelles a permis de faciliter la compréhension de cette notion en disposant que l'Etat concerné ne sera tenu d'appliquer la définition de fonctionnaire de l'autre Etat Membre que dans la mesure où elle est compatible avec son droit national³¹⁴.

124. Une autre singularité reposait sur le fait que la loi du 30 juin 2000 a incriminé tant la corruption active que passive. La corruption active ne pose pas réellement de problèmes dans le sens où le délit est ouvert à tout individu et, par essence, soumis au droit pénal français. Plus curieuse est l'incrimination de la corruption passive qui conduit le fonctionnaire européen à être responsable pénalement de ses actes devant les juridictions françaises. Telle incrimination n'est pas sans difficulté en ce qu'elle suscite, si le fonctionnaire est basé en dehors du territoire national, l'établissement d'une bonne coopération entre les Etats³¹⁵. Par ailleurs, même après l'établissement du mandat d'arrêt européen en 2002 qui a considérablement assoupli la procédure d'extradition³¹⁶, la question de la condamnation pénale d'un fonctionnaire d'un autre Etat Européen par les juridictions françaises reste une question particulièrement sensible en ce qu'elle touche directement à la souveraineté des Etats concernés et peut être perçue comme de l'ingérence.

125. Enfin, en ce qui concerne les peines applicables à ces nouveaux délits, le législateur de 2000 avait adopté un *quantum* de peines identique à celui de la corruption interne. Par ce fait, il a donc considéré que la corruption de fonctionnaires européens était d'une gravité égale à celle des agents publics internes. Par ailleurs, la convention prévoyait également la responsabilité pénale des personnes morales mais ces dispositions ne paraissent pas

³¹³ Voir *infra* n°127127 et s.

³¹⁴ Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, *op. cit.*, art. 3-3.

³¹⁵ Les difficultés engendrées par le champ d'application relativement large de la convention ne doivent pas conduire à le restreindre mais plutôt à tenter de les surmonter. Il s'agit là de l'idée principale qui ressort du rapport explicatif de la Convention de Bruxelles du 26 mai 1997 ; in U.E., « Rapport explicatif concernant 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 », 3 Décembre 1998, *JOCE*, 15 Décembre 1998, n° C391, pp.1-12.

³¹⁶ Voir *infra* n°988 et s. et n°1008 et s.

exceptionnelles au regard du droit français qui connaissait déjà cette responsabilité depuis longtemps³¹⁷. En revanche, il s'agissait d'une innovation majeure pour d'autres pays Membres de l'Union européenne comme l'Allemagne dont l'ignorance de la responsabilité pénale des personnes morales n'avait pas permis de sanctionner pénalement correctement deux grandes affaires de corruption concernant les sociétés Siemens et Volkswagen³¹⁸.

126. La ratification de la Convention de Bruxelles par la loi du 30 juin 2000 a donc permis de créer deux nouvelles infractions de corruption transnationale limitée aux fonctionnaires européens. Bien que fortement limitées au seul cadre de l'Union Européenne, ces deux infractions bénéficiaient de définitions et de sanctions équivalentes à celles de la corruption interne ce qui les rendait « applicables ». Mais la loi du 30 juin 2000 a également pris le parti de ratifier la convention de l'OCDE de 1997 en incriminant, au travers d'articles distincts, la corruption des fonctionnaires étrangers, hors Union Européenne.

b. La ratification de la convention de l'OCDE de 1997

127. La loi du 30 juin 2000 a également ratifié en droit interne la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 21 novembre 1997³¹⁹. La portée de cette convention est plus importante en ce qu'elle n'est pas restreinte aux seuls pays de l'Union Européenne. Sa ratification est ouverte à tous et 38 pays y sont déjà membres³²⁰. Son étude au travers de la loi française présente donc un intérêt particulier dans le cadre de cette analyse comparative avec le droit vietnamien. Cette Convention représente, en outre, la première généralisation de l'incrimination de la corruption transnationale. Avant cette date, la plupart des pays membres de l'OCDE, y compris la France, toléraient le versement de commissions dans le cadre des échanges internationaux, voire « *l'institutionnalisait* »³²¹ par le droit fiscal. La France connaissait même le système du « *confessionnal* »³²² qui autorisait un chef d'entreprise à verser une commission occulte à un intermédiaire après avoir reçu, de manière confidentielle, l'avis du Ministre des Finances. La plupart de ces commissions étaient par ailleurs déductibles des impôts.

En ratifiant cette Convention, le législateur français de 2000 a mis fin à ce système en introduisant, à l'article 435-3 du code pénal, le délit de corruption active des agents publics étrangers et internationaux. Depuis cette date, non seulement les versements ne peuvent plus être tolérés mais également, par cette incrimination, le législateur a facilité la répression de ces agissements qui n'ont plus à être requalifiés en abus de biens sociaux ou recel d'abus de biens sociaux pour tomber sous le coup d'une condamnation³²³.

³¹⁷ La responsabilité pénale des personnes morales est d'ailleurs devenue une responsabilité de principe et non plus seulement d'exception depuis la loi dite « Perben II » du 9 mars 2004 ; cf Loi, n°2004-204, « Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », 9 mars 2004, *JORF*, n°59, 10 mars 2004, p.4567, art.54.

³¹⁸ M. Czaban, « Lutte contre la corruption au sein de l'Union Européenne. Nouvelles approches en matière de conformité et d'exécution » ; *in*, Deuxième forum annuel sur la lutte contre la corruption et la Fraude dans l'Union Européenne, Trèves, 10-11 avril 2008, *RSC*, 2008, p.757.

³¹⁹ OCDE, « Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », 21 novembre 1997, *op. cit.*

³²⁰ Parmi ces pays figurent des pays d'Asie du Sud Est, en particulier la Corée du Sud et le Japon. L'Etat des ratifications pour la Convention OCDE du 21 novembre 1997 est disponible en ligne sur <http://www.oecd.org/dataoecd/11/35/13566279.pdf>.

³²¹ J-P Didier, « La lutte contre la corruption des fonctionnaires et agents publics : commentaire des dernières conventions internationales ratifiées par la France », *op. cit.*, p. 309.

³²² Ce système a été supprimé par la loi dite « Sapin » du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, promulguée après la présentation du rapport de la Commission Bouchery à ce sujet ; cf Loi, n°93-122, « Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », 29 janvier 1993, *JORF*, 30 janvier 1993, p. 1588.

³²³ Nous pouvons citer ici l'exemple de la fameuse « affaire Elf » dans laquelle ont été jugés de nombreux versements de commissions et rétro commissions à des gouvernements étrangers (notamment les pays producteurs de pétrole) sous la qualification d'abus de biens sociaux et recel d'abus de biens sociaux des articles L242-6 du Code de Commerce et 121-7 du Code pénal. Ainsi dans l'arrêt de la Chambre

128. Néanmoins, au contraire du régime applicable aux fonctionnaires européens, la loi du 30 juin 2000 n'a conduit qu'à la seule incrimination de la corruption active de fonctionnaires étrangers. Il subsistait donc une différence importante de traitement entre les fonctionnaires étrangers et les fonctionnaires « européens » pour lesquels la corruption passive était condamnable. Telle différence d'incrimination trouvait son explication dans les Conventions ratifiées. La convention de Bruxelles comportait, en effet, des dispositions impératives visant à l'incrimination des deux formes de corruption pour les agents publics européens. Au contraire, la Convention OCDE, par crainte d'accusation d'ingérence³²⁴, ne visait que la seule corruption active des agents étrangers.

129. Dans un souci de ratification fidèle aux dispositions des textes internationaux, le législateur a également donné à la corruption active de fonctionnaires étrangers, une définition différente de celle des fonctionnaires européens. Ainsi, l'article 435-3 du code pénal définissait la corruption active d'agents publics étrangers comme : « [...] *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 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* »³²⁵

130. L'hétérogénéité des régimes applicables aux fonctionnaires étrangers selon leur nationalité était donc saisissante. Bien que certaines de ces disparités pouvaient trouver une explication logique, d'autres en revanche ne manquaient pas d'être critiquables.

Concernant la qualité des personnes corrompues, la portée de la Convention de l'OCDE étant plus large que le texte communautaire, il paraissait logique que l'article 435-3 du code pénal soit moins précis que l'article 435-2 quant aux agents publics concernés. La Convention de Bruxelles contenait une liste exhaustive de tous les fonctionnaires concernés par l'incrimination. De plus, elle venait « en aide » aux Etats en leur conférant la possibilité d'apprécier la qualité du corrompu en fonction de leur propre droit national. La Convention de l'OCDE, en revanche, ne donnait pas autant d'indication. Il appartenait donc au juge français de décider ce qu'il fallait entendre par « personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public » et si cette appréciation devait s'effectuer au regard du droit national ou au regard du droit du pays de nationalité du fonctionnaire étranger³²⁶.

Le domaine d'incrimination de la corruption active de l'article 435-3 du code pénal était en revanche beaucoup plus restreint quant à la nature des avantages visés. Cette disparité était critiquable. Le législateur de 2000 avait, en effet, repris textuellement la formulation de la Convention de sorte que seuls étaient condamnables, les activités de corruption active

Criminelle de la Cour de Cassation du 31 janvier 2007, au moyen de défense des prévenus selon lequel : « *la corruption d'un fonctionnaire national d'un autre Etat membre de l'Union européenne n'a été incriminée qu'à compter de la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000, sous l'article 435-2 du code pénal, de sorte que le versement d'une somme d'argent destinée à un décideur politique d'un Etat membre, pour obtenir des subventions ne pouvait, en 1992, caractériser un acte contraire à l'intérêt social, la contrepartie n'ayant alors, à cette époque, aucun caractère illicite* », la Cour a répondu : « *la cour d'appel, qui a répondu aux arguments péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous leurs éléments les infractions dont elle a déclaré les prévenus coupables, a justifié sa décision* » ; in Cass. Crim., 31 janvier 2007, *Bull. Crim.*, 2007, n°28 ; *Revue des sociétés*, 2007, p. 379, note B. Bouloc ; *RSC*, 2007, p. 310, obs. D. Rebut ; *AJ Pénal*, 2007, p. 514.

³²⁴ En ce sens, B. Fillion-Dufouleur, « La lutte contre la corruption dans le commerce international. – La convention OCDE du 21 novembre 1997 et le projet de loi français de transposition », *op. cit.*, n°9.

³²⁵ Voir ancien article 435-3 du code pénal tel que modifié parla loi, n°2000-595, du 30 juin 2000 (*op. cit.*) et avant la promulgation de la loi, n°2007-1598, du 13 novembre 2007 (*op. cit.*). Par ailleurs, l'ancien article 435-4 du même code, modifié par la loi du 30 juin 2000 (*Ibid.*) incriminait la corruption active du personnel judiciaire ou assimilé étranger établissant ainsi une symétrie par rapport à l'article 434-9 du code pénal incriminant la corruption active de personnel judiciaire interne.

³²⁶ M-E Cartier et C. Mauro, « La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers », *op. cit.*, n°9, p. 744.

établies « en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». En d'autres termes, le législateur ajoutait dans cette forme de corruption un dol spécial spécifique relatif à l'obtention ou la conservation d'un marché ou tout autre avantage indu. Il devait, de surcroît, être établi dans le cadre de relations commerciales internationales. Outre le fait que ces conditions étaient totalement absentes dans les autres délits de corruption, la notion d'avantages indus soulevait des difficultés d'appréciation. Deux interprétations étaient envisageables. Soit, comme une partie de la doctrine française³²⁷ le souhaitait, le juge français interprétait cette notion au regard du droit national dont l'incrimination large des pratiques corruptrices tendait à faire entrer tous les avantages dans cette catégorie. Soit, il était nécessaire de se référer à l'interprétation de cette notion par le pays d'origine du corrompu, au risque que certains tolèrent voire légalisent les paiements dits de facilitation. C'est cette solution qui avait pourtant été retenue par le Sénat qui a souhaité adopter une interprétation la plus proche des prescriptions de la Convention. Effectivement, la Convention elle-même considérait que l'infraction n'était pas commise si l'avantage promis par l'agent public étranger était « permis ou requis par la loi, la réglementation écrite ou la jurisprudence du pays de l'agent public étranger »³²⁸. En d'autres termes, la Convention a souhaité adopter une solution « réaliste » en tolérant les pratiques de petite corruption qui sont monnaie courante dans de nombreux Etats³²⁹. Cette solution paraissait effectivement réaliste au regard de la Convention dont la portée universelle l'oblige à s'adapter à la réalité des pratiques commerciales internationales. Elle paraissait en revanche beaucoup plus critiquable dans le cadre de sa transposition française en ce qu'elle revenait implicitement à permettre voire encourager le versement de commissions lorsque ces dernières étaient permises ou requises par la loi de l'Etat étranger³³⁰.

131. Le champ d'application de la corruption de fonctionnaires étrangers était donc beaucoup plus restreint que celui de la corruption des fonctionnaires européens. Alors que le législateur avait établi une incrimination générale, active et passive, des actes de corruption des fonctionnaires européens, seule la corruption active de fonctionnaire était incriminée et à la condition qu'elle ait été commise en vue de l'obtention, de la conservation d'un marché ou de tout autre avantage indu dans le commerce international. Comme soulevé, ces différences s'expliquaient par une dualité d'objectifs en fonction des conventions ratifiées mais elles ont abouti à une « situation paradoxale » entraînant une dualité de traitements en fonction de la nationalité du fonctionnaire concerné.

Ces dispositions initiales se sont donc vite avérées trop difficiles à mettre en œuvre. Cette législation donnait, en effet, l'impression d'une « répression à deux vitesses ». Elle ne mettait pas, de plus, entièrement fin à cette « hypocrisie bureaucratique » pourtant si décriée en ce qu'elle tolérait encore certains paiements de facilitation à l'étranger.

132. Par ailleurs, elles se sont très vite avérées obsolètes et contraires aux dispositions internationales qui ont été adoptées postérieurement aux conventions ratifiées. La Convention pénale du Conseil de l'Europe adoptée en 1999 prévoit, en effet, une obligation absolue pour les Etats d'incriminer la corruption active et passive des « agents publics de tout autre

³²⁷ Voir, en ce sens, *Ibid.*, n°11, p. 744-745.

³²⁸ C/OCDE, « Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 21 novembre 1997 », *op. cit.*, comm. 8.

³²⁹ B. Fillion-Dufouleur, « « La lutte contre la corruption dans le commerce international. – La convention OCDE du 21 novembre 1997 et le projet de loi français de transposition », *op. cit.*, n°9-5.

³³⁰ La législation française en matière de corruption telle qu'établie par la loi du 30 juin 2000 (*Ibid.*) permettait donc aux entreprises françaises d'offrir, par exemple, de nombreux cadeaux à des officiels vietnamiens à l'occasion de la célébration de leur nouvel an (le Têt), en espérant, en retour, un certain traitement de faveur pour l'obtention de marchés au Vietnam. Les cadeaux du Têt sont, en effet, admis (voire requis) par la loi et la pratique vietnamienne. Une telle lacune dans la législation française pouvait alors avoir des répercussions directes sur celle du Vietnam qui, dans le cadre de ses échanges économiques avec la France, ne se voyait pas encouragé pour limiter la portée de tels cadeaux.

Etat »³³¹ sans limitation aux relations de commerce international. La Convention des Nations Unies contre la corruption adoptée en 2003 émet, par ailleurs, une forte recommandation relative à l'incrimination de la corruption des fonctionnaires étrangers et d'organisations internationales publiques³³². Cette recommandation est, certes, limitée aux relations de commerce international, mais elle prévoit le double volet d'incrimination (actif et passif).

Aux vues de ces dispositions internationales plus récentes, le législateur français a pris le parti de modifier profondément les infractions de corruption transnationale avec l'adoption de la loi du 13 novembre 2007. Depuis cette loi, tous les fonctionnaires étrangers sont soumis au même traitement sans considération de leur nationalité.

2. L'égalité de traitement de tous les fonctionnaires étrangers depuis 2007³³³

133. Les lacunes laissées par la loi du 30 juin 2000 ont conduit le législateur français à modifier une nouvelle fois son dispositif répressif en matière de corruption, notamment de corruption transnationale. Cette onzième modification³³⁴ du système répressif français en la matière s'est traduite par l'adoption de la loi du 13 novembre 2007 dont l'objectif était de modifier et clarifier les infractions de corruption transnationale.

134. Cette loi a entièrement réécrit le Chapitre V du Titre III du Livre IV du code pénal le mettant en totale conformité avec les dispositions internationales précitées. Le Chapitre V nouveau tient compte, désormais, en plus des deux conventions déjà intégrées en 2000, des Conventions pénales et civiles du Conseil de l'Europe de 1999 (et de leur protocole additionnel du 15 mai 2003) ainsi que la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003³³⁵.

Le texte est divisé en trois sections et les dispositions de la première section relative aux atteintes à l'administration publique et aux agents publics (intégrée aux articles 435-1 à 435-4 du code pénal) incriminent désormais la corruption active et passive des agents publics étrangers sans qu'il ne subsiste de distinction entre fonctionnaires européens et internationaux³³⁶. Cette loi intègre, par ailleurs, les infractions de trafic d'influence (actif et passif) sans effectuer, non plus, de distinction selon la nationalité de l'agent public concerné.

Cette modification a donc permis de simplifier et de clarifier la situation en corrigeant la dissymétrie d'écriture³³⁷ qui subsistait sous l'empire de la loi du 30 juin 2000. Depuis lors, les deux infractions de corruption transnationale sont incriminées : aussi bien la corruption active (a) que la corruption passive (b).

a. La corruption active d'agents publics étrangers

135. Par agent public étranger, il convient d'entendre désormais tous les agents publics « non français » y compris les agents publics des pays de l'UE, ainsi que les fonctionnaires internationaux, travaillant ou non sur le territoire de la République française.

136. Les articles 435-3 et 435-4 du code pénal ont cette particularité qu'ils harmonisent la situation entre tous les agents publics étrangers. Il ne subsiste plus de différences entre les fonctionnaires selon qu'ils soient ressortissants de l'UE ou d'un pays tiers. Le dol spécial

³³¹ Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, *op. cit.*, art. 5.

³³² Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 16.

³³³ Loi n°2007-1598, « Loi relative à la lutte contre la corruption », 13 novembre 2007, *op.cit.*

³³⁴ M. Segonds, « à propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *op.cit.*

³³⁵ P. Bonfils, « Loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption », *op. cit.*, pp. 377-381.

³³⁶ Loi n° 2007-1598, « Loi relative à la lutte contre la corruption », 13 novembre. 2007, *JORF,op. cit.*

³³⁷ Terme employé par M. Segonds, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *op. cit.*, p. 1068.

spécifique relatif à l'obtention, la conservation d'un marché ou de tout avantage indu a également disparu tout comme la référence au seul domaine des relations de commerce international. Désormais, le délit de corruption transnationale dépasse les seules motivations économiques d'une concurrence souhaitée juste, loyale et non faussée issues de la Convention de l'OCDE³³⁸, pour s'élargir à tous les domaines qu'ils soient intellectuels, humanitaires, artistiques ou même sportifs³³⁹.

137. Pour ce qui est du fait générateur de la corruption active, le législateur français de 2007 a procédé par symétrie par rapport à l'article 433-1 du code pénal. Ainsi, au regard de l'article 435-3 du code pénal, la corruption active transnationale s'entend désormais du fait : « [...] de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement [...] des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques » ainsi que du fait de : « [...] céder à une personne visée qui sollicite [...] ».

Les éléments constitutifs de la corruption active d'agents publics étrangers répondent *mutatis mutandis* à ceux de la corruption active interne. On retrouve, dès lors, les mêmes critiques que celles qui avaient été formulées précédemment³⁴⁰, notamment en ce qui concerne l'emploi du terme « céder » qui implique une pression exercée par le fonctionnaire corrompu sur le corrupteur. Il est regrettable que le législateur de 2007, pourtant mu par un souci de conformité aux dispositions internationales, n'ait pas choisi de remplacer « céder » par un terme à tonalité plus neutre proposé par les conventions internationales.

En ce qui concerne la nature des avantages, le législateur a également procédé à une symétrie parfaite avec l'article 433-1 du code pénal. Tous les types d'avantages pouvant être procuré par le corrupteur sont désormais visés par l'incrimination sans qu'il ne soit plus fait de référence à la notion « avantages indus ». Depuis lors, le droit pénal français ne tolère plus aucun avantage versé qu'il s'agisse de « grande corruption » ou de « paiements de facilitation » permis ou requis par la loi de l'Etat concerné. En ce sens, le législateur français est donc allé plus loin que d'autres droits encore tolérants à ce sujet comme le FCPA américain³⁴¹ par exemple ou le droit suisse dont la rédaction des textes ouvre encore la voie à certains paiements de facilitation³⁴².

138. Enfin, concernant l'objet de la corruption, ici aussi le législateur a procédé par analogie de sorte que le corrupteur doit agir en vue que l'agent accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte relevant de ses fonctions. Le dol spécial relatif à l'obtention ou la conservation d'un marché ainsi que la restriction au seul domaine des relations de commerce international ont

³³⁸ E. Chosson, « L'actualisation du dispositif anti-corruption par la loi du 13 novembre 2007 », *Revue Secure Finance, Ethic Intelligence*, janvier –février 2008, n°18, p.8.

³³⁹ L'ancienne Garde des Sceaux, Mme Rachida Dati, avait admis, lors de la séance du mercredi 10 octobre 2007 de la session ordinaire de l'Assemblée Nationale, pendant la XIIIème législature (2007-2012), que ces anciennes dispositions aboutissaient à assurer l'impunité de manœuvres visant à obtenir une autorisation pour construire sur un site protégé ou obtenir indûment la nationalité d'un pays afin d'échapper à une extradition ; *in* Assemblée Nationale, Séance du 10 octobre 2007, *Compte Rendu intégral, JORF*, 11 octobre 2007, n° 48, p. 2685. A l'occasion de la présentation du projet de Loi relatif à la lutte contre la corruption (devenu Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007) devant le Sénat, Mme Dati avait reconnu que l'ancien dispositif législatif contre la corruption permettait, également, d'obtenir un passeport ou un permis de construire ou encore le vote d'un texte ou un jugement favorable ; *in* Sénat, séance du 31 octobre 2007, *Compte Rendu intégral, JORF*, 1^{er} novembre 2007, n° 59, p. 4244. La référence au monde sportif est, par ailleurs, parfaitement d'actualité étant donné qu'en Juin 2011, un scandale a éclaté au sein de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) à propos du versement de nombreuses commissions afin de fausser le tirage au sort de la Coupe du Monde 2014.

³⁴⁰ Voir *supra* n°95 et s.

³⁴¹ Le FCPA, modifié par le « *Omnibus Trade and Competitiveness Act* » permet encore d'accorder les paiements de facilitation lorsque que ces derniers sont effectués en vue d'obtenir un acte ou une abstention licite de la part du fonctionnaire ; *Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act (OFTCA), Public Law*, n°100-418.

³⁴² La loi Suisse a souhaité ne pas incriminer les cas dans lesquels le versement aurait été effectué dans le cadre d'une extorsion. Ainsi l'Etat a décidé de n'incriminer l'avantage que lorsqu'il a été remis « *pour inciter l'agent public à violer les devoirs de sa charge ou à user de son pouvoir d'appréciation au bénéfice du corrupteur* » ; *in* B. Bertossa, « Octroi d'avantages indus à des agents publics étrangers : corruption ou extorsion », *RevueSecure Finance, Ethique Intelligence*, Septembre-octobre 2005, dossier n° 8. Cependant cette rédaction n'est pas optimale dans le sens où elle ouvre la porte à la possibilité pour le corrupteur d'offrir un avantage afin d'obtenir de manière explicite ou implicite un traitement de faveur ou une procédure plus rapide.

totalemment disparu du dispositif, de sorte que l'incrimination a été considérablement élargie. Le législateur de 2011 est une nouvelle fois intervenu afin d'ajouter les termes « avoir accompli » et « s'être abstenu d'accomplir » aux termes de l'article 435-3 du code pénal. Comme pour les activités de corruption interne, l'antériorité du pacte corrupteur n'a plus à être établie. L'abandon ferme et définitif de cette exigence revêt, d'ailleurs, une importance particulière pour cette forme de corruption car l'élément d'extranéité qui y est attachée aurait rendu la preuve de l'existence préalable d'un pacte corrupteur particulièrement difficile à établir.

139. Les peines applicables au délit sont exactement les mêmes que celles de l'article 432-11 du code pénal. La corruption active d'agents publics étrangers est donc punie d'une peine d'emprisonnement de dix ans et d'un million d'euros d'amende dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction³⁴³.

L'harmonisation de la répression de la corruption transnationale a aussi été effectuée du côté de la corruption passive.

b. La corruption passive des agents publics étrangers

140. Lors de son adhésion à la Convention Pénale du Conseil de l'Europe de 1999, dite Convention de Strasbourg, la France souhaitait à l'origine émettre une réserve d'interprétation quant à l'infraction de corruption passive des fonctionnaires étrangers. L'article 37 de la Convention donne, en effet, la possibilité aux Etats parties d'émettre des réserves pour 5 articles limitativement énumérés afin de ne pas déroger au principe traditionnel de « *non-ingérence dans les affaires intérieures d'un pays* »³⁴⁴. La France a effectivement craint, au départ, que l'incrimination d'une telle infraction représente une violation de ce principe traditionnel de non-ingérence puisqu'il visait directement les représentants officiels des Etats. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, en l'absence de dispositions en ce sens dans la Convention OCDE, le législateur de 2000 avait pris le parti de n'incriminer que la corruption passive des fonctionnaires communautaires et nationaux des pays de l'UE et non celle des agents publics étrangers.

141. Malgré ces réticences et dans un souci d'amélioration de la cohérence et de la clarté du droit pénal français en matière de corruption transnationale, le législateur de 2007 élargi le champ d'application de l'article 435-1 du code pénal à tout fonctionnaire étranger. De ce fait, la France a mis fin à cette ère de « non-ingérence » et incrimine désormais la corruption passive de tous les fonctionnaires étrangers et internationaux quelle que soit leur nationalité. En conséquence, ces derniers sont pénalement responsables devant les juridictions françaises dès lors que les activités de corruption ont été commises sur le territoire de la République ou en relation avec un ressortissant français.

142. L'élargissement *rationae personae* de l'article 435-1 du code pénal a également conduit à l'adoption d'une définition élargie et harmonisée de la notion d'agent public étranger et international.

L'ancien article 435-1 du code pénal énumérait de manière exhaustive tous les fonctionnaires « communautaires » concernés par le délit. La loi du 13 novembre 2007 a mis fin à cette liste pour adopter une définition identique à celle adoptée dans l'article 432-11 du code pénal relatif à la corruption passive d'agents publics internes. Sont désormais concernées par le délit de corruption passive transnationale : les personnes dépositaires de l'autorité publique,

³⁴³ Le *quantum* de l'amende a été modifié par la loi du 6 décembre 2013 (*op. cit.*). Avant cette loi, la peine d'amende était de 150 000 euros.

³⁴⁴ E. Chosson, « L'actualisation du dispositif anti-corruption par la loi du 13 novembre 2007 », *op. cit.*, p.9.

chargées d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou dans une organisation internationale publique. Ces dispositions permettent de transposer, en droit interne, les articles 4, 6 et 10 de la Convention de Strasbourg. Le fait, pour le législateur, d'avoir procédé par analogie par rapport aux infractions de corruption interne répond, par ailleurs, à l'invitation faite par ladite Convention d'harmoniser les législations nationales³⁴⁵. Elle dispose, en effet, qu'un Etat ne peut poursuivre un agent public étranger que dans la mesure où sa définition est compatible avec son droit national³⁴⁶. Quant à la définition de la notion « d'organisation internationale » qui peut également poser des difficultés d'appréciation, l'article 435-5 du code pénal en donne une interprétation. L'article prévoit que tous les organismes créés en vertu du Traité de l'UE doivent être considérés comme des organisations internationales publiques. Enfin, l'article 435-2 du code pénal incrimine désormais, également, le trafic d'influence passif, grand absent de l'ancienne législation.

143. Par conséquent, la loi du 13 novembre 2007 opère en réalité un double élargissement de la corruption passive transnationale. D'une part, elle assimile le fonctionnaire étranger au fonctionnaire européen, de sorte que les dispositions répressives sont désormais beaucoup plus sévères pour le fonctionnaire étranger qui peut désormais se rendre coupable de corruption passive transnationale. D'autre part, elle abandonne totalement le « dol spécial spécifique » relatif à l'obtention ou la conservation d'un marché dans le cadre de relations de commerce international, opérant un élargissement considérable du champ d'application de l'incrimination. Enfin, elle assimile les organismes de l'Union Européenne à des organisations internationales de sorte, une fois de plus, qu'aucun organe ne puisse échapper aux « griffes » de l'infraction³⁴⁷.

144. Les peines applicables à l'infraction de corruption passive transnationale sont, toutefois, moitié moins importantes que celles de l'infraction de corruption passive interne. C'est le seul point pour lequel le législateur n'a pas procédé par analogie par rapport à la corruption interne. Par conséquent, la corruption passive transnationale n'est sanctionnée que de cinq ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende dont le montant peut être porté au double du profit tiré de l'infraction³⁴⁸. Telle différence de peines représente très certainement le dernier indice relatif au principe de non-ingérence.

145. Mis à part les peines amoindries, il semble tout de même que la France ait renoncé au principe absolu de non-ingérence en acceptant de faire figurer l'infraction de corruption passive transnationale dans son arsenal répressif interne et ce, de la manière la plus large possible. Cette renonciation tend à confirmer la tendance croissante de la communauté internationale à ériger la lutte contre la corruption en priorité mondiale en « *unissant la force des marchés à l'autorité des idéaux universels dès lors qu'elle s'avère être l'envers des droits de l'homme* »³⁴⁹.

Mais cette tendance est à nuancer. L'article 16 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe, par exemple, vient minimiser la portée de ces nouvelles incriminations en affirmant le maintien du système des immunités issu du droit pénal coutumier³⁵⁰. Par ailleurs, tous les instruments internationaux sont également limités par l'exigence de « réciprocité des

³⁴⁵ Convention pénale du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, art. 1§1.

³⁴⁶ En ce sens, M. Segonds, « à propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *op.cit.*, p.1072 ; H. Portelli, « 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, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la lutte contre la corruption », *Sénat*, 24 octobre 2007, n°51, p.45.

³⁴⁷ Voir en ce sens M. Segonds, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *op. cit.*, p. 1073.

³⁴⁸ Ce montant est issu de la loi du 6 décembre 2013 (*op. cit.*) qui a considérablement relevé le *quantum* de la peine d'amende maximale. Avant cette date, la peine d'amende était d'un maximum de 75 000 euros.

³⁴⁹ E. Chossou, « L'actualisation du dispositif anti-corruption par la loi du 13 novembre 2007 », *op. cit.*, p.9.

³⁵⁰ Voir *infra* n°471 et s.

infractions » ou de double incrimination. La corruption passive d'agents publics étrangers reste encore d'application restreinte de nos jours. Pour autant, il ne s'agit pas d'être pessimiste et de minimiser les avancées législatives de ces dernières années. Il est incontestable que ces infractions se développeront et seront de plus en plus applicables à l'international, notamment parce que le système des immunités est progressivement conduit à être repensé.

146. L'extension des incriminations de corruption aux agents publics étrangers et internationaux ne fait donc aucun doute en France. Elle est d'ailleurs bien réelle puisque des condamnations ont commencé à émerger ces dernières années au visa de ces nouvelles infractions. A titre d'exemple, le Groupe Safran a été condamné, en France, pour corruption active d'agents publics étrangers pour avoir versé des commissions d'un montant de 380 000 euros pour l'obtention d'un marché au Nigéria³⁵¹.

L'existence d'une telle extension est, en revanche, beaucoup plus incertaine au Vietnam.

B– Une extension très incertaine au Vietnam

147. Le Vietnam connaît depuis 1986, année du « doi moi » (le renouveau) établissant le passage d'une économie planifiée vers une économie de marché, un fort développement économique. Depuis cette date, la privatisation de l'économie n'a de cesse d'attirer de nouveaux investisseurs étrangers au point que le pays est entré à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) en 2007³⁵². Cette transition vers une économie de marché et le développement économique qui s'ensuit a donc conduit le pays à accepter l'implantation de nombreuses entreprises étrangères et à « actionariser » ses entreprises d'Etat, première étape vers une future privatisation.

148. D'un point de vue pénal, ce nouvel environnement économique augmente considérablement les risques de corruption et représente un terrain particulièrement favorable à l'apparition de la corruption transnationale. Les entreprises d'Etat « actionarisées » bénéficient encore de tarifs préférentiels³⁵³ alors qu'elles sont soumises à la concurrence. Cette situation incite les compagnies privées, notamment étrangères, à passer par la voie de la corruption pour espérer obtenir ou conserver des marchés. Malgré cela, le législateur vietnamien n'a pas encore pris la décision de créer des infractions spécifiques relatives à la corruption transnationale. Les seules dispositions répressives existantes sont les articles 279 et 289 du code pénal. Or, s'il est indéniable que ces articles incriminent la corruption d'agents publics vietnamiens, ils laissent planer beaucoup plus d'incertitudes quant à leur applicabilité à des situations de corruption transnationale. Ces incertitudes règnent à la fois au regard du corrupteur (1) et au regard de l'agent public corrompu (2).

1. L'incertitude au regard du corrupteur

149. La corruption transnationale implique par essence un élément d'extranéité. Etant donné que les articles relatifs aux infractions de corruption ne font pas directement référence à tel élément, une interrogation quant à leur applicabilité dans telles situations peut être soulevée. En d'autres termes, la question se pose de savoir si, au Vietnam, un ressortissant étranger peut

³⁵¹ Transparency International (TI), *Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence la démocratie avance*, op.cit., p. 11.

³⁵² N. Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, «APEC Procurement transparency standards in Vietnam. The Need to Move from Law to Practice», *Transparency International*, 2011, p. 11. Document disponible en ligne sur http://www.transparency-usa.org/documents/TI-Report-Vietnam_FINAL.pdf.

³⁵³ N. Tuan Khanh, « Preventing business relative corruption », *Vietnam law and legal forum*, Focus, juillet 2008, p. 10.

être condamné pour avoir corrompu un agent public national et si un ressortissant vietnamien peut également l'être pour avoir corrompu un agent public étranger.

Comme soulevé, la seule incrimination de corruption active en droit vietnamien figure à l'article 289 du code pénal. Contrairement aux dispositions obligatoires de l'article 16 de la Convention de Mérida, le droit pénal vietnamien ne contient donc aucune disposition spécifique en matière de corruption active de fonctionnaires étrangers. Pour autant, l'article ne semble pas directement l'exclure de son champ d'application.

150. L'auteur de l'infraction est désigné dans l'article comme étant « celui qui offre un pots-de-vin ». Cette formulation ne permet donc pas *ipso facto* d'en déduire une restriction du champ d'application *rationae personae* aux seuls citoyens vietnamiens. Tout comme le droit pénal français, le droit pénal vietnamien est d'application territoriale de sorte que tout individu présent sur le territoire vietnamien est soumis au respect des dispositions légales répressives³⁵⁴. De ce fait, le terme « celui », analogue au terme « quiconque » utilisé en droit français, s'applique à tout individu situé sur le territoire de la République Socialiste du Vietnam sans considération de sa nationalité. En conséquence, un ressortissant étranger peut, du moins en théorie, être condamné pour avoir corrompu un agent public vietnamien sur le territoire national.

151. Mais cette analyse doit être nuancée pour plusieurs raisons. Premièrement, le Vietnam ne reconnaît pas la responsabilité pénale des personnes morales. Si une personne physique étrangère peut donc théoriquement être responsable pénalement devant les tribunaux vietnamiens, il n'en est pas de même pour une société étrangère. Cela est préjudiciable dans la mesure où la majorité des activités de corruption sont effectuées par des entreprises étrangères envers des fonctionnaires vietnamiens. Pour pouvoir les condamner, les autorités vietnamiennes seront dès lors dans l'obligation d'identifier l'auteur personne physique des faits. Encore faut-il que cet auteur soit identifiable et présent sur le territoire vietnamien. Deuxièmement, force est de constater que toutes les affaires relatives à des activités de corruption transnationale ont été, jusqu'à présent, toujours réprimées par les pays d'origine des corrupteurs. C'est le cas, pour illustration, du scandale dit « PCI » (nom du groupe japonais : Pacific Group International). En 2008, trois anciens dirigeants du groupe PCI ont versé des pots-de-vin à des hauts fonctionnaires de l'administration vietnamienne pour l'obtention de contrats d'études de projets initiés grâce à l'aide financière internationale (notamment celle du Japon) et dans le cadre de l'Official Development Assistance (ODA). En échange d'un versement occulte d'un montant de neuf millions de Yen (820 000 USD), le groupe s'est vu attribué la réalisation de deux grands projets³⁵⁵. Lors de l'éclatement du scandale, seul le Japon a déclenché une instruction judiciaire, sur la base de la loi japonaise sur la prévention de la concurrence déloyale de 1999³⁵⁶. Cette instruction a débouché sur une condamnation pénale des corrupteurs. Le Vietnam, quant à lui, est resté très passif et n'a pas souhaité donner suite à ces infractions. Il est donc impossible de savoir si le pays se considérait compétent pour condamner les auteurs japonais pour corruption active sur le fondement de l'article 289 du code pénal.

152. L'article 289 du code pénal ne contient pas plus de précisions quant à déterminer si un ressortissant vietnamien peut être condamné pour avoir corrompu un fonctionnaire étranger.

³⁵⁴ C. Pén. Vn, art. 5 et 6.

³⁵⁵ J. Lefrançois, « PCI : une affaire emblématique du régime vietnamien », *Vietnam info*, janvier 2009, p.5.

³⁵⁶ Loi japonaise sur la prévention de la concurrence déloyale de 1999, art. 10bis : « Il est interdit à toute personne d'octroyer, d'offrir ou de promettre un avantage pécuniaire ou autre à un agent public étranger, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, ou pour que cet agent, usant de sa position, intervienne auprès d'un autre agent public étranger pour qu'il agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un avantage commercial indu » ; in OCDE, « Japon, examen de l'application de la Convention et de la Recommandation de 1997 », *OCDE*, 21 mai 2002, p.2. Document disponible en ligne sur <http://www.oecd.org/dataoecd/15/3/2388172.pdf>.

L'absence de précisions quant à la qualité du destinataire du pot-de-vin peut, à première vue laisser, entendre que le législateur n'exclut pas cette hypothèse.

Elle paraît cependant très peu probable. D'une part, l'article 289 du code pénal figure au sein de la Section B du Chapitre XXV du code pénal vietnamien, intitulée « atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant ou non une fonction publique ». Le terme « administration publique » faisant implicitement référence à la seule administration publique vietnamienne, l'insertion de l'article dans cette section semble exclure toute extension envers les agents publics étrangers. D'autre part, comme soulevé, l'infraction de corruption active ne bénéficie pas d'une définition suffisante pour consacrer son autonomie par rapport à celle de corruption passive. En d'autres termes, la corruption active est présentée comme le seul corollaire de la corruption passive de fonctionnaires nationaux. Partant de ce postulat, l'extension de l'infraction à la corruption active de fonctionnaires étrangers ne paraît pas possible.

153. L'absence d'incrimination de cette forme de corruption est tout de même surprenante. Le Vietnam est pourtant partie à la Convention des Nations Unies contre la corruption dont les dispositions impératives obligent les Etats à incriminer la corruption active transnationale³⁵⁷. La ratification de la Convention en 2009 aurait naturellement dû conduire le législateur à adopter des dispositions en ce sens. Pourtant, aucune initiative en ce sens n'a été formulée dans la loi du 29 juin 2009.

Or, l'étude de la Convention et de son Guide législatif nous permettent de voir que la mise en place d'une telle infraction ne serait pas impossible au Vietnam. L'obligation porte sur la seule corruption active. Les Etats n'ont pas l'obligation d'incriminer la corruption passive ce qui ne contrevient pas au principe de non-ingérence aux affaires intérieures d'un pays. De surcroît, au contraire des dispositions impératives de la Convention du Conseil de l'Europe, celles de la Convention de Mérida permettent encore de limiter le champ d'application de l'incrimination aux avantages indus obtenus dans le cadre des relations de commerce international. A ce titre, une disposition visant à interdire les paiements « *en vue d'inciter à la violation d'une obligation de l'agent public* » a été jugée conforme à l'article 16 de la Convention³⁵⁸. Le Vietnam pourrait donc parfaitement incriminer les faits de corruption active de fonctionnaires étrangers limitée à des paiements (ou autres avantages) indus effectués dans le but d'obtenir du fonctionnaire un avantage indu dans le cadre du commerce international. Une triple restriction du champ d'application serait alors créée. Premièrement, l'infraction serait conditionnée à l'octroi d'un avantage indu, autorisant les paiements et autres avantages autorisés par la loi (comme les cadeaux du Têt par exemple). Deuxièmement, elle serait conditionnée à l'accomplissement d'un acte ou à une abstention de la part du fonctionnaire étranger en violation de ses fonctions, laissant ainsi la possibilité au fonctionnaire de recevoir des paiements de facilitation pour l'accomplissement de ses fonctions, notamment pour l'accélération de certaines procédures. Enfin, elle serait conditionnée au seul cadre de relations liées au commerce international³⁵⁹.

C'est d'ailleurs cette solution que le droit japonais a adopté puisque sa loi sur la prévention de la concurrence déloyale de 1999 prévoit, en son article 10bis, la condamnation des faits de corruption active envers des fonctionnaires étrangers lorsque cette dernière a été matérialisée par des avantages indus liés aux relations de commerce international³⁶⁰.

³⁵⁷ Convention des Nations Unies contre la Corruption, *op. cit.*, art.16§1.

³⁵⁸ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la Corruption », *op. cit.* §210, p.90.

³⁵⁹ La notion de commerce international doit cependant englober la fourniture d'une aide internationale ; *Cf Ibid*, §208, p. 90.

³⁶⁰ *Cf* Loi japonaise sur la prévention de la concurrence déloyale de 1999 ; *in* OCDE, « Japon, examen de l'application de la Convention et de la Recommandation de 1997 », *op. cit.*

154. De telles dispositions seraient certes bien moins contraignantes que l'actuel dispositif répressif français en la matière mais la situation des deux pays est indéniablement différente. Alors que les entreprises françaises cherchent à s'exporter pour réduire leurs coûts de production, le Vietnam, en pleine croissance économique, représente au contraire une véritable « Terre d'accueil ». Bien que le développement économique y soit important et rapide, le pays ne peut encore être considéré comme un pays « développé » et il subsiste de très nombreuses inégalités. De fait, les salaires des fonctionnaires sont encore très bas et ne sont pas indexés sur l'inflation croissante des tarifs. La rémunération des agents publics n'est donc pas suffisante pour garantir leur « honnêteté » et certaines activités de corruption sont malheureusement vitales pour eux. Dans un tel contexte, la détection et la condamnation des activités de corruption nationale étant déjà complexe, la mise en place d'un arsenal répressif très contraignant en matière de corruption transnationale relèverait de la fiction. En revanche, une incrimination respectant les limites accordées par la Convention de Mérida reste envisageable.

155. En attendant, l'analyse des différents scandales de corruption ayant éclaté ces dernières années, nous démontre que le Vietnam peut compter sur la législation des pays d'origine des auteurs qui, la plupart du temps, condamnent les activités de corruption active transnationale. Tel a été le cas, par exemple, de l'affaire « *PCI* ». Pourtant, dans cette affaire, la réaction du gouvernement vietnamien a été plus que surprenante. Bien qu'ayant fini par condamner le fonctionnaire corrompu à la réclusion criminelle à perpétuité³⁶¹, le gouvernement est longtemps resté sans réaction et ne manifestait aucun signe de coopération avec les autorités japonaises pour le recueil des preuves nécessaires à l'établissement de la culpabilité des auteurs. Pire encore, l'ancien Vice-Ministre des affaires étrangères, Ho Xuan Son, s'en était directement pris à la presse qui avait relayé le scandale, en faisant publiquement part de son mécontentement pour ces « dénonciations calomnieuses » envers les fonctionnaires vietnamiens³⁶². Ce n'est que dans un second temps, lorsqu'il n'était plus possible de nier l'évidence, que les autorités vietnamiennes se sont déclarées prêtes à coopérer à tout niveau avec les autorités japonaises afin de faire lumière sur cette affaire³⁶³.

Cette position ambiguë quant au niveau de coopération du pays est très inquiétante en ce qu'elle s'ajoute aux lacunes législatives. Cela rend le système très opaque en matière d'incrimination et de répression des activités de corruption transnationale.

156. Il n'existe pas, à notre connaissance, d'affaire connue relative à une corruption active commise par un citoyen vietnamien envers un fonctionnaire étranger. A ce stade, rien ne permet donc de déterminer quelle serait l'attitude du Vietnam à l'égard d'une telle situation. Prenons ici l'exemple d'un membre de la fonction publique française établi au Vietnam qui recevrait un paiement de la part d'un citoyen vietnamien pour l'obtention d'un acte tel qu'un visa pour la France. Le corrompu étant un agent public français, sa responsabilité pénale devant les tribunaux français ne fait nul doute. Des poursuites pourraient être engagées par les autorités françaises pour corruption passive de l'article 433-1 du code pénal. Mais quelle serait la position du Vietnam à l'égard du corrupteur ? Premièrement, l'absence de

³⁶¹ Truoi News, « Vietnam seeks info on alleged currency corruption », *Truoi News*, 6 juillet 2011. Article disponible en ligne sur <http://tuoitrenews.vn/cmmlink/tuoitrenews/society/vietnam-seeks-info-on-alleged-currency-corruption-1.36247>.

³⁶² Cette attitude reflète cependant la mentalité du gouvernement vietnamien qui souhaite, la plupart du temps, étouffer les affaires de corruption. Une autre affaire très connue au Vietnam et particulièrement représentative de la position vietnamienne à cet égard, est l'affaire dite « *PMU 18* ». Ce scandale de corruption avait révélé l'existence de pratiques corruptrices à grande échelle par le détournement de fonds internationaux. Lorsque les journalistes vietnamiens ont dénoncé, dans leurs journaux respectifs, de telles malversations en 2006, le gouvernement vietnamien avait, tout d'abord, fait emprisonner les journalistes pour diffamation avant de se rendre à l'évidence de la véracité de faits et n'avoir d'autre choix que de les libérer. Cf American chamber of commerce, « Reporters, police prosecuted for giving "false information" in PMU-18 corruption case », *Amcham Vietnam*, 13 mai 2008. Article de presse disponible en ligne sur <http://www.amchamvietnam.com/2137>.

³⁶³ J. Lefrançois, « *PCI* : une affaire emblématique du régime vietnamien », *op.cit.*, p.6.

dispositions spécifiques dans le droit pénal vietnamien ne permet pas de déterminer si le « corrupteur » serait pénalement responsable pour ces faits. Deuxièmement, rien ne garantit que les autorités vietnamiennes coopèreraient avec les autorités françaises pour le recueil des preuves nécessaires à la condamnation de l'agent public français puisque cela impliquerait que la France s'intéresse aux « affaires intérieures » de l'Etat. Une telle coopération est, de surcroît, difficile à envisager lorsque les faits reprochés ne représentent pas une infraction pénale dans le pays concerné, c'est-à-dire en l'absence double incrimination³⁶⁴.

Cette situation hypothétique démontre à quel point les lacunes législatives et le faible niveau de coopération entre les pays peuvent, en réalité, freiner considérablement la répression des pratiques de corruption transnationale. L'incertitude qui règne quant à l'extension de l'infraction de corruption active aux relations internationales conduit à amoindrir les chances de condamnation des auteurs, y compris pour la France.

Or, une telle incertitude est d'autant plus marquée si l'on se place du côté de l'agent public corrompu.

2. L'incertitude au regard de l'agent public corrompu

157. Afin de pouvoir établir l'infraction de corruption des agents publics étrangers, il est nécessaire, pour l'Etat concerné, de définir la notion de fonctionnaire étranger. La Convention des Nations Unies contre la corruption donne une définition autonome de cette notion. Au sens du texte, est considéré comme agent public étranger « *toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue; et toute personne qui exerce une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour un organisme public ou une entreprise publique* »³⁶⁵. L'incrimination concerne également les fonctionnaires des organisations internationales qui peuvent se définir comme « *un fonctionnaire international ou toute personne autorisée par une telle organisation à agir en son nom* »³⁶⁶. En ce qui concerne la notion de pays étranger, ce dernier peut être n'importe quel pays, qu'il soit ou non partie à la Convention. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que la corruption d'agent public étranger constitue une infraction pénale dans la législation interne du pays d'origine de l'auteur³⁶⁷.

158. Comme énoncé précédemment, la législation vietnamienne ne contient aucune disposition spécifique en matière de corruption transnationale. La définition particulièrement large du délit de corruption active ne permet pas de déterminer si le délit est ouvert aux cas de corruption active de fonctionnaires étrangers. Le doute est d'autant plus présent si l'on s'intéresse de plus près à la définition de la corruption passive.

La Convention des Nations Unies ne fait pas obligation, dans son article 16, d'incriminer le délit de corruption passive des agents publics étrangers. Par l'emploi du terme « *envisage d'adopter* », l'article 16§2 formule une simple recommandation aux Etats.

Il semble que le Vietnam n'ait pas opté pour cette solution, craignant certainement de contrevenir au principe de non-ingérence. L'incrimination de cette forme de corruption passive peut être, en effet, perçue comme de l'ingérence par les pays d'origine des agents publics. Condamner des représentants officiels d'un Etat revient indirectement à condamner

³⁶⁴ Voir *infra* n°501 et 978.

³⁶⁵ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 2b et Guide législatif, *op. cit.*, §206, p. 89.

³⁶⁶ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 2c et Guide législatif *op. cit.*, §207, p.90.

³⁶⁷ Bien qu'en l'absence d'une telle réciprocité, la condamnation effective du fonctionnaire en cause risque d'être considérablement remise en question.

publiquement un Etat corrompu. Une telle incrimination peut également être vécue, pour l'Etat étranger concerné, comme la considération de son incapacité à sanctionner ses propres agents publics. Pour autant, le droit pénal vietnamien ne réfute pas non plus expressément cette hypothèse et des doutes planent sur l'identité précise du « *dépositaire de l'autorité public* » visé à l'article 279 du code pénal.

159. La question se pose à ce stade, de savoir si seuls sont concernés, par ce terme, les agents publics vietnamiens ou s'il peut également s'agir de dépositaires d'une autorité publique étrangère. L'article 279 du code pénal reste silencieux sur ce point. Malheureusement, la loi contre la corruption du 29 novembre 2005 ne semble pas apporter beaucoup plus de précisions. Elle dresse dans son article 1^{er}³⁶⁸, une liste des personnes devant être considérées comme « dépositaires de l'autorité publique » au sens de la loi. Mais, hormis les dispositions relatives à l'armée populaire, aucune référence n'est faite quant à la nationalité requise des personnes concernées. A titre d'illustration, dans son paragraphe 3 a), l'article se contente de mentionner les « *fonctionnaires et agents publics* ». Il est certain, en revanche, que les dispositions législatives excluent les fonctionnaires internationaux, représentants des organisations internationales. L'article 279 n'y fait aucunement référence et la loi de 2005 ne désigne que les « *organismes publics et entreprises publiques* ». Aucune interprétation aussi extensive qu'elle soit ne permet d'intégrer les fonctionnaires des organisations internationales dans le champ d'application de l'infraction vietnamienne de corruption passive³⁶⁹. Tel *vide juridique* a d'ailleurs été identifié par certains auteurs vietnamiens qui y voient là un risque de déviation eu égard à l'accroissement de la présence d'organisations internationales sur le sol vietnamien³⁷⁰.

Pour ce qui est des fonctionnaires étrangers, la loi vietnamienne ne précise rien à ce sujet mais ne permet pas de l'écarter pleinement. Certes l'infraction est intégrée dans la Section A du Chapitre XXV du code pénal intitulé « atteintes à l'administration publique commise par des personnes exerçant une fonction publique », ce qui peut laisser présupposer que les personnes visées ici sont uniquement les agents publics nationaux, mais rien ne permet de fermer définitivement la porte à la corruption passive transnationale.

160. Pour autant, à l'image de la corruption active, le juge du fond vietnamien peut-il effectuer une interprétation extensive de l'article de l'article 279 pour condamner des fonctionnaires étrangers? Rien n'est malheureusement moins sûr. Il n'existe pas d'exemple d'affaires dans lesquelles un fonctionnaire étranger ait été condamné pour des faits de corruption passive au Vietnam. En l'absence de disposition spécifique en la matière, il paraît tout de même peu probable qu'il soit possible de sanctionner de tels faits. L'article 279 du code pénal est perçu, par la majorité des juristes vietnamiens, comme l'incrimination de faits de corruption passive commise par des agents publics internes. De plus, le risque d'ingérence qu'engendrerait une telle interprétation extensive la rend encore moins probable dans le contexte vietnamien.

En l'absence d'incrimination « directe » de la corruption passive transnationale, il peut être intéressant de se pencher dès lors du côté des intermédiaires. Il est internationalement reconnu que la corruption à échelle internationale, que ce soit dans le secteur privé ou entre le secteur

³⁶⁸ Loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 1 al. 3. : « La personne dépositaire de l'autorité publique s'entend: a) des fonctionnaires et agents publics; b) des officiers, militaires de carrière et des ouvriers travaillant dans les services et les unités relevant de l'Armée populaire ; des officiers, sous-officiers d'opération et des officiers, sous-officiers techniques dans les services et les unités relevant des forces de la sécurité publique; c) des dirigeants ou gérants des entreprises publiques et des dirigeants ou gérants habilités à représenter l'État pour l'administration des apports en capitaux de l'État dans les entreprises; d) de toute personne à qui est confiée une mission ou une fonction publique et qui détient l'autorité publique pour l'accomplissement de la mission ou l'exercice de la fonction. ».

³⁶⁹ La corruption active de ces mêmes fonctionnaires n'étant, de fait, pas non plus incriminée.

³⁷⁰ Voir en ce sens, N. Tuan Khanh « Preventing business related corruption », *Vietnam law and legal forum*, *op. cit.*, p.11.

privé et le secteur public, se matérialise très souvent par l'intervention d'intermédiaires. Or, le Vietnam dispose d'une incrimination spécifique et autonome relative aux intermédiaires à une corruption³⁷¹. Se pourrait-il que cette incrimination soit applicable aux activités de corruption transnationales ? Dans ce cas, elle pourrait compenser le vide juridique en la matière dans la mesure où les agents publics auraient eu recours à un intermédiaire.

161. L'OCDE définit l'intermédiaire comme « une personne qui sert de lien ou s'entremet entre une ou plusieurs parties à une transaction commerciale. »³⁷². L'organisation reconnaît dans son rapport final de 2009 que les intermédiaires jouent un rôle déterminant dans le cadre de la corruption transnationale³⁷³. Le Vietnam n'est pas épargné par ce phénomène. Leur rôle apparaît même comme déterminant pour la réception de dons ou de présents à la place des fonctionnaires, plus particulièrement à l'occasion de fêtes traditionnelles vietnamiennes comme le Têt³⁷⁴.

Le droit pénal vietnamien incrimine l'infraction « d'agir comme intermédiaire en vue d'une corruption » à l'article 290 du code pénal. Elle est définie comme suit : « *Le fait, pour toute personne, d'agir comme intermédiaire en vue d'une corruption, pour une somme d'une valeur de 500.000 dongs à moins de 10.000.000 de dongs, ou pour une valeur inférieure à 500.000 dongs et causant de graves conséquences ou commis à plusieurs reprises, est puni de six mois à cinq ans d'emprisonnement.* »³⁷⁵.

Cet article ne contient pas de condition préalable quant à la qualité de son auteur. Sa commission peut être effectuée par toute personne publique ou privée, qu'elle ait des liens particuliers ou non avec les auteurs principaux. Les peines applicables sont cependant moins graves que pour les infractions de corruption active et passive.

Pour ce qui est des éléments constitutifs de l'infraction. Au même titre que la corruption passive, le législateur a ajouté un élément constitutif supplémentaire relatif au montant des « biens » reçus à titre d'intermédiaire ainsi qu'un élément relatif à la gravité des conséquences. En revanche, à l'image de la corruption active, le législateur ne donne aucune définition des actes matériels nécessaires à la consommation de l'infraction. L'article incrimine seulement « le fait d'agir comme intermédiaire en vue d'une corruption ». Cela laisse tout de même planer un doute quant à son applicabilité réelle.

La notion même d'intermédiaire, tout d'abord, n'est pas définie dans l'article précité ni par la loi du 29 novembre 2005 qui n'apporte aucune précision sur ce point³⁷⁶. Il est dès lors impossible de déterminer précisément quel intermédiaire est visé ici. Est-ce l'intermédiaire d'une corruption active ? Celui d'une corruption passive ? Ou encore tous les intermédiaires sans considération de la forme de corruption qui y est attachée ? Ensuite, l'article ne nous permet pas déterminer le moment de consommation de l'infraction. En l'absence d'éléments matériels il n'est pas possible de savoir si l'infraction revêt un caractère purement formel, quasi-formel ou matériel.

³⁷¹ C. Pén. Vn, art. 290.

³⁷² OCDE, « Typologie du rôle des intermédiaires dans les transactions commerciales internationales », Rapport Final, OCDE, 2009, p.9.

³⁷³ *Ibid.*, p.10.

³⁷⁴ N. Tuan Khanh, « Preventing business related corruption », *op. cit.*, p.10-11 : « [...] a state position holder responsible for dealing with business affairs may commit act of corruption by, for example, delaying the handling of affairs, trying to find some mistakes, intimidating business with misrepresented information, and pressuring and making unlawful demand etc. They may do this directly, through a middleman [...] particularly on traditional festive days [...] ».

³⁷⁵ Précisons qu'ici aussi la loi du 29 juin 2009, amendant les dispositions du code pénal de 1999 (*op.cit.*), a augmenté la valeur seuil de l'avantage de 500 000 à 2 000 000 VND.

³⁷⁶ La seule mention faite sur les intermédiaires dans la loi de 2005 (*op. cit.*) est intégrée à l'art. 3 al.8 : « Corruption active ou fait d'agir comme intermédiaire en vue d'une corruption exercé par un dépositaire de l'autorité publique lors de sa mission ou ses fonctions publiques pour les intérêts personnels ». Non seulement la notion d'intermédiaire n'est pas précisée mais cette disposition est ambiguë. Il est difficile de déterminer si le rôle de l'intermédiaire en droit vietnamien n'est envisagé que dans le cadre de la corruption active ou si l'intermédiaire d'une corruption passive est assimilé à l'auteur d'une corruption active. Dans tous les cas ces dispositions sont très difficilement applicables.

Si l'on suit la logique adoptée jusqu'à présent, l'infraction de l'article 290 semble donc être intimement corrélée à celle de la corruption passive³⁷⁷. Partant de ce postulat, c'est l'intermédiaire du corrompu qui semblerait être essentiellement visé.

Dès lors, la question est de savoir si les intermédiaires intervenant dans le cadre d'une corruption passive transnationale peuvent être sanctionnés. Deux situations sont envisageables à ce stade. La première est que le juge interprète de manière extensive les dispositions de l'article 290 du code pénal en détachant l'infraction de son « lien » avec la corruption passive nationale. Dans cette situation, il serait possible de condamner un intermédiaire d'une corruption transnationale. La deuxième est que le juge adopte le raisonnement précédemment énoncé et considère l'infraction de l'article 290 comme le corollaire de la corruption passive interne. Dans cette situation, il ne sera pas possible d'envisager une telle extension. En l'absence de précision législative, la condamnation d'un intermédiaire à une corruption passive transnationale paraît donc sérieusement compromise.

162. En conclusion, bien que l'imprécision des articles relatifs à la corruption interne permette, en théorie, d'envisager l'incrimination des infractions de corruption transnationale, il ne semble pas que le législateur vietnamien ait envisagé la possibilité d'une telle interprétation extensive. Certes, les conventions internationales ne font pas obligation aux Etats parties d'incriminer la corruption passive transnationale. Telle incrimination ne semble d'ailleurs pas absolument nécessaire au Vietnam dans la mesure où les Etats étrangers incriminent tous l'infraction de corruption passive interne. De ce fait, ils sont en mesure de sanctionner leurs agents publics malhonnêtes situés sur le territoire vietnamien. Mais une telle incrimination représente un intérêt autre que la seule création d'une nouvelle forme de corruption. Il s'agit de la reconnaissance, par un Etat, des limites à donner au principe de non-ingérence. La corruption transnationale doit être considérée comme l'une de ces limites. Son incrimination place la lutte contre la corruption au centre des préoccupations nationales et démontre la volonté de l'Etat de coopérer pleinement pour lutter contre son impunité. En ce sens, le Vietnam aurait un intérêt certain à incriminer expressément la corruption transnationale tant active que passive. Il démontrerait sa volonté de mettre véritablement fin à cette « ère » de tolérance dans laquelle il se situe encore. Le pays a, en effet, encore trop tendance à minimiser la gravité de ces activités pourtant encore bien ancrées dans les « affaires courantes » de l'économie. Or, les « interactions » entre investisseurs étrangers et fonctionnaires vietnamiens ne cessent de s'intensifier, surtout depuis l'accession du pays à l'OMC en 2007. Ce nouvel environnement économique ouvre la voie vers de plus en plus d'activités de corruption à très grande échelle et cette « grande corruption » porte souvent sur des montants très élevés.

Nous pouvons citer, à nouveau, le scandale « PCI » mais aussi l'affaire « Vinashin » : grande entreprise de construction navale vietnamienne dans laquelle des activités de corruption ont été découvertes mêlant de très hauts responsables vietnamiens comme le Premier Ministre actuel et portant sur des sommes atteignant plusieurs millions de dollars. L'ampleur de ces scandales démontre à quel point cette corruption peut mettre à mal toute l'économie du pays³⁷⁸. Certains auteurs analysent à raison cette « grande corruption » qui se développe

³⁷⁷ Nous avons vu précédemment que l'infraction de corruption active dépendait de la corruption passive puisqu'elle souffrait du même manque de définition. Par ailleurs, rappelons que le Vietnam envisage la notion de « corruption » quasi essentiellement du côté du corrompu. Cela nous amène donc à penser que l'utilisation, dans l'article 290 du code pénal, du seul terme « corruption » fait en réalité référence à l'infraction de corruption passive.

³⁷⁸ H. Lisande, « Vinashin ou l'incurie des entreprises publiques vietnamiennes », *Libération*, 23 décembre 2010, Rub. Economie : « [...] Le constructeur naval Vinashin, a révélé la fragilité de son économie. Jusqu'à présent, les investisseurs étrangers n'avaient d'yeux que pour sa croissance - plus de 7%, en moyenne, depuis quinze ans. Désormais ils se demandent quel sera le prochain conglomérat d'Etat à s'effondrer (...). Pour la Banque mondiale, les entreprises publiques - qui assurent officiellement 40% du PIB - sont, pour la plupart, exposées aux mêmes risques que ceux qui ont provoqué le naufrage de Vinashin : manque de contrôle, mauvaise gouvernance et endettement. ».

165. Mais l'accroissement des échanges économiques internationaux de ces dernières années a conféré au secteur privé un important pouvoir décisionnel³⁸⁶ (§1).

Désormais, leur rôle est d'une telle ampleur que nul ne saurait nier leur place en tant qu'acteurs sur la scène internationale. Ce poids décisionnel a accru le risque de pratiques corruptrices dans le secteur privé et aggravé les conséquences de tels comportements sur les activités commerciales et, plus globalement, sur les économies. L'enjeu de la lutte contre la corruption dans le secteur privé est devenu à ce point essentiel pour la sécurité économique internationale que son incrimination est aujourd'hui indispensable (§2).

§1 – L'AMPLIFICATION DU POUVOIR DE DECISION DES ENTREPRISES PRIVEES DANS LES ECHANGES ECONOMIQUES INTERNATIONAUX

166. L'accroissement du pouvoir décisionnel des entreprises privées dans les échanges économiques internationaux est un phénomène internationalement reconnu (A). Il ne fait plus de doute que le secteur privé doit, aujourd'hui, être considéré comme véritable acteur de la scène internationale. Face à l'ampleur de cette reconnaissance, les organisations internationales et régionales ont été amenées à adopter des dispositions visant à sécuriser les relations à l'intérieur de ce nouveau centre décisionnel (B).

A – La reconnaissance internationale de ce phénomène

167. Le développement des échanges transfrontaliers ont amené le secteur privé, et plus particulièrement l'entreprise, à être désormais considérée comme véritable acteur international (1).

A ce titre, elle disposerait d'un pouvoir de décision quasi-équivalent à celui des Etats, autrefois uniques acteurs de la scène internationale. Si ce phénomène est généralisé, il semble cependant accru dans les économies en développement telles que le Vietnam (2).

1. La reconnaissance de l'entreprise en tant qu'acteur international

168. L'accroissement des échanges transfrontaliers de biens et de services depuis la fin de la guerre froide a considérablement modifié le paysage géopolitique actuel. Alors que l'Etat était autrefois considéré comme l'acteur principal des relations internationales, il n'en est plus de même à l'heure actuelle. Le contexte international est plus troublé, voire dédoublé, comme le souligne justement le politologue James Roseneau³⁸⁷, avec d'un côté le monde stato-centré régi par les relations interétatiques et d'un autre côté le monde multi-centré où s'affrontent les Etats et d'autres formes de « *gouvernance* »³⁸⁸.

³⁸⁶ C'est notamment ce que soulève le Danemark dans son initiative en vue de l'adoption de la décision-cadre de l'Union Européenne relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé. Il énonce ainsi : « *En considération de l'accroissement des échanges transfrontaliers de biens et de services, le Danemark présente une initiative visant à lutter plus efficacement contre tout type de corruption (active et passive) qui fausse les activités commerciales.* » ; in Phrase introductive de l'initiative du Danemark en vue de l'adoption de la décision-cadre de l'Union Européenne relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé ; in « Initiative du Royaume du Danemark en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé », *JOCE*, 2 août 2002, n° C 184, p.4. La décision-cadre de l'Union Européenne relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé a été adoptée par le Conseil le 22 juillet 2003 ; cf Décision-cadre, n°2003/568/JAI, « Décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé », *JOCE*, 31 juillet 2003, n° L192, pp. 54-56.

³⁸⁷ J.-N. Roseneau, Politologue, ancien président de « International studies Association » et auteur de nombreux ouvrages dont *People Count! The Networked Individual in World Politics*, Paradigm Publishers, octobre 2007.

³⁸⁸ F. Lambert et S. Lefranc, *50 fiches pour comprendre la science politique*, Breal, 2^{ème} édition, 2007, p.192.

169. La notion de « *gouvernance mondiale* » peut se définir comme l'ensemble des processus par lesquels « *des règles collectives sont élaborées, décidées, légitimées, mises en œuvre, contrôlées* » pour promouvoir une économie mondiale porteuse d'ordre, de justice, de liberté et d'efficacité³⁸⁹. Les Etats y jouent donc un rôle essentiel. Leur souveraineté leur procure un monopole d'élaboration de normes juridiques contraignantes dans une optique de régulation de l'économie mondiale. Mais, à l'image de la vision de James Roseneau, bien qu'essentiels, ils ne sont plus uniques. Les acteurs privés contribuent aussi désormais à l'élaboration, à la décision, à la légitimation, à la mise en œuvre et au contrôle des normes internationales capables d'influencer la voie suivie et les valeurs promues par la mondialisation économique³⁹⁰.

170. Parmi ces nouveaux acteurs, les firmes, et plus particulièrement les entreprises multinationales, jouent un rôle primordial. Par l'extrême mobilité de leurs capitaux à l'international et leur capacité à trouver la localisation représentant le parfait compromis entre le choix d'une spécificité territoriale et la capacité d'insertion dans de bons réseaux, elles représentent un aspect indispensable des relations internationales³⁹¹. Le poids financier de ces firmes est considérable. Le chiffre d'affaire de quelques-unes d'entre elles est parfois supérieur au PIB de certains Etats. De ce fait, ces entreprises privées ont acquis pouvoir de décision si important sur la scène internationale qu'il est impossible de ne pas les considérer comme acteurs.

171. Nous pourrions penser que ces entités à caractère lucratif seraient essentiellement axées vers l'optimisation de leurs gains mais force est de constater qu'elles revêtent également un caractère politique. Bien qu'elles semblent ne servir que les intérêts privés au détriment de l'intérêt général, nous assistons à une « politisation » de leur discours. Les grandes entreprises font régulièrement valoir leur légitimité sur le territoire au-delà de leur champ productif et s'avèrent ainsi parfaitement capables d'adopter un vocabulaire politique allant jusqu'à faire écho aux préoccupations sociales³⁹². En ce sens, elles vont parfois jusqu'à acquérir la capacité de se substituer aux autorités publiques dans de très nombreux domaines.

C'est le cas en matière de comptabilité par exemple. Les cinq plus grandes firmes anglo-saxonnes, dénommées les « Big Five » (PricewaterhouseCoopers, KPMG, Ernst & Young, Deloitte, Touche Tohmatsu et Arthur Andersen, devenues les « Big Four » avec la disparition de cette dernière), ont élaboré des normes comptables dans l'objectif d'unification de présentation des comptes de sociétés. Elles se sont accordées pour respecter un standard unique de présentation de comptes dans l'optique d'une plus grande lisibilité de ces derniers et afin de permettre leur comparaison « inter-sociétés ». Ces normes comptables sont aujourd'hui considérées comme les standards mondiaux en matière de présentation des comptes de sociétés³⁹³.

Ce pouvoir d'autorégulation s'illustre également dans le cadre de la protection du consommateur, notamment en matière de e-commerce. L'apparition d'internet a conduit à un développement exponentiel des contrats en ligne. Cette nouvelle forme d'engagement contractuel a été bien plus rapide que l'adoption de normes étatiques spécifiques. L'élaboration d'un droit spécifique au e-commerce est d'ailleurs encore loin d'être achevée. Le droit français y applique encore parfois le droit commun du contrat pourtant mal adapté

³⁸⁹ P. Lamy, « Faire progresser la gouvernance mondiale », *Alternatives économiques*, Hors-série n°47, 2001, 1^{er} trimestre, p. 52-53.

³⁹⁰ C. Chavagneux, « La montée en puissance des acteurs non étatiques » ; in P. Jacquet, J. Pisany-Ferry et L. Tubiana, *Gouvernance mondiale*, Rapport public, *La Doc. Fr.*, 2002, p. 233-235.

³⁹¹ A.-L. Amilhat Szary, « La prise de position des acteurs privés dans la gouvernance territoriale : enjeux, opportunités, risques », in A.L. Amilhat Szary, G. Fontaine, B. Dupeyron, J.-D. Taillant, M. Guibert, P. Ligrone et F. Monié, *Les acteurs privés dans la gouvernance : firme et territoire en Amérique Latine*, *op. cit.*

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ C. Chavagneux, « La montée en puissance des acteurs non étatiques », *op. cit.*, p.236.

aux spécificités du virtuel. La lenteur de la normalisation étatique est peu sécurisante pour l'e-consommateur. Pour gagner sa confiance, le secteur privé a donc pris le parti d'élaborer des règles en faveur de sa protection, par le biais de normes dépourvues de caractère légal. Ces outils de « *soft laws* »³⁹⁴ jouent aujourd'hui un rôle décisif pour la régulation de la conclusion des contrats en ligne³⁹⁵. C'est dans ce contexte qu'a été adoptée la fameuse *lex electronica* composée des usages régulièrement observés par les sociétés pratiquant la vente de biens et de services en ligne³⁹⁶.

172. Si les entreprises ont le pouvoir de venir en aide aux Etats par l'élaboration d'un « droit mou » permettant de combler leur insuffisance normative, elles ont également et malheureusement, le pouvoir d'y contrevenir afin de remplir un but illicite ou du moins « para-légal ». En ce sens, le rôle des Etats est primordial pour contrebalancer le pouvoir destructeur de telles firmes.

C'est le cas lorsque nous assistons à la formation de cartels pouvant se définir comme des ententes entre sociétés multinationales dans la fixation de prix élevés nuisant à la concurrence des petites entreprises tentant de s'établir sur le même marché. Ces cartels ont certes pu être admis positivement dans les années soixante en ce qu'ils favorisaient l'export à un moment où la France était en pleine expansion. Mais leur aspect néfaste pour l'économie mondiale et la concurrence a très vite été révélé par les organisations internationales, notamment par l'OCDE³⁹⁷. Les Etats ont donc eu un rôle fondamental à jouer pour l'établissement d'organes de régulations tels que des autorités de la concurrence au pouvoir sanctionnateur afin de mettre fin à ces dérives. Outre les ententes, les entreprises peuvent aussi être constituées pour la poursuite d'un but illicite et se regrouper afin de créer une « mafia » dont le seul objectif est de se financer illégalement. Si ces organisations criminelles sont séparées des entreprises légales par la frontière de la loi pénale, la réalité est tout autre. Dans les faits, il n'est pas rare qu'elles mêlent activités légales et activités illégales ou que des relations « commerciales » naissent entre elles et d'autres firmes légales³⁹⁸. Même de manière indirecte, ces mafias agissent aussi parfois comme des acteurs internationaux. Les Etats sont amenés à fournir un effort supplémentaire dans l'incrimination et la poursuite de ce type d'activités.

173. Les Etats ont incontestablement perdu de leur primauté en tant qu'acteurs des relations internationales. Ils partagent désormais la scène avec les acteurs privés, notamment les firmes multinationales. Ce phénomène produit un double effet sur l'économie mondiale : un effet positif par le pouvoir de régulation qu'ont acquis ces entreprises qui permet de s'adapter plus rapidement à l'évolution des marchés et un effet négatif par leur capacité à se distancer aisément des normes pénales nationales en poursuivant un objectif illicite. La conception même de l'Etat doit donc évoluer. Il n'a plus comme rôle principal celui de gouverner de

³⁹⁴ La notion de « *soft law* » (ou droit mou) peut s'entendre d'un ensemble de règles non étatiques élaborées par les entreprises en vue de « combler » un vide juridique. Il ne s'agit donc pas de règles absolument impératives, contrairement aux règles étatiques, mais d'un ensemble de mesure que les entreprises se sont accordées à protéger dans la poursuite de leurs intérêts. Dans cette mesure « *La soft law fait partie des règles du pacte social, au sens le plus large de la notion, en ce qu'elle concerne les normes concernant non seulement les relations entre les « parties prenantes » de l'entreprise mais aussi les droits et devoirs de cette dernière vis-à-vis de la société, en réponse aux exigences et aux attentes nouvelles des citoyens, notamment en matière environnementale et sur le plan éthique* » ; in J. Bourdin et P. Schillinger, « La prospective du pacte social dans l'entreprise », Rapport d'information, Sénat, n°227, 18 janvier 2011, p.237-238.

³⁹⁵ S. Amrani Mekki, « La protection du consommateur à distance et en ligne », in Colloque Francophone Régional, « La protection du consommateur, regards croisés européens et asiatiques », *Maison du droit Vietnamo-française*, 27-28 septembre 2010, Actes du colloque p.19.

³⁹⁶ P. Trudel, professeur à l'Université de Montréal, « La *lex electronica* », in C-A Morand, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, coll. Droit international, p.229. Dans sa contribution, M. Le professeur P. Trudel écrit ainsi : « *Dans un univers où les regroupements d'intérêts ne sont plus tributaires de la distance physique, le rôle des communautés, leurs capacités d'auto-organisation et d'autorégulation permettent d'envisager l'émergence d'une normativité propre à assurer la gestion des interactions ainsi rendues possibles* » ; il reconnaît également que les usages sont une composante majeure des règles du droit du commerce international.

³⁹⁷ OCDE, « Les ententes injustifiables », Rapport relatif à l'adoption de la recommandation en 1998 par le Conseil concernant la lutte efficace contre les ententes injustifiables, OCDE, 2000, pp. 5-67. Le rapport est disponible en ligne sur <http://www.oecd.org/dataoecd/40/1/2752145.pdf>.

³⁹⁸ C. Chavagneux, « La montée en puissance des acteurs non étatiques », *op. cit.*, p. 245-249.

manière traditionnelle et hiérarchique mais de coopérer avec ces nouveaux acteurs tout en les encadrant pour incriminer leurs dérives. Le domaine du droit n'est pas épargné par ce phénomène de partage. C'est aussi le cas du droit pénal pourtant symbole suprême de la souveraineté étatique³⁹⁹.

174. Au-delà des Etats, les organisations internationales elles-mêmes reconnaissent l'importance de ces acteurs en cherchant à les intégrer dans le processus d'adoption des normes pénales internationales. La lutte internationale contre le blanchiment d'argent en est une parfaite illustration. En 2000, les douze banques les plus influentes ont été invitées à participer à l'élaboration d'avis et de publications au sein du « groupe Wolfsberg ». Ce groupe avait par ailleurs été invité par l'OCDE à participer à des commissions de réflexions dans le domaine de la lutte contre la corruption et le blanchiment des produits de la corruption dans les centres financiers off-shore⁴⁰⁰.

175. En tant qu'acteur international, il semble donc que le secteur privé ait acquis un pouvoir « quasi-étatique ». Il est dès lors légitime de s'interroger sur le respect, par ce secteur, de quelque forme de « déontologie ». La détention d'un pouvoir de décision accroît *ipso facto* le risque de corruption par son détenteur. Les Etats ayant été longtemps les seuls décideurs souverains, les infractions de corruption passive ont logiquement longtemps étaient limitées à leurs représentants légitimes. Mais l'apparition de ces nouveaux acteurs privés enjoint nécessairement d'élargir ce domaine. Comme le souligne très justement le politologue Mohamed-Reza Djalili : « *La dérégulation des économies, l'accroissement des moyens de communication, de transport et d'échanges, l'amenuisement du contrôle des Etats sur les flux de marchandises, des services et des finances sont à l'origine de nouvelles vulnérabilités et laissent le champ libre au développement de nouvelles formes de corruption et de criminalité* »⁴⁰¹.

2. L'importance de ce phénomène dans les marchés en développement, l'exemple du Vietnam

176. Le Vietnam fait partie des huit pays émergents dont la rapidité de croissance économique est fulgurante⁴⁰². En conséquence, le secteur privé se développe de manière exponentielle au détriment du secteur public autrefois seul « maître du jeu ». Une telle croissance s'accompagne donc de changements structurels majeurs dans les économies de ces pays.

177. Le Vietnam n'est pas épargné par ce phénomène. En 1986, le pays a connu le fameux « doi moi » (renouveau) marquant le passage de l'économie planifiée de tradition socialiste à une économie de marché à tendance beaucoup plus libérale. Le pays, autrefois relativement fermé aux investissements étrangers, s'est finalement ouvert au secteur privé allant jusqu'à accéder à l'OMC en 2007. Depuis 1986, le Vietnam s'est donc doté d'un cadre législatif de plus en plus conséquent afin de favoriser l'émergence du secteur privé. La première loi importante en la matière est la loi sur les entreprises privées de 1990 permettant, pour la première fois, l'établissement de compagnies privées pour une durée limitée et sous la forme

³⁹⁹ N. Capus, « Le droit pénal et le partage de la souveraineté », *RSC*, 2005, p. 252 : « [...] Il est clair que le rôle du droit est forcément soumis à des changements importants. Il est possible qu'à l'avenir, le droit ne soit plus un moyen hiérarchique de gouvernance imposée, mais un droit qui se négocie entre deux ou plusieurs partenaires. L'exécution du droit est complétée - ou même remplacée - par des stratégies de persuasion, car même si le droit est posé unilatéralement, il ne peut plus être imposé par la force - il doit être « négocié ». Par conséquence, la loi hard cède la place à la loi soft ; c'est-à-dire qu'une société ne se gère plus par des impératifs, des interdictions, des défenses, mais par les moyens de l'information, de l'avertissement, de la recommandation. ».

⁴⁰⁰ N. Capus, « Le droit pénal et la souveraineté partagée », *op. cit.*, p.254.

⁴⁰¹ M. Reza Djalili, politique suisse ; in D. Hadjaj, « combattre la corruption, enjeux et perspectives », *Transparency International*, ed. *Khartala*, 2000, p. 211.

⁴⁰² Les sept autres pays émergents avec une croissance semblable, selon l'ONG Transparency International, étant la Chine, l'Inde, le Brésil, La Turquie, l'Indonésie, la Russie et le Mexique.

de « joint stock compagnies » (équivalent, en droit français, de la société en commandite par action)⁴⁰³. Mais la véritable reconnaissance du secteur privé a eu lieu en 1992 puisqu'une révision de la constitution est venue conférer une valeur constitutionnelle à la liberté d'entreprendre⁴⁰⁴. Plus récemment, le pays a souhaité promouvoir ce secteur par l'adoption de deux nouvelles lois en 2005 : la loi sur les entreprises réglementant toutes les formes d'entreprises privées pouvant exister sur le sol vietnamien⁴⁰⁵ et celle sur les investissements autorisant les investissements directs étrangers⁴⁰⁶. Enfin, le 1^{er} janvier 2011 une loi sur l'arbitrage commercial a été adoptée afin de garantir le règlement amiable des différends commerciaux sur le territoire vietnamien.

178. Depuis le « doi moi » le Vietnam a donc doublement évolué. D'une part, il a autorisé ses nationaux à créer des entreprises privées à but lucratif venues, peu à peu, remplacer les entreprises publiques et les coopératives d'Etat de tradition socialiste. D'autre part, il a ouvert son économie aux capitaux étrangers en autorisant progressivement les investissements directs. En théorie, la création une entreprise privée à capitaux 100% étrangers est désormais autorisée.

Le gouvernement vietnamien a également progressivement pris la mesure de l'importance grandissante du secteur privé allant jusqu'à adopter, en 1996, des mesures visant à protéger les petites et moyennes entreprises (PME)⁴⁰⁷. Ces premiers efforts ont été concrétisés en 1998 par l'adoption d'une circulaire du Premier Ministre dans laquelle les PME étaient pour la première fois reconnues et définies⁴⁰⁸. Cette circulaire enjoignait d'ailleurs au Ministère du Plan et de l'Investissement (le MPI) de coordonner une action en faveur de la promotion de ces entreprises. Ce texte représente le premier instrument établissant un dialogue entre le secteur public représenté par le MPI et les représentants de ce secteur privé alors en pleine émergence⁴⁰⁹.

179. Aujourd'hui le secteur privé représente une part de plus en plus grandissante au Vietnam, il est désormais le principal acteur de la croissance économique s'élevant à plus de 7% par an. En 2008, 81,5% de la production industrielle était ainsi gérée par le secteur privé. Ce dernier a également permis une création d'un nombre considérable d'emplois permettant au pays d'accéder au rang des pays à revenus intermédiaires depuis 2008⁴¹⁰. Ces données ont d'ailleurs poussé l'Etat à actionariser ses entreprises publiques, leur conférant un statut semi privatif⁴¹¹, afin de les soumettre au respect des règles de concurrence et de compétitivité imposées par le secteur privé. Les investissements directs étrangers, quant à eux, n'ont cessé

⁴⁰³ Loi de la République socialiste du Vietnam, « Loi sur les entreprises individuelles », *Hanoi*, 21 décembre 1990.

⁴⁰⁴ Constitution de la République socialiste du Vietnam, 15 avril 1992 amendée par la Résolution n°51/2001/ du 25 décembre 2001, art. 21.

⁴⁰⁵ Loi, n°60/2005/QH11, « Loi sur les Entreprises de 2005 de l'Assemblée Nationale de la République Socialiste du Vietnam », *Hanoi*, 29 novembre 2005.

⁴⁰⁶ Loi, n°59/2005/QH11, « Loi sur les investissements de l'Assemblée Nationale de la République Socialiste du Vietnam », 29 novembre 2005, art. 21. Cette loi a abrogé la loi, n°18/2000/QH10, « Loi sur les investissements étrangers », *Hanoi*, 9 juin 2000 (et son Décret d'Application, n°54/2000/ND-CP, 31 juillet 2000) dans laquelle les investissements étrangers ne pouvaient être effectués que dans le cadre d'une coopération, d'une joint-venture ou encore dans le cadre de financement de grands projets à la suite d'appels d'offre du Vietnam. En revanche aucune entreprise étrangère ne pouvait être constituée au Vietnam, seuls des bureaux de représentations pouvaient s'y établir.

⁴⁰⁷ Organisation des Nations Unies pour le Développement Industriel (ONUDI), Service du développement du secteur privé, « Soutien aux industries du secteur privé », *ONUDI*, Vienne, 1999, p. 11 : « Un projet financé par l'Allemagne a été lancé en septembre 1996. Reposant sur une évaluation précise des problèmes que rencontrent les PME vietnamiennes, il comporte deux volets : Des services consultatifs directs en vue d'améliorer le cadre d'action, le cadre réglementaire et la compétitivité des PME et Le renforcement des capacités en matière de services d'aide aux entreprises ». Ce rapport est disponible en ligne sur http://www.unido.org/fileadmin/user_media/Publications/Pub_free/Soutien_aux_industries_du_secteur_privé.pdf.

⁴⁰⁸ Circulaire, n°681-CP/KTN, « Circular of the Government on guiding strategies and policies for the development of small- and medium-sized enterprises », 20 juin 1998.

⁴⁰⁹ ONUDI « Soutien aux industries du secteur privé », *op. cit.*

⁴¹⁰ H. Nga, « Edifier des relations commerciales mutuellement bénéfiques », *Le courrier du Vietnam*, 4 mai 2011.

⁴¹¹ N. Tuan Khanh, « Preventing business relative corruption », *Vietnam law and legal forum, op. cit.*, p. 10.

de s'accroître depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les investissements en 2006. Leur montant dépassait les 64 milliards de dollars en 2008⁴¹².

Le secteur privé s'est non seulement développé mais il a également pris une importance considérable sur le territoire vietnamien. La loi du marché ayant eu raison de la tradition socialiste promue par l'Etat vietnamien. Les entreprises ont acquis un fort pouvoir décisionnel, notamment sur l'orientation de la politique de marché.

Plus loin encore, le 11^{ème} congrès du parti communiste vietnamien (le PCV) qui s'est tenu du 10 au 19 janvier 2011 à Hanoi, a officiellement autorisé les dirigeants sociaux à adhérer au PCV. Telle autorisation a été vécue comme un pas supplémentaire vers le secteur privé après le congrès de 2006 à l'occasion duquel les membres du PCV avaient déjà été autorisés à diriger une entreprise privée. Il s'agit ici d'une reconnaissance, par le Parti, de la place essentielle que détient le secteur privé dans l'économie vietnamienne. Ce vote a donc été perçu comme un geste de « remerciement » envers les dirigeants pour le dynamisme de ce secteur et les progrès socio-économiques engendrés. Il s'agissait également pour le Parti d'assurer la confiance des investisseurs étrangers⁴¹³.

Mais cette action peut également être perçue comme une véritable délégation de pouvoir étatique aux dirigeants privés. En 2006 déjà, les décideurs publics ont été investis du droit d'exercer une activité privée en parallèle de leurs responsabilités publiques. En 2011, un nouveau pas a été franchi en permettant aux dirigeants privés d'accéder à la plus haute marche de gouvernement. En d'autres termes, les entreprises privées ont désormais la qualité de décideurs publics. Incontestablement, le secteur privé est devenu un acteur public de la vie politique vietnamienne.

180. Ces conclusions peuvent tout de même s'avérer inquiétantes. D'abord, la vie publique vietnamienne peut être mue par des considérations purement privées et l'on peut craindre ici encore « *une véritable confiscation du pouvoir de l'Etat au profit d'une minorité* »⁴¹⁴. Ensuite, les entreprises privées ne se soumettent pas, de manière si évidente, aux exigences internationales de transparence. Cela est peu rassurant au regard de leur intégration dans l'appareil d'Etat. La Coopération Economique pour l'Asie Pacifique (APEC)⁴¹⁵ a ainsi révélé publiquement⁴¹⁶ que très peu d'entreprises privées vietnamiennes ne disposent de règles internes d'intégrité et de transparence. Contrairement à la France, aucun expert ne peut être mandaté pour vérifier les comptes et le fonctionnement d'une entreprise suspecte⁴¹⁷.

L'opacité du secteur privé s'ajoute à celle du secteur public ainsi qu'à la généralisation des pratiques de corruption dans le pays. Une étude menée en 2003 par l'ambassade des Etats Unis au Vietnam sur le sentiment du milieu des affaires au Vietnam a révélé que sur 143 entreprises questionnées, 54% d'entre elles ont estimé que la bureaucratie était trop lourde et surtout trop opaque. Beaucoup de commissions étaient réclamées auprès des industriels de la part des agents publics vietnamiens⁴¹⁸. La Banque Mondiale quant à elle a placé le Vietnam à la troisième place parmi les nations asiatiques les plus corrompues, derrière l'Inde et

⁴¹² Export Development Canada (EDC), « Vietnam », Fiche économie, *EDC*, Août 2009, pp.1-2. La fiche économie est disponible en ligne sur <http://fil-info-vietnam.com/wp-content/uploads/2010/01/fiche-economie-vietnam-edc-aout-2009.pdf>.

⁴¹³ W. Rupasingha, « Le parti communiste vietnamien accueille l'élite socialiste à bras ouverts », *World Socialist Web Site*, 10 juin 2011. Article disponible en ligne sur <http://wsws.org/francais/News/2011/jun2011/viet-j10.shtml>.

⁴¹⁴ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 698.

⁴¹⁵ Le Sigle APEC provient de la dénomination anglaise de cette coopération: « Asian Pacific Economic Cooperation ». L'APEC est ainsi un forum économique intergouvernemental, regroupant 21 pays membres, qui a été créé pour faciliter l'accroissement économique, la coopération, les échanges et l'investissement dans la région Asie Pacifique.

⁴¹⁶ N. Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, « APEC Procurement transparency standards in Vietnam. The Need to Move from Law to Practice », *op. cit.*, p.31.

⁴¹⁷ Ainsi le Vietnam ne connaît pas la profession de commissaire aux comptes par exemple.

⁴¹⁸ Banque Mondiale, « Vietnam development report 2006 », *Banque Mondiale*, 30 novembre 2005, p. 49.

l'Indonésie. Les échanges effectués quasi-exclusivement en espèces favorisent leur volatilité et les transactions frauduleuses⁴¹⁹. Le rapport 2005 de la Banque Mondiale classe ainsi le Vietnam dans les pays dont les niveaux d'intégrité et de transparence de la bureaucratie sont parmi les plus faibles⁴²⁰. Plus récemment l'ONG Transparency International a classé le Vietnam au 119^{ème} rang mondial au titre de l'Indice de Perception de la Corruption (IPC)⁴²¹.

Dans un tel contexte, l'opacité du secteur privé ne permet pas d'être rassuré quant au niveau de corruption. Si le phénomène est généralisé dans les relations impliquant le secteur public, il est fort probable qu'il en soit de même dans les relations entre personnes privées. Ce risque est d'autant plus présent que le pouvoir de décision des dirigeants s'est considérablement accru, notamment en 2011. L'émergence d'une forme de corruption privée à grande échelle a d'ailleurs déjà été identifiée dans d'autres marchés émergents. La Russie, par exemple, a dû faire face à de nombreux cas de « corruption » dans les relations entre ses entreprises privées notamment en ce qui concerne l'attribution des marchés ou encore, dans le cadre des hypothèses de rachats ou de restructuration des entreprises. Le Vietnam ne semble pas être épargné par ce phénomène et certains auteurs vietnamiens ont d'ailleurs déjà alerté l'opinion en ce sens⁴²².

181. Le secteur privé a donc acquis un pouvoir décisionnel considérable. Si cet état de fait est généralisé à travers le monde, ses effets sont d'autant plus perceptibles dans les économies en développement. Face à une telle ampleur, les organisations internationales et régionales ont été amenées à réagir par l'adoption d'instruments visant à identifier le secteur privé comme un secteur à risque en matière de corruption.

B– La réponse des organismes internationaux et régionaux en la matière

182. L'importance du secteur privé dans le processus décisionnel international et le risque de corruption que cette situation engendre ont amené les organisations supranationales à adopter des instruments visant à aider les Etats dans leur rôle de sécurisation des échanges économiques, par l'incrimination et la prévention de cette nouvelle forme de corruption. Une telle action émane tant des organisations régionales (1) qu'internationales (2).

1. L'action des organisations régionales

183. Les organisations européennes ont rapidement fait acte de l'importance du secteur privé et du risque de corruption qui s'ensuivait. Dès 1998, une action engagée par le Conseil Européen faisait état de ces préoccupations⁴²³. Elaborée dans le cadre d'une politique globale de lutte contre la corruption prévue par le programme d'action relatif à la criminalité organisée du 28 avril 1997, l'action commune offrait des définitions autonomes des notions de corruption active et passive privées. Ces définitions ont été adoptées dans un objectif d'harmonisation des législations nationales en la matière⁴²⁴. Pour ce faire, l'action commune engageait les Etats à ériger en infraction pénale les activités de corruption commises dans le secteur privé. La définition répondait *mutatis mutandis* aux délits de corruption impliquant le

⁴¹⁹United States Department of State, *International Narcotic Control Strategy report*, Volume II, « Money laundering and Financial Crime », Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs, mars 2008, p.487.

⁴²⁰ Anti Corruption Resource Centre, « Corruption in fast growing market, lessons from Russia and Vietnam », *Transparency International*, 29 avril 2008, p.3. Disponible en ligne sur <http://www.u4.no/helpdesk/helpdesk/query.cfm?id=166>.

⁴²¹ Transparency International (TI), « Indice de Perception de la Corruption (IPC) 2014 », *Transparency International*, site officiel.

⁴²² N. Tuan Khanh, « Preventing business related corruption », *op. cit.*, p.10.

⁴²³ Action commune, n°98/742/JAI, « Action Commune adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la corruption dans le secteur privé », 22 décembre 1998, *JOCE*, L 358, 31 décembre 1998, p. 2-4.

⁴²⁴*Ibid*, art. 1^{er}.

secteur public national. La seule originalité résidait dans la suppression de la condition préalable tenant à la qualité d'agent public du corrompu. L'article 3 de cette action offrait cependant la possibilité pour les Etats de limiter le domaine des infractions aux seules situations « pour lesquelles la concurrence au sein du marché commun était menacée », c'est-à-dire lorsque les activités menaçaient la concurrence sur le marché communautaire. Malgré cette restriction, ce texte matérialise pour la première fois une volonté commune d'incriminer et de prévenir les activités de corruption impliquant le seul secteur privé. Le Conseil lui-même a reconnu néanmoins qu'il ne s'agissait là que d'un « premier pas » vers une reconnaissance définitive.

184. Un deuxième pas a été franchi en 2002 par la formulation d'une proposition, à l'initiative du Danemark, en faveur de l'adoption d'une décision-cadre relative à l'incrimination de la corruption privée⁴²⁵. Le texte a finalement été adopté en 2003⁴²⁶ et a abrogé la précédente action commune. La décision fait état de l'accroissement des échanges économiques internationaux et des nouvelles formes de corruption que cela implique. Elle reprend la définition de la corruption privée formulée dans la proposition du Danemark et définit ainsi la corruption privée comme le fait de « *promettre, offrir ou donner un avantage indu à une personne qui dirige une entreprise privée ou tout simplement qui travaille au sein de l'entreprise afin qu'elle ait un comportement actif ou non en violation de ses obligations de travail (« corruption active»)* » ou encore de « *solliciter ou recevoir un avantage indu. Le comportement devra être réalisé par la personne qui dirige l'entreprise ou y travaille avec l'intention d'obtenir un avantage pour elle-même ou pour un tiers (« corruption passive»)* ». Le texte incrimine également les cas de complicité de ces actes et prévoit une double responsabilité des personnes morales à la fois pénale pour les infractions de corruption et administrative pour défaut de surveillance. La limitation du domaine d'application au seul marché communautaire a également été supprimée du dispositif. Même dépourvue de caractère impératif pour les Etats Membres, cette décision représente une des premières reconnaissances supranationale de la gravité du phénomène de corruption privée et de la nécessité de son incrimination.

185. La préoccupation s'est, par la suite, élargie aux organisations régionales puisque dès 1999 c'est le Conseil de l'Europe qui s'est saisi de cette question au travers des Conventions civiles et pénales sur la corruption. La Convention pénale, premièrement, contient des dispositions impératives visant à l'incrimination des infractions de corruption privée. Pour ce faire, l'article 7 de la Convention est rédigé dans les termes suivants : « *Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en Infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, dans le cadre d'une activité commerciale, le fait de promettre d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé, pour elle-même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses devoirs* »⁴²⁷. Ces dispositions sont cependant limitées, une fois de plus, au domaine des activités commerciales.

La Convention Civile, deuxièmement, contient des dispositions préventives et réparatrices que les Etats doivent prendre dans le cadre de la lutte contre la corruption. Certaines mesures concernent spécifiquement le secteur privé comme les obligations relatives à la transparence des bilans de sociétés ou encore la mise en place de contrôle de ces bilans⁴²⁸.

⁴²⁵ Initiative du Royaume de Danemark en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, *op. cit.*

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, 27 janvier 1999, *op. cit.*, art. 7.

⁴²⁸ Convention Civile du Conseil de l'Europe sur la corruption, *STE*, 174, 4 novembre 1999, art. 10.

186. A l'image des dispositions relatives à la corruption transnationale, les risques de corruption inhérents au secteur privé ont avant tout été identifiés dans le cadre des relations de commerce international. La priorité a donc naturellement été orientée vers la sécurisation de ces échanges. C'est la raison pour laquelle la plupart des instruments adoptés à la fin du XXème restreignaient le domaine d'application de ces nouvelles formes de corruption aux seules relations commerciales. Il semble que cette priorité ne soit plus d'actualité depuis le début du XXIème siècle. L'objectif est revenu vers une protection généralisée des valeurs de probité. En revanche, la notion même de probité ne peut plus être cantonnée au seul secteur public mais doit être élargie au secteur privé. Les instruments les plus récents ont, de ce fait, élargi le domaine d'application de toutes les infractions de corruption pour les rendre applicables même dans les situations pour lesquelles aucun intérêt commercial n'est directement en jeu.

187. L'Asie du Sud Est n'est pas épargnée par cette forme de corruption. Comme soulevé, cette région, en particulier le Vietnam, est marquée par une montée en puissance des acteurs privés au détriment de la puissance étatique. Cette situation implique *de facto* une augmentation substantielle du risque de corruption privée. Pour autant aucun instrument régional contraignant ou du moins conventionnel n'a encore été adopté en matière de corruption. L'ASEAN, organisation régionale d'Asie du Sud Est, reste, à ce jour, silencieuse sur le sujet⁴²⁹ ce qui démontre le faible niveau de préoccupation que l'organisation porte à ce phénomène.

Quelques actions menées par des organismes internationaux et régionaux peuvent néanmoins être évoquées. La première a été lancée par la Banque Asiatique de Développement (BAD) et l'OCDE en 1999 et 2000 dans le cadre d'un plan d'action « sud-sud »⁴³⁰ élaboré pour lutter contre la corruption en Asie du Sud Est⁴³¹. Le deuxième pilier de ce plan d'action est relatif à la mise en place de mesures de transparence et d'intégrité dans les entreprises privées. Le plan d'action invite les Etats à prendre des mesures en faveur de la transparence des comptes d'entreprises, l'établissement de codes de conduite à destination des salariés et dirigeants sociaux ainsi que des dispositions visant à interdire la déductibilité des « pots-de-vin »⁴³². Ces mesures restent limitées aux situations de corruption active d'agents publics mais font acte d'une préoccupation relative à la nécessité de faire la lumière sur les activités privées en progression constante. Une deuxième action a été initiée par l'APEC (Coopération des Etats d'Asie Pacifique). Cette organisation a été créée en 1989 pour faire face à l'indépendance de plus en plus affirmée des Etats d'Asie Pacifique. Au contraire de l'ASEAN, l'APEC n'est pas une organisation régionale. Elle représente plus un « forum » d'échanges et elle est chargée d'établir des standards de vie en matière d'éducation et d'éthique. Pour ce faire elle a élaboré, en 2004, des standards en matière de transparence dans la procédure de passation des marchés publics afin de lutter efficacement contre la corruption⁴³³. En coopération avec l'ONG « Transparency International », l'organisme est également chargé d'établir des rapports annuels sur le niveau d'intégration de ces standards dans les législations nationales. Dans son rapport de 2011 spécifique à la situation du Vietnam, l'APEC souligne l'importance du

⁴²⁹ L'ASEAN est une communauté politique, économique et culturelle fondée en 1967 à Bangkok par 5 pays. Elle regroupe aujourd'hui 10 Etats dont le Vietnam (mais la Chine n'en fait pas partie). Elle ne peut agir que sur mandat des Etats parties. Ainsi les Etats ont donné mandat à l'ASEAN d'agir en matière de terrorisme ; ce qui a donné naissance à la Convention sur la lutte contre le terrorisme à Cebu le 13 Janvier 2007. Elle a également reçu mandat de lutter contre le crime transnational mais le plan d'action de 2002 signé par les Etats parties à Kuala Lumpur ne contient pas de mention sur la lutte contre la corruption transnationale.

⁴³⁰ Anti Corruption Resource Centre, « South-South Anti-Corruption Cooperation Mechanisms », *U4 Expert Answer*, mars 2009, pp. 1-14. Analyse disponible en ligne sur <http://www.u4.no/helpdesk/helpdesk/query.cfm?id=192>.

⁴³¹ Initiative de Banque Asiatique de Développement avec l'OCDE (BASD-OCDE) de lutte contre la corruption en Asie et dans le Pacifique, *Combattre la corruption à l'aube du nouveau millénaire*, « Plan d'Action de lutte contre la corruption en Asie et dans le Pacifique », OCDE, 22 septembre 2010, pp.1-8. Le plan d'action est disponible en ligne sur <http://www.oecd.org/dataoecd/50/61/35111572.pdf>.

⁴³² *Ibid.* p.4.

⁴³³ APEC, « Transparency standards on Government procurement », n° 2004/SOMII/030, APEC, 2 juin 2004, pp.1-7.

pouvoir décisionnel désormais accordé aux entreprises privées et l'urgence pour le pays d'établir des normes de transparence et d'intégrité à destination de ce secteur⁴³⁴.

188. A niveau régional, seule l'Europe a donc pris des dispositions visant à prévenir et incriminer la corruption privée. Au contraire de son homologue européen, l'ASEAN ne semble pas encore se préoccuper de ce phénomène. Pour autant, le poids des entreprises dans le processus décisionnel n'est pas entièrement ignoré des organismes régionaux et internationaux présents en Asie. Les entreprises privées ne sont cependant pas encore perçues comme de potentiels foyers de réception d'une corruption passive. Outre l'action des organisations régionales, celle des organisations internationales sont aussi à souligner dans le cadre d'une reconnaissance généralisée de cette nouvelle forme de corruption.

2. L'action des organisations internationales

189. Les organisations internationales ont rapidement pris conscience du terrain favorable que représente le secteur privé pour le développement des pratiques de corruption. Cette constatation a rapidement débouché sur des travaux de réflexion dans les différentes organisations orientées sur cette question.

190. L'OCDE a été la première organisation internationale à identifier l'existence de nouvelles formes de corruption pour lesquelles les Etats ne disposaient d'aucune incrimination spécifique. La Convention de 1997 sur la lutte contre la corruption des fonctionnaires et agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales⁴³⁵ représente la première matérialisation de cette reconnaissance à échelle internationale. Dans son rapport explicatif de ses actions anti-corruption de 2006⁴³⁶, l'organisation souligne que l'accroissement des échanges économiques mondiaux additionné à la faiblesse systémique des Etats est à l'origine de nouvelles formes de corruption⁴³⁷. Le rapprochement des secteurs privés et publics ainsi que la privatisation de nombreux services sont autant de facteurs amplifiant le risque d'apparition de nouvelles formes de corruption. La convention de 1997 cherche d'ailleurs, outre l'incrimination d'une nouvelle forme de corruption active, à inciter les Etats à œuvrer pour l'assainissement du secteur privé. Pour ce faire, deux recommandations ont été adoptées en 2009 en complément de la Convention. Elles visent à interdire la déductibilité fiscale des commissions versées à l'étranger et à établir un code de conduite à destination des salariés et dirigeants. Les recommandations invitent par ailleurs les Etats à fournir un effort supplémentaire relatif à la transparence des entreprises et de leurs bilans⁴³⁸. Plus récemment, le 3 mars 2011, l'organisation a lancé une nouvelle initiative « *pour la transparence et contre la corruption* »⁴³⁹. Elle fait suite à la « déclaration sur l'intégrité, la probité et la transparence dans la conduite des affaires et de la finance

⁴³⁴ N. Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, « APEC Procurement transparency standards in Vietnam. The Need to Move from Law to Practice », *op. cit.*, p. 32.

⁴³⁵ OCDE, Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 21 novembre 1997, *op. cit.*

⁴³⁶ OCDE, « L'OCDE lutte contre la corruption », Rapport, OCDE, août 2006, pp.1-22. Rapport disponible en ligne sur <http://www.oecd.org/dataoecd/36/50/37418926.pdf>.

⁴³⁷ *Ibid.* p.5

⁴³⁸ OCDE, « Recommandation du Conseil sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », 25 mai 2009, C(2009)64 ; *in* OCDE, « Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et documents connexes », OCDE, p.37 ; OCDE, « Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », 26 novembre 2009 ; *in* « Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et documents connexes », OCDE, p.22.

⁴³⁹ OCDE, « L'OCDE annonce le lancement d'une nouvelle initiative pour la transparence et contre la corruption – clean.gov.biz », OCDE, rub. Salle de presse, 3 mars 2011.

Article de presse disponible en ligne sur : http://www.oecd.org/document/11/0,3746,fr_21571361_44315115_47251845_1_1_1_1,00.html.

internationales » du 28 mai 2010⁴⁴⁰. Ces deux textes prônent une plus grande transparence des entreprises. La déclaration va même jusqu'à considérer les principes d'intégrité, de probité et de transparence comme « la pierre angulaire » d'une économie saine et digne de confiance. Le texte reconnaît dans le même temps que les structures sociétaires sont parfois utilisées à des fins illicites, notamment dans le cadre d'activités de corruption, grâce à l'étanchéité que ces structures offrent entre le patrimoine de la société et celui de son dirigeant.

191. L'autre organisation internationale ayant œuvré en faveur de la reconnaissance de nouvelles formes de corruption est l'Organisation des Nations Unies (ONU). Les travaux de cette organisation sont nombreux et de grande ampleur puisque 193 Etats en sont membres. Ainsi, dès 2000, la Convention contre la Criminalité Transnationale Organisée, dite Convention de Palerme⁴⁴¹, incitait déjà les Etats à incriminer d'autres formes de corruption en dehors de celles expressément visées par les dispositions relatives à la corruption des agents publics nationaux et étrangers. En ce sens, l'article 8 *in fine* énonçait: « *De même, chaque Etat Partie envisage de conférer le caractère d'infraction pénale à d'autres formes de corruption* ». Cette recommandation était faite dans la mesure du respect des principes fondamentaux des Etats parties⁴⁴². Par ces dispositions, la Convention exprimait implicitement la préoccupation de la communauté internationale relative au risque de corruption dans le secteur privé.

192. Ce n'est que dans un deuxième temps, lors de l'adoption de la Convention de Mérida, que ces préoccupations ont été expressément formulées par l'insertion, dans le dispositif de la Convention, de la première incrimination internationale des activités de corruption privée. Cette incrimination n'est pas assortie de dispositions impératives. Le texte n'émet qu'une forte recommandation. Néanmoins, les deux formes de corruption y sont référencées. L'article 21-a de la Convention, relatif à la corruption active, incrimine le fait de « *promettre, d'offrir ou d'accorder, directement ou indirectement, un avantage indu à toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, pour elle-même ou pour une autre personne, afin que, en violation de ses devoirs, elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte* ». L'article 21-b, relatif à la corruption passive, incrimine quant à lui le fait pour « *toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu, pour elle-même ou pour une autre personne, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte en violation de ses devoirs* »⁴⁴³.

A l'image de la corruption « classique » d'agents publics internes, la Convention envisage le délit de corruption privée comme un délit formel consommé par la simple proposition ou sollicitation⁴⁴⁴. Les avantages, quant à eux, peuvent être « *tout avantage indu* ». Le domaine l'avantage procuré est très vaste en ce qu'il peut être matériel ou immatériel, pécuniaire ou extra-pécuniaire. Le Guide législatif pour l'application de la Convention précise cependant que l'avantage doit avoir un lien avec les fonctions du corrupteur lorsqu'il n'est pas de nature

⁴⁴⁰ OCDE, Déclaration, « Déclaration sur la probité, l'intégrité et la transparence dans la conduite des affaires et de la finance internationales », OCDE, 28 mai 2010, C/MIN(2010)3/FINAL. Déclaration disponible en ligne sur <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=261&Lang=fr&Book=False>.

⁴⁴¹ ONUDC, « Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée », décembre 2000, AGNU, A/RES/55/25.

⁴⁴² ONUDC, « Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s'y rapportant », Nations Unies, New York, 2004, §193, p.74-75. Guides disponibles en ligne sur <https://www.unodc.org/tldb/pdf/French-organised-crime-guide.pdf>

⁴⁴³ Il est à noter que ces dispositions sont en totale conformité avec la décision-cadre de l'Union Européenne de 2003 (*op. cit.*) qui recommandait aux Etats d'ériger en infractions pénales ces mêmes faits.

⁴⁴⁴ La Convention de Mérida envisage, cependant, la possibilité que la promesse et l'offre soient constitutives d'une tentative de corruption dans les législations internes de certains Etats parties. Si tel est le cas, leur législation sera tout de même considérée comme conforme aux dispositions de la Convention ; cf ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la Corruption », *op. cit.*, § 302, p.110.

pécuniaire⁴⁴⁵. Pour ce qui est de l'objet de la corruption, c'est-à-dire la contrepartie espérée du corrompu, il doit s'agir d'un acte ou d'une abstention en rapport avec ses fonctions comme pour la corruption « classique ».

193. Les éléments constitutifs de la corruption privée répondent donc *mutatis mutandis* à ceux de la corruption impliquant le secteur public. La seule différence réside quant à la condition préalable de qualité de son auteur. La convention précise que le corrompu doit être toute personne « qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité ».

Il ne paraît donc pas exact de considérer que le texte supprime purement et simplement l'exigence de la condition préalable. Au contraire, elle semble plutôt imposer une autre condition préalable ce qui amène à considérer que cette nouvelle incrimination devra faire l'objet, dans le droit national des Etats parties, d'une infraction propre et distincte des autres infractions de corruption. Au contraire de la Convention OCDE, l'article ne limite pas le domaine de l'incrimination aux seules relations de commerce international. Pour autant, le corrompu étant nécessairement le représentant d'une entité privée, cela implique nécessairement que la contrepartie qui lui sera demandée se situe dans le domaine économique, financier ou commercial⁴⁴⁶. Le champ d'application reste toutefois plus large que celui de la Convention OCDE puisqu'il concerne les activités commerciales au sens large et non spécifiquement les transactions commerciales internationales. En outre, les agissements du corrompu ne sont pas non plus limités au seul objectif d'obtenir ou de conserver un marché.

L'article précise cependant que les agissements du corrompu doivent être effectués « en violation de ses devoirs ». *Quid* lorsque le corrompu se fait rémunérer pour l'accomplissement d'un acte pour lequel il ne viole pas ses devoirs mais décide, par exemple, de simplement ne pas ralentir la procédure contre rémunération⁴⁴⁷ ? La réponse à cette question semble être laissée à la discrétion des Etats qui décideront de l'étendue du champ d'application qu'ils souhaiteront conférer à l'infraction.

194. L'incrimination de la corruption privée par la Convention de Mérida est déterminante de l'Etat de préoccupation de la communauté internationale à ce sujet. Elle est parfaitement consciente que le noyau de corruption se détache progressivement du secteur public pour contaminer le secteur privé. Le caractère complexe, protéiforme et évolutif du phénomène⁴⁴⁸ a également été reconnu par le G20 lors de sa réunion du 28 avril 2011 au siège de l'OCDE. L'importance du secteur privée a été soulevée ainsi que la nécessité, pour les Etats, de se doter de règles de bonnes conduites, d'intégrité et de transparence à destination de leurs entreprises nationales. Les Etats participants ont d'ailleurs été invités à incriminer la corruption privée⁴⁴⁹.

195. L'importance du pouvoir décisionnel que détient le secteur privé ne fait plus aucun doute aujourd'hui. Plus qu'un simple acteur commercial, il représente désormais un acteur international doté de capacités de régulations normatives. Le risque de corruption que cette

⁴⁴⁵ *Ibid*, §301.

⁴⁴⁶ Le Guide législatif prévoit d'ailleurs, lui-même, la nécessité d'un lien entre l'infraction et l'existence d'activités économiques ; *cf Ibid*, §303.

⁴⁴⁷ Cette question est particulièrement pertinente dans le cadre de l'étude comparative avec le droit vietnamien. Il n'est pas rare, en effet, que les agents publics ralentissent volontairement l'accomplissement d'une procédure dans le cadre de ses fonctions, souhaitant ainsi se faire rémunérer. C'est ce que le Vietnam appelle « les tracasseries administratives » qui entrent dans le champ d'application du délit de corruption interne selon les dispositions de La loi de 2005 (*op.cit.*). De tels actes ne sont, pour le moment, envisagés que dans le cadre d'une corruption d'agents publics internes mais il est parfaitement envisageable que de telles situations puissent exister également dans le cadre de relations entre personnes privées.

⁴⁴⁸ En ce sens, B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion, op. cit.*, p. 14.

⁴⁴⁹ G20-OCDE, « Ensemble contre la corruption : entreprises et pouvoirs publics du G20 », Compte Rendu, Conférence organisée conjointement par la Présidence française du G20 et l'OCDE avec l'appui de l'ONUUDC, OCDE, Paris, 28 avril 2011, pp.1-3. Compte rendu disponible en ligne sur <http://www.oecd.org/dataoecd/13/21/47904100.pdf>.

situation a fait naître au sein des entreprises privées est également avéré. Cette reconnaissance fût d'abord politique et implicite pour devenir légale et expresse dans la Convention des Nations Unies contre la corruption. Malgré ces avancées, les travaux élaborés à échelle régionale et internationale ne sont pas directement applicables. Pour être effectifs, ils doivent être transposés dans les systèmes nationaux.

§2– LA NECESSITE D'UNE REPOSE PENALE ADAPTEE DANS LES SYSTEMES NATIONAUX

196. L'action des organisations régionales et internationales a révélé la nécessité pour les Etats de mettre en place un dispositif répressif adapté en matière de corruption privée.

La reconnaissance du risque de corruption que font peser les entreprises privées n'est pas nouvelle en France. Le législateur a depuis longtemps pris le parti d'incriminer certains actes de corruption dans des relations n'impliquant pas le secteur public. Mais les agissements sanctionnés ont longtemps été limités aux seules « salariés et subordonnés ». Le délit général de corruption privée n'existe en droit français que depuis 2005 sous impulsion européenne et internationale(A).

Contrairement à la France, l'infraction est en revanche totalement absente de l'arsenal répressif vietnamien. Aucune des lois de ratification des instruments internationaux prises par le pays ne contient de mention à ce sujet. La question se pose donc de savoir si le Vietnam n'aurait pas tendance à minimiser la place que détient le secteur privé en matière décisionnelle et le risque de corruption qui s'en émane (B).

A – Un délit intégré en droit pénal français sous impulsion européenne et internationale

197. La notion de « corruption privée » n'est pas une notion récente en France. Le droit pénal français incrimine depuis longtemps déjà certains actes de corruption impliquant le seul secteur privé. Néanmoins, jusqu'en 2005, le délit était limité *rationae personae* aux seuls « salariés et subordonnés » (1).

Les travaux de réflexion élaborés à l'échelle communautaire et internationale ont révélé l'insuffisance de ce délit restreint. Ainsi le législateur a-t-il été amené à élargir le domaine de l'infraction pour incriminer la corruption privée au sens le plus général du terme (2).

1. L'ancien délit de corruption limité aux salariés et subordonnés

198. La première incrimination française d'une forme de corruption passive dans le secteur privé est issue de la loi du 16 février 1919, modifiée par l'ordonnance du 8 février 1945. Ces deux textes ont inséré à l'article 177 de l'ancien code pénal, un deuxième alinéa concernant la corruption « des employés dans les entreprises privées ». L'article incriminait⁴⁵⁰, dès lors, le fait pour un « *commis, préposé, salarié ou rémunéré sous forme quelconque* » de solliciter ou agréer « *des offres ou des promesses* » ainsi que des « *dons, présents, commissions, escomptes ou primes* » en contrepartie de l'accomplissement ou de l'abstention d'un acte dans le cadre

⁴⁵⁰ C. Pén., 1810, art. 177 al. 2: « Sera puni d'un emprisonnement d'une à trois années et d'une amende de 900 F à 20 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement tout commis, employé ou préposé, salarié ou rémunéré sous une forme quelconque, qui, soit directement, soit par une personne interposée, aura à l'insu et sans le consentement de son patron soit sollicité ou agréé des offres ou promesses, soit sollicité ou reçu des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte de son emploi. ».

de leurs activités professionnelles. A l'image du délit de corruption passive impliquant le secteur public, cette infraction revêtait un caractère formel exclusif de toute tentative et consommé par la seule sollicitation ou agrément. Le législateur de 1919 avait par ailleurs ouvert le champ d'application de la répression aux situations dans lesquelles il y avait eu lieu à l'intervention d'un intermédiaire.

199. Pour autant, l'infraction était beaucoup plus restreinte que celle relative à la corruption « publique ». La nature des avantages, tout d'abord, était limitée aux seuls avantages matériels ou de nature pécuniaire en relation avec la carrière du salarié. La contrepartie, ensuite, devait revêtir un lien avec les activités professionnelles. De surcroît, tous les « acteurs privés » n'étaient pas concernés par cette infraction. L'article 177 al.2 limitait *rationae personae* l'incrimination aux seuls « commis, salariés, préposés ou rémunérés sous forme quelconque ». En d'autres termes, les corrompus devaient obligatoirement être soumis à un lien de subordination dans le cadre de leurs activités. Cela se confirmait par l'obligation que les commissions soient perçues « à l'insu et sans le consentement » de leur employeur. Ce délit, essentiellement orienté vers la protection contre l'espionnage industriel et commercial⁴⁵¹, conditionnait donc sa commission au fait que le salarié agissait à l'encontre de la volonté de son employeur. Les cas de corruption passive dans lesquelles le salarié agissait en accord avec son employeur n'étaient pas couverts.

200. L'adoption du nouveau code pénal par la loi du 16 décembre 1992⁴⁵² a abrogé l'article 177. Pour autant, l'infraction n'a pas disparu du *corpus* répressif français. Elle a simplement été déplacée dans le code du travail en son ancien article L152-6. Ce déplacement n'a pas substantiellement modifié le délit mais aux termes « tout commis, employé ou préposé, salarié ou rémunéré sous une forme quelconque », a été préférée celle de « tout directeur ou salarié ». Le champ d'application *rationae personae* semble s'être sensiblement élargi en 1992. Le terme salarié concernait toutes les personnes qui se trouvaient dans un état de subordination à l'égard de l'employeur, sous l'autorité duquel elles étaient placées⁴⁵³. Il pouvait s'agir d'employés de commerce⁴⁵⁴, d'entreprises nationalisées (EDF, SNCF)⁴⁵⁵, d'ouvriers⁴⁵⁶ ou de joueurs de football⁴⁵⁷. Le terme directeur, quant à lui, semblait *a priori* élargir le domaine de l'infraction aux personnes non soumises à un lien de subordination. Ce n'est pourtant pas l'interprétation qui avait été retenue puisque le maintien du terme « à l'insu et sans l'autorisation de son employeur » dans la définition de l'infraction incitait au contraire à penser que cette notion ne concernait que les directeurs salariés⁴⁵⁸. Les dirigeants sociaux étaient donc, en principe, exclus du domaine de cette corruption privée⁴⁵⁹. En ce sens, l'ancien article L152-6 du code du travail s'avérait au final plus restrictif que l'article 177 de l'ancien code pénal car si sous l'empire de ce dernier, la jurisprudence avait retenu la culpabilité d'un gérant de société en commandite simple ou d'un président du conseil d'administration d'une société anonyme⁴⁶⁰ arguant de l'existence d'un mandat, telle possibilité ne semblait dès lors plus ouverte. Le directeur devait manifestement devoir être lié par un lien de subordination contractuel⁴⁶¹. En outre, seuls les salariés et directeurs d'organismes à but lucratifs étaient

⁴⁵¹ E. Chosson, « L'actualisation du dispositif anti-corruption par la loi du 13 novembre 2007 », *op. cit.*, p.1.

⁴⁵² Loi, n°92-1336, « Loi relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur », 16 décembre 1992, *JORF*, n° 0298, 23 décembre 1992, p. 17568.

⁴⁵³ J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°77, p. 180.

⁴⁵⁴ Cass. Crim., 15 novembre 1973, *Bull. Crim.*, 1973, n°421 ; Cass. Crim. 2 avril 1974, *Bull. crim.*, n°139.

⁴⁵⁵ Cass. Crim., 7 avril 1986, *Bull. Crim.*, 1986, n°115, à propos d'une agence de banque à l'époque nationalisée.

⁴⁵⁶ Cass. Crim., 7 octobre 1969, *Bull. Crim.*, 1969, n°243

⁴⁵⁷ Cass. Crim., 4 février 1997, *Bull. Crim.*, 1997, n°45.

⁴⁵⁸ J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°77, p. 180.

⁴⁵⁹ M. Delmas-Marty et G. Guidicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 288.

⁴⁶⁰ En ce sens, W. Jeandier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *op. cit.*, n°7.

⁴⁶¹ M. Delmas-Marty et G. Guidicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 288.

visés, excluant les organismes ou associations à but non lucratifs⁴⁶². La raison d'une telle restriction était due à l'objectif principal de cette incrimination qui était avant tout de lutter contre l'espionnage industriel.

Les éléments constitutifs de l'infraction de l'ancien article L152-6 du code du travail étaient en revanche très similaires à ceux de l'article 177 de l'ancien code pénal.

201. Actes prohibés. A l'image de l'article 177 de l'ancien code pénal, le délit de l'ancien article L152-6 du Code du travail supposait le fait de solliciter ou d'agréer des « *offres ou promesses, des dons, présents, escomptes ou primes* » afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de la fonction. Le délit était donc consommé par la seule sollicitation ou le seul agrément et conservait son caractère purement formel.

202. Nature de l'avantage. La nature de l'avantage, restée inchangée, supposait encore sous l'empire de l'ancien article L152-6 du code du travail des « *offres ou promesses, des dons, escomptes ou primes* ». L'avantage supposait nécessairement un enrichissement matériel du salarié corrompu ou un avantage pécuniaire lié à son avancement professionnel. L'absence de la notion « avantage quelconque » excluait tout avantage immatériel ou extrapatrimonial.

203. Objet et moment du pacte de corruption. Le salarié ou directeur devait, en contrepartie de la rémunération, accomplir ou s'abstenir d'accomplir « *un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction* ». Cette formulation était identique à celle de l'article 432-11 du code pénal. Les agissements du corrompu devaient avoir un lien avec ses activités professionnelles. En outre, l'absence du terme « à tout moment » renvoyait à l'exigence d'une antériorité de l'accord par rapport aux agissements du corrompu, à l'instar du régime applicable aux délits de corruption « publique » avant la loi du 30 juin 2000⁴⁶³. Cette loi n'est d'ailleurs pas venue modifier les dispositions de l'ancien article L152-6 du code du travail de sorte que l'antériorité était encore exigée en la matière quand elle ne l'était déjà plus dans le cadre de la corruption publique.

204. L'absence de consentement de l'employeur. L'article L152-6 du code du travail maintenait l'exigence déjà établie dans l'article 177 de l'ancien code pénal. Le législateur ajoutait une exigence supplémentaire à la consommation de l'infraction. Les agissements du salarié ou directeur corrompu devaient être effectués « *à l'insu et sans l'autorisation de l'employeur* ». L'objectif affiché était donc de se protéger contre le seul espionnage industriel. Tous les actes de corruption commis avec le consentement ou l'autorisation de l'employeur étaient exclus du champ d'application de la répression.

Une double difficulté résidait alors pour la preuve de cette infraction : recueillir la preuve d'une antériorité du pacte corrupteur par rapport aux agissements du corrompu ainsi que le caractère occulte du pacte qui s'était conclu à l'insu de l'employeur.

205. L'ancien article L152-6 alinéa 2 du code du travail incriminait par ailleurs, les activités de corruption active de salariés et directeurs. Etait donc puni des mêmes peines « *le fait, par quiconque, de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative* ». La commission de la corruption active n'était plus limitée aux seuls salariés ou directeurs. Toute personne pouvait se rendre coupable de ces agissements dès lors qu'elle se trouvait dans une relation corruptrice avec une des personnes visées au premier alinéa de

⁴⁶² E. Blessing, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°2233) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice », Rapport, A.N, n°2291, 9 mai 2005, p.26-27.

⁴⁶³ Voir *supra* n°85.

l'article. Il devait s'agir néanmoins d'une personne physique⁴⁶⁴. Les éléments constitutifs, quant à eux, étaient exactement les mêmes que ceux de la corruption passive puisque l'alinéa 2 s'y référait directement.

206. Les peines applicables à ces infractions étaient nettement inférieures à celles prévues pour les mêmes agissements dans le secteur public. Ainsi l'ancien article L152-6 du code du travail ne prévoyait qu'une peine d'emprisonnement de deux ans et 30 000 euros d'amende.

La faiblesse de ces peines s'expliquait par la différence de l'intérêt protégé. Le secteur privé n'était pas encore perçu comme un secteur à risque en matière de corruption. Il n'y avait donc pas lieu de protéger quelconque probité.

Les avancées régionales et internationales vers la reconnaissance d'une forme de corruption privée ont conduit le législateur français à modifier sa perception du secteur privé. Ce dernier étant désormais considéré comme un secteur à risque, y compris en matière de corruption passive, le législateur français a donc consacré un délit général de corruption privée par une loi de 2005 abrogeant les dispositions de l'ancien article L152-6 du code du travail.

2. La consécration d'un délit général de corruption privée par la loi du 4 juillet 2005

207. L'ancien article L152-6 du code du travail n'est plus et le délit de corruption privée trouve désormais son siège aux articles 445-1 et 445-2 du code pénal⁴⁶⁵. Les dispositions du délit de corruption de « salariés et directeurs » se sont, en effet, rapidement révélées beaucoup trop restrictives pour offrir un cadre satisfaisant à l'incrimination de la corruption privée.

208. Ainsi, sous l'impulsion de la Convention pénale du Conseil de l'Europe de 1999⁴⁶⁶, de la décision cadre de l'Union Européenne de 2003⁴⁶⁷ et de la Convention des Nations Unies contre la Corruption de la même année, le législateur français a décidé de consacrer un délit général de corruption privé par l'adoption de la loi du 4 juillet 2005⁴⁶⁸ portant création des articles 445-1 et 445-2 du code pénal. Telle consécration traduit une reconnaissance de l'évolution de l'intérêt protégé. A la simple volonté de protéger les entreprises de l'espionnage industriel, a été substituée celle de garantir l'ordre public économique ainsi que de maintenir, voire de rétablir, la confiance.

La loi du 4 juillet 2005 envisage dans deux articles distincts les infractions de corruption active et passive commises dans le secteur privé.

Concernant la corruption passive, l'article 445-2 du code pénal incrimine le fait, pour toute personne, qui « *sans être dépositaire de l'autorité publique, ni 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 pour un organisme quelconque* » sollicite ou agréé « *des dons, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques* » pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un « *acte de son*

⁴⁶⁴ La responsabilité pénale des personnes morales a été généralisée par l'article 54 de loi du 9 mars 2004 dite Perben II ; Loi, n°2004-204, « Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *op. cit.* Avant cette loi, une telle responsabilité était d'application spéciale et nécessitait qu'elle soit prévue expressément par une disposition spécifique. L'article L152-6 ne contenait pas de disposition spéciale prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales en matière de corruption de salariés.

⁴⁶⁵ Cf M. Segonds, « L'internationalisation du l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°14.

⁴⁶⁶ Convention pénale du Conseil de l'Europe, *op. cit.*

⁴⁶⁷ Décision-cadre, n°2003/568/JAI, « Décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé », *op. cit.*

⁴⁶⁸ Loi, n°2005-750, « Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice », 4 juillet 2005, *JORF*, n°156, 6 juillet 2005, p.11136.

activité ou de sa fonction (...) en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles ».

Pour ce qui est de la corruption active, l'article 445-1 du code pénal incrimine les mêmes agissements à la différence que l'infraction peut être commise par « quiconque ». Le corrupteur peut donc être toute personne physique ou morale⁴⁶⁹ qui proposerait ou cèderait aux sollicitations des personnes identifiées afin d'obtenir une contrepartie identique à celle mentionnée par le délit de corruption passive. Pour les deux infractions, les éléments constitutifs sont donc les mêmes. En revanche, les articles contiennent des mentions particulières quant à la qualité de la personne corrompue. Ces conditions sont aussi applicables au corrupteur qui doit obligatoirement se trouver en relation avec une des personnes mentionnées. Au contraire de ce qui pourrait être logique de considérer, la consécration d'un délit de corruption privée n'a pas conduit à une disparition pure et simple de la condition préalable tenant à la qualité de la personne. Cette condition préalable a simplement été remplacée par une autre.

209. Condition préalable tenant à la qualité du corrompu. L'article 445-2 du code pénal exige de l'auteur qu'il revête une certaine qualité. Elle aboutit en réalité à une double exigence.

Une exigence négative réside dans le fait que l'auteur ne doit pas revêtir la qualité d'agent public. L'article prévoit ainsi que l'auteur ne doit être « *ni dépositaire de l'autorité publique, ni être chargé d'une mission de service public, ni investi d'un mandat électif public* ». A l'origine, la loi de 2005 avait « omis » de mentionner cette dernière catégorie de personnes. Cet oubli surprenant avait d'ailleurs fait l'objet d'une proposition d'amendement auquel avait été opposée la crainte que cela ne conduise, en réalité, à la répression plus sévère des élus locaux qui exerçaient en parallèle une profession dans le secteur privé. Il ne paraissait donc pas opportun d'exclure ces élus du champ d'application de cet article dès lors que les faits avaient été commis dans le cadre de leur activité professionnelle privée⁴⁷⁰. Ce point de vue n'était partagé que par une partie de la doctrine. Beaucoup d'autres y ont perçu une dyssymétrie d'écriture dangereuse conduisant à d'éventuels concours de qualification des faits de corruption par un chevauchement des infractions⁴⁷¹. La loi du 13 novembre 2007⁴⁷² est donc venue corriger cette « *dyssymétrie d'écriture* »⁴⁷³ par l'exclusion du champ d'application des personnes « *investies d'un mandat électif public* »⁴⁷⁴.

Une exigence positive réside dans l'appartenance de l'auteur au secteur privé. L'article 445-2 du code pénal prévoit que la personne corrompue doit exercer « *dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail, pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque* ».

Le choix du domaine opté par le législateur va bien au-delà des exigences de la Convention pénale du Conseil de l'Europe et de la décision-cadre. A la notion « *activité commerciale* »⁴⁷⁵ a été préférée celle « *d'activité professionnelle ou sociale* ». Par ces termes, le législateur

⁴⁶⁹ La responsabilité des personnes morales ayant été généralisée avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 juillet 2005, la présence d'une disposition spéciale en matière de responsabilité pénale des personnes morales n'est désormais plus nécessaire ; C. Pén., art. 121-4 et 121-7.

⁴⁷⁰ E. Blessing, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°2233) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice », *op.cit.*, commentaires de P. Clément et X. Roux, p.30.

⁴⁷¹ M. Segonds, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *op. cit.*, p.1070.

⁴⁷² Loi n° 2007-1598, 13 novembre 2007, *op.cit.*

⁴⁷³ M. Segonds, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *op.cit.*

⁴⁷⁴ Excluant définitivement toute possibilité de concours idéal entre les infractions des articles 445-1 et 445-2 avec celles définies aux articles 432-11 et 433-1 du Code pénal.

⁴⁷⁵ Cf Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, *op. cit.*, art.7 et 8 et Décision-cadre, n°2003/568/JAI, « Décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé », *op. cit.*, art. 2§1.

opère un élargissement considérable par rapport à l'ancien délit de corruption de salariés et subordonnés de sorte que les dispositions concernent désormais les associations, les syndicats et tout autre organisme à but non lucratif autrefois exclus⁴⁷⁶. L'élargissement se retrouve également dans le champ *rationae personae* puisque l'article est susceptible de s'appliquer bien au-delà des seuls directeurs et salariés⁴⁷⁷ pour concerner désormais les dirigeants. L'article ne fait plus aucunement référence à quelconque lien de subordination ni à l'absence de consentement de la part de quelconque employeur.

La définition prévue par ces articles est harmonisée avec celle du délit de corruption publique de sorte que les éléments constitutifs sont désormais très similaires à ceux des articles 432-11 et 433-1 du code pénal.

210. Actes prohibés et nature des avantages. L'article 445-1 du code pénal incrimine le fait de proposer ou de céder aux sollicitations du corrompu⁴⁷⁸, tandis que l'article 445-2 du même code incrimine celui de solliciter ou d'agréer. Ces infractions revêtent sans surprise un caractère purement formel, exclusif de toute tentative. La nature des avantages a également été rédigée dans des termes identiques à ceux adoptés dans les articles 432-11 et 433-1 du code pénal. Il peut s'agir d'offres, de promesses, de dons, de présents ou autres « avantages quelconques ». Par cette harmonisation, le législateur opère un élargissement du domaine des avantages par rapport à l'ancien article L152-6 du code du travail qui supposait un enrichissement matériel de l'auteur. Désormais, la jurisprudence établie en matière de corruption publique est applicable dans le cadre de la corruption privée de sorte que tout avantage, même extrapatrimonial ou purement moral, peut être constitutif d'une contrepartie corruptrice⁴⁷⁹. Peu importe par ailleurs que l'avantage soit procuré au bénéficiaire du corrompu ou à destination d'un tiers bénéficiaire⁴⁸⁰. Ces dispositions sont conformes avec l'article 2§1 de décision-cadre de 2003 qui a expressément invité les Etats à retenir que tout « avantage indu de quelque nature que ce soit » puisse être indifféremment à destination de la personne corrompue ou d'une tierce personne.

211. Objet et moment du pacte corrupteur. L'objet du pacte diffère en revanche sensiblement par rapport à la corruption publique. Les articles 445-1 et 445-2 du code pénal prévoient en effet que l'octroi de l'avantage doit être effectué dans l'objectif que le corrompu 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* ». Notons ici que le législateur de 2005, confirmé par celui de 2007 harmonisant les dispositions en matière de corruption⁴⁸¹, assimile les actes facilités par la fonction aux actes de la fonction⁴⁸². Une condition supplémentaire semble toutefois être applicable par rapport à la corruption publique. Non seulement l'agissement du corrompu doit être un acte ou une abstention en rapport avec ses fonctions mais également, il doit être effectué en violation de ses obligations. En d'autres termes, seront sanctionnées les personnes qui, contre rémunération ou l'obtention d'un avantage quelconque, vont accomplir un acte alors qu'elles avaient l'obligation de s'abstenir ou inversement⁴⁸³. *Quid* alors des situations

⁴⁷⁶ P. Rocamora, *La corruption privée, un risque majeur pour les entreprises*, Mémoire, Master II, Droit, mention Délinquance économique et financière, Université Paul Cézanne- Marseille III, 2007.

⁴⁷⁷ M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (...ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°14.

⁴⁷⁸ Nous constatons que la loi du 4 juillet 2005 reprend la notion de « céder » pour l'incrimination de la corruption active malgré toute la controverse suscitée ; Cf Loi, n°2005-750, « Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice », *op. cit.*, art.3.

⁴⁷⁹ Voir *supra* n°82.

⁴⁸⁰ Cette tierce personne aura dès lors la qualité de receleur ; Cass. Crim, 9 février 2005, *jurisData*, n°2005-027764.

⁴⁸¹ M. Segonds, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *op. cit.*, p.1069.

⁴⁸² Notons que les actes facilités par la fonction sont régulièrement qualifiés par la doctrine de « para-corruption ».

⁴⁸³ C'est par exemple le cas d'un footballeur qui a levé le pied pour faciliter le gain d'un match alors qu'il avait l'obligation contractuelle de ne pas le faire ; in Cass. Crim, 29 juin 2005, *Bull. Crim.*, 2005, n°200 ; *Daloz*, 2005, IR, 2338.

pour lesquelles le corrompu agit sans contrevenir à ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles ?

Quant au moment du pacte corrupteur, le législateur de 2005 avait intégré dans les dispositions des articles le terme « à tout moment » dans un souci de parallélisme avec les délits de corruption publique et afin que l'antériorité du pacte corrupteur ne puisse être exigée. Comme analysé, un tel ajout sans modification de la suite du texte en conséquence n'a pas permis de supprimer entièrement cette exigence⁴⁸⁴. La loi du 17 mai 2011⁴⁸⁵ est donc venue également modifier la rédaction des articles 445-1 et 445-2 du code pénal pour y ajouter les termes « avoir accompli » et « s'être abstenu d'accomplir », de sorte que l'exigence d'antériorité a entièrement disparu du dispositif répressif en matière de corruption.

212. Les peines applicables à la corruption privée sont identiques dans les deux articles et sont moitié moins élevées que celles applicables dans le secteur public. Ainsi les articles 445-1 et 445-2 du code pénal prévoient une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction⁴⁸⁶. Bien que très largement inférieure à la corruption publique, la sanction a tout de même été substantiellement renforcée par rapport aux peines prévues par l'ancien article L152-6 du code du travail. Pour autant, la persistance d'une disparité quantitative des peines selon le secteur de la corruption est révélatrice de la différence d'importance accordée à l'intérêt protégé. La confiance dans la vie des affaires, bien qu'importante puisque pénalement protégée, reste en deçà de la valeur de probité des agents publics.

213. La consécration d'un délit général de corruption privée illustre la préoccupation de la France relative au risque de corruption qui pèse désormais sur ce secteur. A l'opposition de cette perception, le législateur vietnamien n'a pas encore souhaité faire évoluer son système répressif en ce sens. La question se pose donc de savoir si le législateur vietnamien n'aurait pas tendance à minimiser le risque de corruption qui pèse désormais sur le secteur privé.

B – Une incrimination absente du dispositif vietnamien, une minimisation du risque de corruption dans le secteur privé ?

214. « *La législation [vietnamienne] actuelle n'a pas encore admis la corruption et le détournement de biens dans le secteur privé en tant qu'infraction pénale dans aucun des textes législatifs* »⁴⁸⁷.

215. Le législateur vietnamien n'a pas incriminé les actes de corruption effectués dans le secteur privé. Les seules dispositions adoptées en la matière sont intégrées aux articles 279 et 289 du code pénal. L'article 279 relatif à la corruption passive, est limité *rationae personae* aux seules « *personnes dépositaires de l'autorité publique* » pouvant s'entendre, selon les dispositions de l'article 1 §3 de la loi sur la lutte contre la corruption de 2005, comme les fonctionnaires et agents publics, les membres du corps militaire, les dirigeants et gérants d'entreprises publiques ainsi que les chargés d'une mission de service public⁴⁸⁸. L'article 289 du code pénal, relatif à la corruption active est, quant à lui, beaucoup plus évasif. Comme

⁴⁸⁴ En ce sens, M. Segonds, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *op.cit.*, p.1070; M.-E. Cartier et C. Mauro, « La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers », *op.cit.*, p.742 ; W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *op. cit.*, n°11.

⁴⁸⁵ Loi,n°2011-525, « Loi de simplification et d'amélioration du droit », 17 mai 2011, *op.cit.*

⁴⁸⁶ La peine d'amende était autrefois de 150 000 euros. Le montant a été substantiellement augmenté par la loi du 6 décembre 2013 (*op. cit.*).

⁴⁸⁷ D. Thi Phuong, « Anti-corruption in Vietnam », 13th international training course on the criminal justice response to corruption, UNAFEI(United Nations Asia and Far East Institute), 146^{ème} Conférence Internationale, 25 août-1er octobre 2010, p.172-181. Contribution disponible en ligne sur <http://www.unafei.or.jp/english/pages/ListCoursesSeminars.htm>.

⁴⁸⁸ Loi, n°55-2005/QH11, « Loi de la République Socialiste du Vietnam contre la Corruption », *op. cit.*, art.1 al.3.

mentionné, sa définition ne donne aucune indication relative au destinataire du pot-de-vin ce qui pourrait émettre une interrogation quant à son applicabilité dans le secteur privé. Mais telle hypothèse ne semble pas envisageable puisque son analyse a révélé que cette infraction était essentiellement perçue comme le corollaire de la corruption passive donc, *de facto*, également limitée aux seules relations impliquant le secteur public⁴⁸⁹.

216. Pourtant, comme le rappelle Mme Do Thi Phuong⁴⁹⁰, le Vietnam est partie à la Convention des Nations Unies contre la Corruption laquelle recommande aux Etats d'ériger en infraction pénale les faits de corruption active et passive envers des membres du secteur privé⁴⁹¹. Or, la loi du 29 juin 2009⁴⁹² portant ratification de cette Convention, ne fait aucunement mention sur l'incrimination de cette nouvelle forme de corruption. En apparence, le Vietnam ne semble donc pas encore concerné par le risque de corruption inhérent aux activités privées.

L'analyse du droit applicable au secteur privé ne permet pas, cependant, de confirmer entièrement cette hypothèse. Certains agissements, pouvant *de facto* être considérés comme des actes de corruption, sont prohibés et font l'objet de sanctions, même non répressives.

217. La loi sur la Concurrence de 2004⁴⁹³ condamne les actes de concurrence déloyale qu'elle définit comme « *des actes de l'entreprise dans le cadre de ses activités commerciales, qui sont contraires aux normes habituelles de déontologie commerciale et qui portent atteinte ou sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts de l'état, aux droits et intérêts légitimes d'autres entreprises ou des consommateurs.* »⁴⁹⁴. Le législateur semble ici accorder une importance particulière à la confiance dans la vie des affaires qui doit nécessairement passer par le respect d'un principe de loyauté. L'article nous apprend, par la même occasion, l'obligation faite aux entreprises de respecter une certaine déontologie dans la conduite de leurs affaires. L'article 41 al. 4 de cette même loi considère d'ailleurs l'appropriation d'un « *secret d'affaires* »⁴⁹⁵ (comprendre comme secret de fabrication) auprès d'une autre personne privée comme un acte de concurrence déloyale. Ces dispositions ne sont pas sans rappeler l'ancien délit français de salariés et subordonnés dont l'objectif affirmé était de protéger les entreprises contre l'espionnage. Par ces dispositions, le législateur vietnamien a donc indirectement identifié le risque de corruption dans le secteur privé au travers de celui lié à l'espionnage industriel et commercial⁴⁹⁶. Les sanctions applicables aux manquements des dispositions de la loi sont prises par le Conseil de la concurrence⁴⁹⁷. La loi est dépourvue de caractère répressif.

218. L'article 286 du code pénal incrimine en outre les actes de « *Divulgence volontaire de secrets professionnels ; appropriation, trafic ou destruction de documents relatifs aux secrets professionnels* ». Le fait pour « quiconque » de divulguer à une autre personne un « secret professionnel » est dès lors passible d'une peine d'emprisonnement de trois mois à sept ans.

⁴⁸⁹ Voir *supra* n°108.

⁴⁹⁰ D. Thi Phuong, « Anti-corruption in Vietnam », *op. cit.*

⁴⁹¹ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op.cit.*, art. 21.

⁴⁹² Loi n°13/2009/L-CTN, « Law Amending; and Supplementing a Number of Articles of the Penal Code », 29 juin 2009, *op. cit.*

⁴⁹³ Loi n°27/2004/QH 11, « Loi sur la concurrence », Hanoi, 3 décembre 2004.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, art. 3§4.

⁴⁹⁵ *Ibid.* art. 3 al. 10 : L'expression « secret d'affaires » est définie comme « une information réunissant les conditions suivantes : a) Elle ne fait pas partie de la connaissance générale ; b) Elle a une application certaine dans les affaires et peut, une fois qu'elle est utilisée, avantager son détenteur par rapport à ceux qui ne l'ont pas ou ne l'utilisent pas ; c) Elle est protégée par son détenteur par des procédés nécessaires pour la rendre difficilement accessible et pour qu'elle ne soit pas divulguée. ».

⁴⁹⁶ La reconnaissance de ce risque de corruption est bien sûr indirecte et résulte de l'interprétation de la lettre de l'article 41-4 de la loi sur la concurrence (*Ibid*) ainsi rédigé : « S'approprier des informations classées « secrets d'affaires » d'une autre personne lorsque cette dernière effectue les formalités en vertu des dispositions relatives à l'exercice d'activités commerciales ou à l'écoulement de produits, ou par un détournement des mesures de protection mises en œuvre par les administrations ; utiliser ces informations à des fins commerciales ou dans le but d'obtenir des autorisations relatives à l'exercice d'activités commerciales ou à l'écoulement de produits. ».

⁴⁹⁷ Le Chapitre V de la loi sur la concurrence (*Ibid*) prévoit, en effet, l'établissement d'un conseil de la concurrence par le gouvernement qui est habilité à sanctionner les actes de concurrence déloyale.

Ces dispositions comportent un intérêt particulier en ce qu'elles permettent d'englober des actes de corruption dissimulés derrière les activités d'espionnage industriel et commercial. Néanmoins seules les activités corruptrices qui se matérialisent par un manquement caractérisé aux règles de protection contre l'espionnage sont concernées. De plus, l'article 286 du code pénal souffre encore d'un manque total de définition⁴⁹⁸ ce qui limite fortement son applicabilité. Le partage des compétences entre le Conseil de la concurrence issu de la loi de 2004 et le juge pénal n'est pas non plus parfaitement réglé par la législation vietnamienne en vigueur. Le champ d'application de la loi de 2004 semble restreint au seul « secret d'affaires » tandis que l'article 286 du code pénal évoque la notion, visiblement plus large, de « secret professionnel ». Le Conseil de la concurrence semblerait dès lors être compétent pour la sanction des violations relatives au secret d'affaires tandis que le juge répressif serait compétent pour la violation des autres secrets professionnels⁴⁹⁹.

219. Telles dispositions sont peu convaincantes pour offrir un cadre répressif satisfaisant à la corruption privée. Le risque de collusion dans ce secteur semble avoir été identifié mais il n'est traduit que par des manquements aux champs d'application restreints et en partie dépourvus de caractère répressif. Il convient dès lors de se tourner vers les dispositions législatives prises en faveur de la transparence des entreprises privées. Il s'agit d'une étape décisive pour la reconnaissance de l'importance de la confiance dans les affaires.

Le Vietnam s'est doté d'une loi sur le commerce en 2005 afin de réglementer les activités commerciales sur son territoire⁵⁰⁰ mais aucune disposition générale en matière de transparence des activités commerciales n'y a été insérée. Certains textes encadrant des activités spécifiques contiennent néanmoins des dispositions en ce sens. C'est notamment le cas du domaine de la construction soumis à la procédure de passation de marchés publics. Ces activités sont soumises à un cadre législatif conséquent (bien que diffus)⁵⁰¹ s'efforçant de mettre en place des normes contraignantes en matière de transparence.

Ces normes sont limitées aux seuls « partenariats publics-privés » et ne sauraient concerner les relations entre personnes privées. Pour autant, certaines dispositions revêtent un intérêt particulier. Non seulement le secteur public doit faire preuve de la plus grande transparence dans la procédure de passation des marchés publics⁵⁰², mais il ressort aussi que pour être éligible à répondre à un appel d'offre, l'entreprise privée doit remplir certaines conditions. Cette dernière doit être régulièrement créée au Vietnam conformément aux lois en vigueur et respecter une certaine transparence financière en présentant, à l'occasion de sa candidature, des comptes « réguliers et justes »⁵⁰³.

⁴⁹⁸ C. Pén. Vn, art. 286 : « La divulgation volontaire de secrets professionnels, l'appropriation, le trafic ou la destruction de documents relatifs aux secrets professionnels sont punis d'une rééducation sans détention jusqu'à trois ans, ou de trois mois à trois ans d'emprisonnement, à condition que ce fait n'entre pas dans le cadre des articles 80 et 263 du présent code. ». Le secret professionnel n'est donc absolument pas défini sauf en ce qui concerne les références relatives aux exclusions ; il ne doit donc ni s'agir d'un secret d'Etat ni de la violation d'un secret afin de commettre un acte de terrorisme.

⁴⁹⁹ Il semble également que le recours au Conseil doive obligatoirement être effectué par la partie demanderesse ; les dispositions de l'article 53 de la loi sur la concurrence évoquent uniquement le « recours » semblant exclure la possibilité pour le conseil de s'autosaisir à la différence du juge pénal ; Loi, n°27/2004/QH 11, « Loi sur la concurrence », 3 décembre 2004, *op.cit.*

⁵⁰⁰ Loi, n°36/2005/QH11, « Loi sur le Commerce », *Hanoi*, 14 juin 2005.

⁵⁰¹ Parmi les textes nous pouvons citer : Loi, n°61/2005/QH11, « Loi sur les marchés publics », *Hanoi*, 29 novembre 2005 amendée par Loi, n° 38/2009/QH12, « Loi amendant et complétant les dispositions de la loi sur les marchés publics de construction », *Hanoi*, 19 juin 2009 ; Loi ; n°16/2003/QH11, « Loi sur la construction », *Hanoi*, 26 novembre 2003 ; Loi, n°59/2005/QH 11, « Loi sur les investissements », *Hanoi*, 29 novembre 2005. Par ailleurs, la loi sur la lutte contre la corruption de 2005 contenant également des dispositions en matière de transparence dans ce domaine ; Cf Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 14.

⁵⁰² S. Darvidsen, N. Viet Ha, H. Ngoc Giao, T. Vasavakul et M. Alcaide Garrido, « Implementation Assessment of Anti-Corruption law : How far has Vietnam come at the sector level : a case study of the construction sector », Rapport, *Banque Mondiale*, 1er janvier 2010, pp.1-53; N.-Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, N. Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, « APEC Procurement transparency standards in Vietnam. The Need to Move from Law to Practice », *op. cit.*, pp.1-40.

⁵⁰³ N.-Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, N. Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, *Ibid.*, p. 15.

L'exigence de transparence des entreprises privées n'est donc pas totalement absente du cadre législatif vietnamien. Elle reste cependant applicable dans un domaine restreint et n'a pas été généralisée à toutes les activités privées. La loi sur la corruption de 2005⁵⁰⁴ semble également avoir identifié le secteur privé comme un acteur important mais la majeure partie des dispositions préventives concernent le secteur public. Par ailleurs, les exigences de transparence évoquées restent, dans la pratique, très difficile à faire appliquer⁵⁰⁵.

220. Malgré quelques efforts en matière de transparence, difficilement applicables de surcroît, le Vietnam n'a pas encore pris la mesure du risque de corruption qui pèse sur le secteur privé. Les infractions étudiées ne permettent pas non plus de pallier à ce manque. Dans un tel contexte, il apparaît regrettable que le pays ait émit une réserve sur l'article 20 de la Convention des Nations Unies, relatif à l'incrimination de l'infraction d'enrichissement illicite⁵⁰⁶.

221. Cette situation pourrait cependant être amenée à évoluer dans les prochaines années. Un grand projet a été lancé en 2010 afin de doter le pays d'un cadre législatif en matière de transparence dans le secteur privé. L'ITBI (Integrity and Transparency in Business Initiative) a été initié par la Chambre de Commerce et de l'Industrie du Vietnam (CCIV), l'Ambassade de Suède au Vietnam et l'Ambassade du Royaume Uni au Vietnam. Il bénéficie également de nombreux partenaires tels que l'ONG Transparency international et autres ministères ou agences gouvernementales spécialisés. A l'occasion de la cérémonie d'ouverture, la transparence dans le secteur privé a été identifiée comme élément capital « *du développement d'une économie saine et durable* »⁵⁰⁷.

* *
*

222. La notion de corruption est sans conteste une notion complexe, protéiforme et évolutive. L'incrimination des pratiques corruptrices dans les échanges économiques internationaux a conduit à une profonde évolution de la perception des infractions de corruption. D'une « double » infraction linéaire érigée dans le but unique de condamner les manquements au devoir de la probité publique nationale, nous sommes tournés aujourd'hui vers la protection du développement économique⁵⁰⁸, de la confiance dans les marchés, l'égalité de leur accès et la liberté de la concurrence⁵⁰⁹. L'internationalisation des échanges commerciaux est à l'origine de ce « dédoublement » de l'enjeu de la corruption, devenu à la fois public et économique⁵¹⁰. La corruption est devenue parfaitement transfrontière et a démultiplié les valeurs que son incrimination protège. En France, la démultiplication des « formes » de corruption s'est traduite littéralement par une explosion de nouvelles infractions. A chaque nouvelle « catégorie » de corrompus correspond une incrimination propre, systématiquement subdivisée dans sa forme active et passive. Ce foisonnement législatif, qui se traduit par un

⁵⁰⁴ Ainsi que l'un de ses nombreux décrets d'application dit « décret 47 » de 2007 ; cf décret d'application, n°47/2007/ND-CP, « Decree detailing and guiding the implementation of a number of articles of the anti-corruption Law, regarding the role and responsibility of the society in corruption prevention and fighting », 27 mars 2007.

⁵⁰⁵ N.-Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, N. Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, « APEC Procurement transparency standards in Vietnam. The Need to Move from Law to Practice », *op. cit.*, Conclusion, p.30-32.

⁵⁰⁶ Voir *infra* n°350 et s.

⁵⁰⁷ Q. Chi, « Integrity and transparency in Business Initiative for Vietnam », Chambre de commerce et de l'industrie du Vietnam (VCCI), *VCCI News*, 22 mars 2010. Article disponible en ligne sur http://www.vccinews.com/news_detail.asp?news_id=19824.

⁵⁰⁸ M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (...ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°20-23.

⁵⁰⁹ En ce sens, notamment : E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1383, p. 621 et n° 1387, p. 624 ; V. Heuzé, « Corruption », *op. cit.*, n°1.

⁵¹⁰ M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (...ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°23.

éclatement successif des délits de corruption, complexifie le système répressif en la matière. Nous assistons également à « *d'insupportables redondances* »⁵¹¹ par une identité parfaite des éléments constitutifs entre les différentes « catégories » de corruption. Certains y ont pu voir une tendance régressive du droit pénal contemporain qui souhaite normalement se distinguer par un souci de simplification du droit⁵¹². Ironiquement, Monsieur le Professeur Wilfrid Jeandidier a même énoncé qu'en matière de corruption « *le foisonnement des lois corrompt la République* »⁵¹³. La création, dans un futur proche, d'une infraction unique et générale de corruption ne serait-elle pas la solution ? Malgré ces critiques, la France a tout de même fait preuve d'une nette évolution au regard de sa conception initiale relative aux délits de corruption. Nous ne pouvons, malheureusement, pas en dire autant du Vietnam. Sa conception des infractions de corruption reste encore rigoureusement attachée à la protection de la probité publique nationale. Malgré l'adoption de définitions relativement évasives, il ne semble pas encore possible d'étendre l'application des textes à des situations privées et transnationales. Dans le cadre de cette étude, il semble donc important que le pays fasse rapidement évoluer la notion de corruption : non seulement pour sécuriser les marchés vietnamiens et les échanges économiques du pays mais aussi pour permettre une coopération internationale la plus large possible en la matière. Les disparités législatives sont un frein à une coopération efficace et une répression effective des activités de corruption internationales⁵¹⁴.

Néanmoins, une appréhension totale des pratiques corruptrices par le droit pénal ne doit pas se limiter à la seule incrimination, aussi étendue qu'elle soit, des infractions de corruption. D'autres pratiques, notamment en matière commerciale, sont associées à la corruption et, à ce titre, doivent faire l'objet d'une répression. Seule une appréhension globale de toutes les activités pouvant révéler une corruption, en amont ou en aval de cette dernière⁵¹⁵, permettra une incrimination efficace et effective de toute les pratiques corruptrices.

⁵¹¹ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1387, p. 625.

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *op. cit.*, n°2.

⁵¹⁴ En ce sens, notamment, B. Pereira, *Entreprises et risques pénal*, *op. cit.*, p. 14-15 ; voir *infra* n°976 et s.

⁵¹⁵ En ce sens, T. Cassuto, « Pour une approche étendue des systèmes corruptifs », *op. cit.*, p. 6.

CHAPITRE 2: L'INCRIMINATION DES PRATIQUES ASSOCIEES A LA CORRUPTION

223. Les pratiques corruptrices sont « *rarement une fin en soi* » mais le moyen d'obtenir un avantage décisif au détriment d'autres personnes, notamment des concurrents⁵¹⁶. De telles pratiques impliquent donc nécessairement la commission d'autres infractions pour que les auteurs puissent parvenir à leurs fins. C'est le cas de la rémunération du corrompu qui, pour demeurer occulte, doit nécessairement emprunter des circuits illicites. Seule une appréhension ferme et étendue de toutes les activités associées à la corruption permettra une incrimination efficace des pratiques corruptrices.

224. Parmi les activités identifiées, il est possible de citer l'infraction de blanchiment. Située en aval de la corruption, elle apparaît comme son prolongement inéluctable⁵¹⁷. La corruption génère, en effet, des profits illicites qui créent un besoin de blanchiment pour « cacher » les indices gênant du « crime »⁵¹⁸. En d'autres termes, le blanchiment est une infraction intimement liée aux pratiques corruptrices (section 1).

En amont de la corruption, d'autres pratiques peuvent aussi y être associées. En matière commerciale, notamment, le versement de commissions doit nécessairement passer par un certain « détournement » des fonds d'une entreprise ou du moins par un « maquillage » des bilans en dissimulant la destination de ces sommes⁵¹⁹. En France, par exemple, les activités de corruption commises par des sociétés passent souvent par la commission préalable d'un abus de biens sociaux. Au Vietnam, le code pénal incrimine certaines activités préalables à la corruption comme la « mauvaise gestion économique volontaire ». Une incrimination de ces pratiques contribue à une répression plus efficace de toute forme de pratiques corruptrices. Ces infractions permettent par ailleurs d'appréhender le phénomène évoluant dans le secteur privé y compris lorsque les délits de corruption n'y sont pas étendus. En ce sens, elles ne sont plus seulement associées aux pratiques corruptrices mais elles constituent de surcroît un rempart indispensable aux lacunes législatives. C'est pourquoi ces infractions sont considérées comme étant « connexes » de la corruption (section 2).

SECTION 1: LE BLANCHIMENT DE CAPITAUX, UNE INFRACTION INTIMEMENT LIEE AUX PRATIQUES CORRUPTICES

225. « *Les liens entre le crime organisé, la corruption et le blanchiment sont nombreux et avérés. Face à de tels phénomènes, surtout lorsqu'ils se présentent ensemble, l'Etat de droit est en grave danger* »⁵²⁰

226. Cette allocution prononcée à l'occasion de la 4^{ème} Conférence européenne des services européens spécialisés dans la lutte contre la corruption, démontre le lien particulièrement intime qui existe entre blanchiment et corruption. Le blanchiment est perçu comme le

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ J.-F. Thony et J.-P. Laborde, « criminalité organisée et blanchiment », *RIDP*, 1997, p. 411.

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ En ce sens, T. Cassuto, « Pour une approche étendue des systèmes corruptifs », *op. cit.*, p. 6.

⁵²⁰ M.-O. Wiederkher, Directrice-adjointe des affaires juridiques du Conseil de l'Europe, Discours à l'occasion de la 4^{ème} conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption, Limassol, 20-22 octobre 1999 ; in Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centres financiers offshore : obstacles et solutions*, Conseil de l'Europe, 2001, p.9.

prolongement inéluctable de la criminalité organisée et, plus généralement, de toutes les activités illicites génératrices de profits⁵²¹. Il permet, en effet, de dissimuler les ressources d'origine illégale et de leur donner une apparence de totale légalité. Il s'agit donc d'un processus complexe qui va permettre *in fine* au délinquant de jouir de ses activités en toute impunité⁵²². En tant qu'activité *de jure* génératrice de profits, la corruption a nécessairement besoin du blanchiment pour demeurer occulte. En ce sens, le blanchiment représente une étape essentielle au corrompu (§1).

Seule une répression efficace de l'infraction de blanchiment permet dès lors d'anéantir les profits illicites générés par la corruption. En d'autres termes, une lutte efficace contre le blanchiment permet d'annihiler le but même de la corruption : s'enrichir. Force est de constater que même si les avantages extrapatrimoniaux sont admis, notamment en France, le phénomène se traduit la plupart du temps par un enrichissement pécuniaire du corrompu. C'est pourquoi il apparaît indispensable d'étudier également les éléments constitutifs des infractions de blanchiment incriminées dans les législations nationales pour déterminer l'étendue de la répression (§2).

§1- LE BLANCHIMENT DU PRODUIT DE LA CORRUPTION, UNE ETAPE ESSENTIELLE AU CORROMPU

227. Il ne fait nul doute que la corruption est génératrice de profits illicites. L'octroi d'un avantage, le plus souvent matériel, est même un des éléments constitutifs de l'infraction. Une réalisation complète du pacte corrupteur passe donc obligatoirement par une rémunération du corrompu. Ce dernier va alors nécessairement devoir donner une apparence légale à cet « avantage » pour pouvoir en jouir impunément (A). Le phénomène de corruption fait donc naître, en aval, un risque élevé de blanchiment. Telle corrélation entre les deux phénomènes fait d'ailleurs l'objet d'une reconnaissance internationale non contestée (B).

A-La nécessité de donner une apparence légale à un revenu illégal

228. Le blanchiment de capitaux est le processus par lequel une personne fait disparaître l'origine de fonds obtenus de manière illégale en les réinjectant dans l'économie légale afin de pouvoir en jouir en toute sécurité⁵²³. Cette action consiste à masquer les origines des profits provenant de la commission d'infractions de manière à pouvoir les réinjecter dans le circuit économique et à les utiliser pour des activités licites⁵²⁴. La notion même de blanchiment représente, en ce sens, la traduction juridique d'un phénomène économique inquiétant que constitue l'envahissement de l'économie par de l'argent à l'origine douteuse⁵²⁵. Classiquement, en effet, le phénomène de blanchiment va se traduire par l'introduction de sommes, souvent obtenues en espèces⁵²⁶, dans les circuits financiers licites⁵²⁷.

⁵²¹ J.-F. Thony et J.-P. Laborde, « criminalité organisée et blanchiment », *op. cit.*, p. 411 ; C. Cutajar, « Blanchiment. – Eléments constitutifs. – Répression », *JCL Pénal des affaires*, V° blanchiment, Fasc. 20, 15 février 2010, p. 3.

⁵²² J.-F. Thony et J.-P. Laborde, *Ibid.*, p. 414.

⁵²³ C. Cutajar, « Blanchiment. – Eléments constitutifs. – Répression », *op. cit.*, p. 3.

⁵²⁴ P. Nérac, « La répression de l'infraction générale de blanchiment », *AJ Pénal*, 2006, p. 440.

⁵²⁵ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°410, p. 151.

⁵²⁶ J.-L. Herrenschmidt, « Le blanchiment dans les circuits financiers mondiaux », in P. Khan et C. Kessedjian, *L'illicite dans le commerce international*, Université de Bourgogne – CNRS, *Litec*, Vol. 16, 1998, p.305.

⁵²⁷ J. Lasserre Capdeville, « L'évolution des obligations du banquier », *AJ Pénal*, 2006, p. 429.

229. Partant de ce postulat, le processus du blanchiment apparaît indispensable à la justification des ressources illégales. Il s'agit du principal moyen pour la personne ou le groupe impliqué dans les activités illégales de « *contrôler les fonds sans attirer l'attention sur son activité criminelle ou sur les personnes impliquées* »⁵²⁸. En d'autres termes, l'argent illégalement perçu doit revêtir « *l'habit de la respectabilité* »⁵²⁹. Ce phénomène est avant tout associé à la criminalité organisée. Il nécessite effectivement « *l'existence d'un système criminel structuré capable de mettre en place des mécanismes élaborés de nature à permettre le recyclage international de capitaux* »⁵³⁰ et il est un moyen fréquemment utilisé par les réseaux de criminalité organisée « *qui structurent les circuits de plus en plus élaborés afin de dissimuler l'argent sale provenant de diverses infractions* »⁵³¹ commises. En ce sens le blanchiment représente la condition *sine qua non* de la pérennité des organisations criminelles⁵³².

230. Une organisation criminelle, ou groupe criminel, peut se définir juridiquement comme un groupement durable composé de deux personnes ou plus constitué en vue de commettre des activités criminelles et dans le but de se procurer des revenus importants⁵³³. L'objectif principal d'un tel groupement est donc de « *faire de l'argent* »⁵³⁴. Cette définition explique naturellement le lien étroit, quasiment maternel, qui existe entre la criminalité organisée et le blanchiment⁵³⁵. Mais ce phénomène n'est pas intrinsèquement réservé à ce type d'organisation. L'infraction peut être commise par tout individu ou entreprise, de manière isolée ou dans un contexte structuré⁵³⁶, dès lors que des profits illicites sont générés. En tant qu'infraction de conséquence⁵³⁷ nécessitant la caractérisation d'un crime ou d'un délit « *profitable* »⁵³⁸, le blanchiment peut en réalité être commis par tout délinquant. A cet égard, le phénomène est, de manière justifiée, perçu comme un réel danger pour les économies mondiales qu'il fragilise⁵³⁹.

231. Le blanchiment apparaît, dans sa conception, comme relativement aisé à déterminer. Le processus consiste « *simplement* » à changer la nature des profits d'une personne. L'argent d'origine illicite sera ainsi transformé pour acquérir une justification parfaitement légale. Les « *petites coupures* »⁵⁴⁰ obtenues dans le cadre d'activités criminelles seront réinjectées dans

⁵²⁸ GAFI, « Le blanchiment de capitaux, qu'est-ce que c'est ? », *Site Officiel du GAFI*. Article disponible en ligne sur <http://www.fatf-gafi.org/fr/pages/foireauxquestionsfaq/blanchimentdecapitaux/>.

⁵²⁹ S. Ledan, « Le droit pénal et les mouvements de capitaux », Thèse, *Université Toulouse 1 – Capitole*, 2005, n°84, p. 77-78.

⁵³⁰ J.-F. Thony et J.-P. Laborde, « criminalité organisée et blanchiment », *op. cit.*, p. 411.

⁵³¹ C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », *Revue Europe*, 2006, n°5, étude 5, n°2 ; C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *Droit et Patrimoine*, 2006, n°149, p. 75 ; C. Mascala, « Le blanchiment. Les évolutions en matière de blanchiment », *Lamy Droit des Affaires*, 2011, n°63.

⁵³² C. Cutajar, « Le blanchiment », *Droit pénal des affaires, Petites Affiches*, 18 juin 2008, n°122, p.47.

⁵³³ N. Queloz, « Les actions internationales de lutte contre la criminalité organisée : le cas de l'Europe », *RSC*, 1997, p.769-770.

⁵³⁴ J.-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, Dalloz, 2005, p. XII.

⁵³⁵ La lutte contre le blanchiment est d'ailleurs perçue comme l'aspect majeur pour anéantir les organisations criminelles. A ce titre, le juge Giovanni Falcone a déclaré : « *si l'on parvenait un jour à priver les organisations criminelles de leurs possibilités de placement financier, c'est sûr on leur ôterait un de leurs principaux atouts* » ; cfG. Falcone et M. Padovani, *Cosa nostra, le juge et le hommes d'honneur*, Austral, 1991, p. 146 ; A. – F. Zaher, « Le blanchiment de l'argent et la recherche des produits de l'infraction », Thèse, *Université de Nantes*, 2001, p. 11.

⁵³⁶ B. Aubert, L. Desessard, M. Massé, « L'organisation de dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe : Droit international », in B. Deffains et F. Stasiak, G. Guidicelli-Delage, P. Lascoumes et T. Godefroy, M. Massé, *L'organisation des dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe*, Université de Poitiers, LGDJ, coll. De la faculté de droit et des sciences sociales, 2004, Partie II, p.49.

⁵³⁷ Voir, notamment, A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires, op.cit.*, n°417, p. 156 ; P. Conte, *Droit pénal spécial, Lexis Nexis*, 4^{ème} édition, 2013, n°647, p. 430 ; C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires, op. cit.*, n°416, p. 278.

⁵³⁸ H. Robert, « Réflexions sur la nature de l'infraction de blanchiment », *JCP G*, 2008, n°22, I, 146, n°2, p. 19.

⁵³⁹ C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », *op. cit.* ; C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *op. cit.* ; C. Mascala, « Le blanchiment. Les évolutions en matière de blanchiment », *op. cit.*

⁵⁴⁰ Terme utilisé par J.-L. Herrenschmidt, « Le blanchiment dans les circuits financiers mondiaux », in P. Khan et C. Kessedjian, *L'illicite dans le commerce international, op. cit.*, p.305.

l'économie légale, investies, pour représenter des revenus légaux régulièrement déposés sur un compte bancaire. Mais la réalité est tout autre. Ce que l'on dénomme « blanchiment » cache une réalité complexe⁵⁴¹ et difficile à délimiter.

232. D'une part, le concept même de blanchiment nécessite impérativement l'existence préalable « d'argent sale ». Cette expression est utilisée pour désigner les profits acquis illégalement par la commission d'infractions. Rappelons qu'en tant qu'infraction de conséquence, le blanchiment nécessite la commission d'une infraction préalable. La question est donc de savoir quel type de rémunération sera considéré comme illégale et représentera, à ce titre, de l'argent sale ?

En France, l'incrimination est claire, le blanchiment nécessite que l'infraction d'origine soit un crime ou un délit⁵⁴² exclusif des contraventions⁵⁴³. En droit français, la réponse semble juridiquement simple : il y a argent sale dès lors que la commission de n'importe quelle infraction qualifiée de crime ou de délit a procuré des revenus à son auteur.

Mais, dans la réalité, la distinction entre profit licite et profit illicite peut apparaître beaucoup plus difficile à effectuer. En ce qui concerne les organisations criminelles, il ne fait pas de doute que la « rémunération » de leurs activités illégales est souvent effectuée avec des fonds licites⁵⁴⁴. Dans cette hypothèse, l'argent se « noircit » ou se « salit » en raison de sa destination. En revanche *Quid* des profits réalisés par ces mêmes organisations dans le cadre d'activités légales ? Certaines mafias peuvent, en parallèle de leurs activités criminelles, exercer des activités parfaitement légales, notamment dans le domaine immobilier. Dans cette situation, les profits doivent-ils être qualifiés de « blancs » en raison de leur provenance et de leur destination licites ou de « noirs » en raison de la qualité du bénéficiaire effectif⁵⁴⁵ ? Il n'y a pas, pour ces activités, de commission *a priori* de crime ou de délit donc il ne saurait s'agir d'argent sale susceptible d'être blanchi. Mais la question se pose quant à l'origine des fonds ayant servi aux investissements dans les activités licites rémunératrices.

233. D'autre part, la réalité du blanchiment recouvre un phénomène particulièrement complexe et diversifié. L'origine du mot blanchiment est du plus parfait premier degré. Il vient de ce que la mafia de la prohibition américaine investissait ses bénéfices dans des entreprises de blanchisserie⁵⁴⁶. Le terme est resté et désigne aujourd'hui le « processus » par lequel le ou les auteurs vont « légaliser » les fonds illégaux. Plus qu'une simple infraction, le blanchiment est avant tout un processus. Classiquement, il est divisé en trois étapes souvent comparées au « cycle d'une machine à laver, prélavage – lavage – essorage »⁵⁴⁷.

Le lavage, ou placement, se définit par l'opération initiale par laquelle s'effectue la conversion des sommes d'argent liquide dérivant d'une activité criminelle, en d'autres formes de paiement ou leur intégration dans les circuits financiers.

⁵⁴¹ J.-F. Thony et J.-P. Laborde, « criminalité organisée et blanchiment », *op. cit.*, p. 414.

⁵⁴² En ce sens, notamment, M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, 2013, n°146, p. 121 ; F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 142 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°417, p. 156 ; C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, *op. cit.*, n°417, p. 279 ; M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 310-311 ; M. Véron, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°506, p. 359 ; P. Conte, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°647, p. 430 ; M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – conditions et constitution », *JCL Pénal code*, art. 324-1 – 324-9, Fasc. 20, n°2.

⁵⁴³ C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, *Ibid.* ; M. Culioli, *Ibid.*

⁵⁴⁴ C'est le cas de la vente de stupéfiants par exemple : le trafiquant obtiendra, en rémunération de la vente de drogue, de l'argent légalement acquis par la plupart des consommateurs.

⁵⁴⁵ J.-L. Herrenschildt, « Le blanchiment dans les circuits financiers mondiaux », *op. cit.*, p.307.

⁵⁴⁶ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, infractions du code pénal*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2014, n°1032, p. 1113.

⁵⁴⁷ P. Nérac, « La répression de l'infraction générale de blanchiment », *op. cit.*, p. 440.

Le lavage, ou empilage, consiste à multiplier les opérations financières ou comptables les plus complexes pour dissimuler l'origine criminelle des biens et leur donner une apparence légale. L'essorage ou intégration est l'étape de l'investissement des capitaux blanchis dans des activités parfaitement légale⁵⁴⁸. Bien que cette modélisation soit nécessaire pour définir le concept, la réalité est souvent bien différente de cette « *description mécaniste* »⁵⁴⁹.

Certaines activités de blanchiment regroupent en réalité ces trois étapes en une. C'est notamment le cas de l'achat d'or qui permet, en une seule opération, la conversion, la dissimulation et l'investissement. D'autres, en revanche, seront plus complexes par l'intégration d'étapes intermédiaires ou préliminaires. Au cours de ces différentes étapes, les blanchisseurs vont souvent effectuer des opérations aussi variées que complexes pour parvenir à leurs fins⁵⁵⁰. Ils n'hésiteront pas à utiliser tous les montages juridiques et financiers légaux pour donner une apparence de légalité à leurs revenus⁵⁵¹. La définition de blanchiment englobe donc une très grande variété de faits comme le dépôt en banque d'argent liquide, des opérations d'achat/vente en bourse, l'émission de fausses factures ou encore la création de sociétés-écrans pour ne citer que ces quelques exemples⁵⁵². Par ailleurs, l'utilisation des circuits financiers transnationaux est désormais quasi-systématique⁵⁵³.

De surcroît, la multiplication de toutes ces opérations ont pour objectif de « légaliser » l'argent sale. De ce fait, à chaque nouvelle opération, les profits sont de moins en moins illégaux ce qui pose un certain nombre de difficultés. Premièrement, la légalisation des sommes se fait par le biais d'opérations au demeurant légales comme peuvent l'être le dépôt d'une somme sur un compte bancaire ou un transfert international de fonds⁵⁵⁴. Deuxièmement, par ces opérations, l'origine des fonds sera « de plus en plus » légale. Ainsi que l'énonce un auteur, il n'existe pas uniquement d'un côté l'argent noir et d'un autre l'argent blanc mais une grande « *palette de couleurs où toute la gamme des gris est présente* »⁵⁵⁵. Au terme du processus, les biens sont acquis ou les investissements effectués dans la plus grande légalité⁵⁵⁶. Tel processus pose, troisièmement, des difficultés quant à la détection des opérations de blanchiment et à l'établissement de la preuve de leur existence. Lorsque le processus arrive à son terme, la question se pose de savoir si l'on doit encore considérer que les fonds ou les biens comme ayant une origine illicite et auquel cas, comment il est possible parvenir à remonter jusqu'à leur origine illicite.

Le blanchiment fait peser sur les économies légales un réel danger⁵⁵⁷. En cela, il peut sans conteste être considéré comme un fléau contre lequel il convient de lutter de la façon la plus énergique⁵⁵⁸. A l'échelle internationale, le montant que représente le blanchiment est estimé à

⁵⁴⁸ Cf J.-F. Thony et J.-P. Laborde, « criminalité organisée et blanchiment », *op. cit.*, p. 414-415 ; F. Stasiak, *droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 144.

⁵⁴⁹ J.-F. Thony et J.-P. Laborde, *Ibid.*

⁵⁵⁰ F. Stasiak, *droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 144.

⁵⁵¹ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n°423, p.159-160.

⁵⁵² J.-F. Thony et J.-P. Laborde, « criminalité organisée et blanchiment », *op. cit.*, p. 415.

⁵⁵³ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *JCL pénal des affaires*, V° blanchiment, Fasc.10, 24 juillet 2010, p.6.

⁵⁵⁴ J.-F. Thony et J.-P. Laborde, « criminalité organisée et blanchiment », *op. cit.*, p. 415-416.

⁵⁵⁵ J.-L. Herrenschildt, « Le blanchiment dans les circuits financiers mondiaux », *op. cit.*, p. 306.

⁵⁵⁶ C'est, par exemple, l'essence même de la technique du « prêt garanti », technique particulièrement astucieuse utilisée par les blanchisseurs. Cette technique consiste, pour le blanchisseur, à acheter un bien immobilier en demandant un prêt auprès d'une banque. Ce prêt est garanti par une autre banque qui détient les fonds d'origine illicite. De ce fait, le bien acquis par le blanchisseur l'est de manière parfaitement légale, seule la garantie est « illégale ».

⁵⁵⁷ C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », *op. cit.* ; C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *op. cit.* ; C. Mascala, « Le blanchiment. Les évolutions en matière de blanchiment », *op. cit.*

⁵⁵⁸ E. Gastbled, « Etat du dispositif juridique préventif de lutte contre le blanchiment au lendemain de l'adoption de la 3^e directive européenne », *Banque et Droit*, 2006, n°105, p. 3.

environ 5% du PIB mondial⁵⁵⁹. Ce phénomène revêt, par ailleurs, des conséquences néfastes sur la finance internationale en relevant le taux d'intérêt et en générant de l'instabilité économique et monétaire⁵⁶⁰. Au-delà du risque purement financier, le blanchiment peut être également perçu comme un moyen de transfert du pouvoir économique depuis l'Etat vers les organisations criminelles. Un tel transfert aurait pour conséquence de considérer les organisations criminelles comme véritables acteurs économiques internationaux⁵⁶¹. En conséquence le blanchiment est considéré comme une infraction de criminalité transnationale organisée.

234. A échelle internationale, la première incrimination du phénomène a été opérée dans la Convention des Nations Unies du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes⁵⁶². A l'instar de la plupart des législations nationales⁵⁶³, la première préoccupation des Etats était de condamner la réintégration des fonds issus du trafic de stupéfiants, générateur de profits considérables. Ainsi, à l'occasion de l'adoption de la Convention, les parties à la conférence se sont déclarées « *conscientes que le trafic illicite est la source de gains financiers et de fortunes importantes qui permettent aux organisations criminelles transnationales de pénétrer, contaminer et corrompre les structures de l'État, les activités commerciales et financières légitimes et la société à tous les niveaux* » et « *résolues à priver ceux qui se livrent au trafic illicite du fruit de leurs activités criminelles et à supprimer ainsi leur principal mobile* »⁵⁶⁴.

Le domaine du blanchiment s'est par la suite élargi. La première incrimination internationale du blanchiment généralisé à toutes les infractions d'origine s'est opérée par la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, dite Convention de Palerme⁵⁶⁵. Lors de l'adoption de cet instrument, les Etats sont partis du postulat qu'ils n'étaient plus en mesure de lutter seuls contre le phénomène du crime organisé dont l'ampleur n'a cessé de se développer au cours de ces dernières années⁵⁶⁶. Cette préoccupation apparaît d'ailleurs clairement dans le préambule de la Convention⁵⁶⁷. Le texte fut donc adopté principalement dans un objectif de coopération internationale contre la criminalité organisée qui nécessite, avant toute chose, que les Etats se « comprennent »⁵⁶⁸. Dans cette optique, la Convention incrimine un certain nombre de comportements considérés comme relevant de la criminalité transnationale organisée dont le blanchiment fait partie. L'article 6 de la Convention fournit une nouvelle définition autonome de l'infraction, distincte de celle adoptée en 1988. Le concept est généralisé à toutes les infractions principales ayant procuré des revenus à leurs auteurs. En ce sens, la Convention recommande aux Etats parties d'ouvrir l'incrimination à « *l'éventail le plus large d'infractions principales* »⁵⁶⁹. Par ailleurs, cette

⁵⁵⁹ GAFI, « Le GAFI renforce la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme », *Site officiel du GAFI*, Paris, 26 février 2012.

⁵⁶⁰ C. Cutajar, « Le blanchiment », *Droit pénal des affaires, Petites Affiches, op. cit.*, n°122, p.47.

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, dite Convention de Vienne, adoptée par la Conférence des parties à sa 6^{ème} assemblée plénière, le 19 décembre 1988, art. 3 b) ; in E. David et P. Heirman, *Code de droit international pénal*, Bruylant, 2^{ème} édition, 2009, p. 822-849.

⁵⁶³ Ce fut le cas de la France qui a inséré, pour la première fois, l'infraction de blanchiment d'argent dans le code de la santé publique ; C. Santé publ., art. L 627 issu de la loi n°87-1157, « Loi relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modifiant certaines dispositions du code pénal », 31 décembre 1987, *JORF*, 5 janvier 1988, p.159.

⁵⁶⁴ Cf. C. Cutajar, « Blanchiment. – Eléments constitutifs. – Répression », *JCL Pénal des affaires*, Fasc. 20, *op.cit.*, p.4.

⁵⁶⁵ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, *op. cit.*

⁵⁶⁶ J-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé, op. cit.*, n°251, p. 137.

⁵⁶⁷ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (CTO), *op. cit.*, Préambule, §6. Les parties à la convention se sont ainsi déclarées considérablement « *préoccupées par les incidences néfastes, sur les plans économique et social, des activités criminelles organisées, et convaincues qu'il faut d'urgence renforcer la coopération pour prévenir et combattre plus efficacement ces activités aux niveaux national, régional et international* ».

⁵⁶⁸ J-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé, op. cit.*, n°265, p.149.

⁵⁶⁹ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (CTO), *op. cit.*, art. 6§2 a).

convention marque le passage du blanchiment en tant que simple infraction de conséquence en une infraction générale, distincte et autonome.

235. A échelle européenne, des instruments ont également été adoptés afin d'incriminer le blanchiment de la manière la plus large possible. La première convention adoptée en la matière est la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime⁵⁷⁰. Le texte, bien qu'adopté dix ans avant la Convention de Palerme, incrimine déjà l'infraction⁵⁷¹ élargie à « *toute infraction pénale à la suite de laquelle des produits sont générés* »⁵⁷². Ce texte a été suivi et modifié par la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du 16 mai 2005. Cette dernière n'a pas eu un grand impact quant à la définition même du blanchiment. L'objectif principal de ce texte était d'intégrer le financement du terrorisme aux infractions de criminalité organisée⁵⁷³. Une évolution notable est cependant à souligner dans cette nouvelle Convention. Bien que la définition de l'infraction, insérée à l'article 9§1, soit identique à celle adoptée en 1990, le paragraphe 6 de ce même article prévoit néanmoins qu'une condamnation pour blanchiment est désormais possible dès lors qu'est établie la preuve de l'origine illicite des biens sans qu'il ne soit nécessaire de caractériser précisément l'infraction d'origine⁵⁷⁴. Ces dispositions marquent un tournant décisif vers la reconnaissance, au niveau européen, de l'autonomie de l'infraction de blanchiment.

236. Le dernier texte européen adopté en la matière n'est autre que la directive européenne relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme du 26 octobre 2005⁵⁷⁵. Cette directive a été adoptée dans l'objectif de renforcer le dispositif de prévention contre le blanchiment de capitaux illicites mis en œuvre par les deux directives précédentes en 1991 et 2001. Le texte s'inscrit dès lors dans « *le mouvement mondial de renforcement du dispositif préventif afin d'identifier les acteurs et les opérations de blanchiment de capitaux* »⁵⁷⁶. Pour ce faire, la directive contient, elle aussi, une définition autonome de l'infraction. L'article 1§2 incrimine ainsi le blanchiment de tous les produits d'origine illicite, quelle que soit l'infraction qui en soit à l'origine⁵⁷⁷ ce qui représente une véritable consécration de l'autonomie du blanchiment à échelle européenne.

237. Le blanchiment de capitaux est incontestablement une étape nécessaire à la jouissance de capitaux d'origine illicite. Bien que cette infraction ait été, en premier lieu, reconnue à travers le prisme du trafic de stupéfiants, son champ d'application n'est désormais plus limité. En ce sens, l'infraction de blanchiment est désormais applicable aux produits de la corruption. Or

⁵⁷⁰ Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strasbourg, STE, n°141,8 novembre 1990.

⁵⁷¹ *Ibid.*, art. 6.

⁵⁷² Cf C. Cutajar, « Blanchiment. – Éléments constitutifs. – Répression », *op.cit.*, p.6.

⁵⁷³ En effet, la définition de l'infraction de blanchiment reste exactement la même dans la convention de 2005 par rapport à la convention de 1990. Le changement majeur s'opère donc dans l'élargissement notoire du champ d'application de cette convention puisque les dispositions en matière de répression et de confiscation des produits du crime intègre non seulement l'infraction de blanchiment mais également de financement du terrorisme.

⁵⁷⁴ Cf C. Cutajar, « Blanchiment. – Éléments constitutifs. – Répression », *op.cit.*, p.7 ; J. Lasserre Capdeville, « Précisions utiles sur l'autonomie du délit de blanchiment », *AJ Pénal*, 2010, pp. 441-445.

⁵⁷⁵ Directive du Parlement européen et du Conseil, n°2005/60/CE, « Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », 26 octobre 2005, JOCE, n° L 309, 25 novembre 2005, p. 0015-0036. Cette directive se substitue à la directive 91/308/CEE du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 qui ont été abrogées.

⁵⁷⁶ C. Mascala, « Le rôle des professionnels ans la lutte contre le blanchiment », *op. cit.*, p. 76.

⁵⁷⁷ Cf C. Cutajar, « Blanchiment. – Éléments constitutifs. – Répression », *op.cit.*, p.8.

les deux phénomènes nourrissent des liens très étroits. Ces liens ont d'ailleurs fait l'objet d'une reconnaissance internationale explicite.

B- La reconnaissance internationale du risque élevé de blanchiment en matière de corruption

238. Les phénomènes de blanchiment et de corruption nourrissent des liens particulièrement étroits. Bien que le blanchiment soit nécessairement en lien avec toutes les infractions qui en sont à l'origine, force est de constater qu'il est plus fortement relié à la corruption. Ces liens «intimes» s'expliquent par le fait que l'infraction de corruption est par essence génératrice de revenus. L'octroi d'un avantage illégal représente l'un de ses éléments constitutifs. En luttant contre son utilisation, le blanchiment met en réalité un terme à l'un des éléments constitutif de l'infraction de corruption.

En ayant cette même vocation occulte, les deux phénomènes utilisent également les mêmes « circuits » ou techniques de dissimulation. Ainsi, que ce soit pour des activités de blanchiment ou pour dissimuler des activités de corruption, les auteurs auront recours aux mêmes procédés comme les sous – facturations ou sur – facturations de certaines prestations, les fausses factures, les fausses déclarations de prestations, la falsification des comptes d'une entreprise par exemple⁵⁷⁸. Parmi tous les procédés utilisables, deux semblent toutefois plus importants en ce qu'ils représentent les principaux réceptacles des activités de blanchiment et de corruption. Il s'agit des centres financiers dits *offshore*, appelés plus communément les « paradis fiscaux », et des sociétés-écrans ou fictives, créées dans le seul but de donner une apparence légale à des activités occultes.

239. Les centres financiers *offshore* peuvent se définir brièvement comme des pays ou territoires ayant des lacunes dans leur réglementation en matière de transparence. Il s'agit de territoires dans lesquels la législation financière, fiscale, administrative, douanière ou pénale ainsi que le droit des entreprises sont en deçà des normes de transparence telles que définies par la communauté internationale⁵⁷⁹. Ils permettent, en particulier, le dépôt de sommes sur des comptes bancaires, sans limitation de leur montant et sans que soit procédé à une vérification quant à leur origine. Par conséquent, ces places financières sont par essence associées au blanchiment⁵⁸⁰. Le lien entre blanchiment et centres financiers *offshore* a d'ailleurs fait l'objet d'une reconnaissance internationale, notamment par le Groupe d'Action Financière (GAFI)⁵⁸¹. Mais en permettant l'ouverture de comptes anonymes et en assurant un secret bancaire absolu ainsi qu'une discrétion totale⁵⁸², ces territoires favorisent également les pratiques corruptrices. Ces places servent aussi, de manière évidente, à blanchir les produits de la corruption. En ce sens, les paradis fiscaux sont autant utiles aux corrupteurs qu'aux corrompus. La nécessité de lutter contre ces places et de réduire considérablement les « asymétries » entre les systèmes financiers des Etats est donc, non seulement, indispensable

⁵⁷⁸ SCPC, *Rapport 2008, La Doc. Fr.*, 2008, p. 121.

⁵⁷⁹ E.-U. Savona, « Le lien entre la corruption et les centres financiers offshore » ; in Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centres financiers offshore : obstacles et solutions*, 4^{ème} conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption, Linassol, 20-22 octobre 1999, *Conseil de l'Europe*, 2001, p. 13. Voir *infra* n°424 et s.

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ GAFI, « Les recommandations du GAFI », *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, GAFI, février 2012, R. 19, p.19. Les recommandations du GAFI ont fait l'objet d'une profonde révision et actualisation en 2012. Avant cette date, c'était la recommandation n°21 qui traitait de ce sujet ; in GAFI, *Les quarante recommandations du GAFI*, GAFI, octobre 2003, recommandation n°21, p. 10.

⁵⁸² E.-U. Savona, « Le lien entre la corruption et les centres financiers offshore », in Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centres financiers offshore : obstacles et solutions*, *op. cit.*, p.15.

pour lutter contre le blanchiment mais également fondamentale pour combattre les pratiques corruptrices⁵⁸³.

240. Les sociétés-écrans peuvent se définir comme des structures fictives créées par usage abusif des avantages qu'offrent le droit positif et dans l'unique but de dissimuler des activités frauduleuses⁵⁸⁴. Elles sont fictives⁵⁸⁵ en ce qu'elles se caractérisent par une absence totale d'*affectio societatis*⁵⁸⁶. L'allégement des procédures de création de sociétés a facilité leur développement ainsi que la généralisation de leur utilisation dans le cadre de la délinquance économique et financière⁵⁸⁷. La présence d'une société-écran est un indicateur de l'existence de fraudes, de corruption et de blanchiment d'argent⁵⁸⁸. Grâce à un tel outil, l'auteur d'une infraction de corruption pourra, par exemple, aisément verser ou recevoir des commissions en leur donnant l'apparence d'une simple transaction commerciale. Le blanchisseur, quant à lui, pourra justifier l'origine des fonds blanchis par l'établissement de fausses transactions commerciales.

241. L'interdépendance entre les deux infractions provient en outre de la nécessité de blanchiment que suscite la corruption. Les produits issus des pratiques de la corruption sont indubitablement des profits illicites qu'il sera nécessaire de blanchir afin d'en permettre la jouissance. En France, le lien qui unit corruption et blanchiment a été notamment consacré par l'article 70 de la loi du 11 février 2004⁵⁸⁹ qui a étendu le champ d'application de la déclaration de soupçon dans le cadre des obligations préventives de certains professionnels assujettis⁵⁹⁰. Avant cette date, les professionnels devaient déclarer les sommes et opérations qu'ils soupçonnaient de provenir du trafic de stupéfiants et de la criminalité organisée⁵⁹¹. Cette loi a donc étendu le champ des obligations déclaratives à toutes les opérations ou sommes « *qui pourraient provenir du trafic de stupéfiants, de la fraude aux intérêts financiers des communautés européennes, de la corruption, d'activités criminelles organisées ou qui pourraient participer au financement du terrorisme* »⁵⁹². Cette limitation a disparu depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 30 janvier 2009⁵⁹³ qui a transposé, en droit français, la 3^{ème} directive européenne en matière de prévention du blanchiment et du financement du terrorisme⁵⁹⁴. Cette ordonnance a engagé un double élargissement du dispositif préventif des personnes assujetties à l'obligation déclarative et des activités illicites produisant « *l'argent objet de l'opération de blanchiment* »⁵⁹⁵ de sorte que doivent être déclarées toutes les opérations ou sommes qui semblent provenir « *d'une infraction punie d'une peine privative*

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ Pour une analyse détaillée de la notion de société-écran, cf C. Cutajar, *La société écran, essai sur sa notion et son régime juridique*, Thèse, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 292, 1998.

⁵⁸⁵ A. Martin-Serf, « Sociétés. - Constitution de la société : consentement des parties. - Sociétés fictives et frauduleuses », *JCL Commercial*, Fasc. 1002, 30 décembre 2011, p.3-4.

⁵⁸⁶ L'*affectio societatis* peut se définir comme la volonté qu'il existe entre les associés d'une société de se diriger vers un but commun, de se partager les bénéfices de la société mais également d'en supporter les pertes si cette dernière est déficitaire.

⁵⁸⁷ SCPC, *Rapport 2008*, *op. cit.*, p. 140-141.

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ Loi, n°2004-130, « Loi réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques », 11 février 2004, *JORF*, n°36, 12 février 2004, p.2847.

⁵⁹⁰ Voir *infra* n°1158.

⁵⁹¹ C. Monétaire et Financier (CMF), ancien art. L562-2 ; Cf E. Gastbled, « Etat du dispositif juridique préventif de lutte contre le blanchiment au lendemain de l'adoption de la 3^e directive européenne », *op. cit.*, p 4-5.

⁵⁹² En ce sens, C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *op. cit.*, p. 77 ; C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », *op. cit.*, n°10 et J. Lasserre Capdeville, « L'évolution des obligations du banquier », *op. cit.*, p.433.

⁵⁹³ Ord., n° 2009-104, « Ordonnance relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme », 30 janvier 2009, *JORF*, n°0026, 31 janvier 2009, p.1819.

⁵⁹⁴ Directive, n°2005/60/CE, « Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », *op.cit.*

⁵⁹⁵ C. Mascala, « Le blanchiment. Les évolutions en matière de blanchiment », *op. cit.*, p. 2.

de liberté supérieure à un an ou qui pourraient participer au financement du terrorisme »⁵⁹⁶. En 2004, la corruption avait donc déjà été identifiée comme infraction génératrice de profit à haut risque de blanchiment. Cela démontre le lien intime que nourrissent ces deux phénomènes. En matière de corruption, il ne suffit pas de lutter contre l'infraction en elle-même. Il apparaît tout aussi fondamental de combattre également le processus qui permet d'en écouler le profit⁵⁹⁷.

242. En tant que phénomène transcendant toutes les frontières⁵⁹⁸, le blanchiment va se nourrir lui-même de la corruption pour pouvoir se développer. Effectivement, le blanchiment est presque toujours international et la frontière joue un rôle de rempart juridique protégeant les criminels et « leur butin » alors même que la libéralisation des échanges et l'allègement ou l'abolition des contrôles aux frontières facilitent les mouvements de personnes ainsi que les flux de marchandises et de capitaux⁵⁹⁹. Le fameux mécanisme de « *jurisdiction* » ou de « *forum shopping* » très connu du droit international privé, se retrouve appliqué en matière pénale par les blanchisseurs qui vont pouvoir choisir la juridiction de rattachement de leurs activités, en profitant des disparités répressives entre les normes internes⁶⁰⁰. Ainsi, se tournent-ils vers des institutions financières établies dans des territoires où la législation est peu contraignante quant à la vérification des fonds. Les blanchisseurs préféreront également les pays où il sera plus aisé de corrompre pour mener à bien leurs activités et faire en sorte qu'elles demeurent occultes. Dès lors, le blanchiment a une propension à se développer beaucoup plus aisément dans les pays dotés d'une réglementation financière relativement laxiste⁶⁰¹ et/ou corrompus⁶⁰².

243. Cette forte corrélation entre les deux infractions et à différents niveaux permet d'affirmer que non seulement la lutte contre le blanchiment est le pendant indispensable de la lutte contre la corruption mais également qu'elle produit un effet direct sur le phénomène de corruption. L'intégration de dispositifs efficaces visant à l'incrimination et à la prévention du blanchiment de capitaux va anéantir les circuits également utilisés par les pratiques de corruption. C'est ce que relève le Groupe d'Action Financière (GAFI)⁶⁰³ dans le cadre de ses recommandations. Bien qu'elles aient été élaborées dans l'objectif de prévenir et lutter contre le blanchiment, les mesures visant à rétablir l'intégrité du secteur public, à protéger le secteur privé contre les abus ou encore, à accroître la transparence du secteur financier⁶⁰⁴ vont également avoir un impact direct sur la lutte contre la corruption.

⁵⁹⁶ Lexis Nexis, « Prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme », *JCP E*, 2010, n°13, 1314 ; CMF, art. L561-15.

⁵⁹⁷ SCPC, « Blanchiment et corruption », Rapport, SCPC, 2003, p.1-2.

⁵⁹⁸ En ce sens, B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion*, op. cit., p. 14.

⁵⁹⁹ G. Brayer, « Un défi de l'économie criminelle et du terrorisme » ; in Centre français de droit comparé, *La lutte internationale contre le blanchiment et le financement du terrorisme*, colloque du 1^{er} décembre 2006, *Sté de législation comparée*, Vol. 9, 2007, p. 15.

⁶⁰⁰ En ce sens, M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », op. cit., p.699.

⁶⁰¹ E. Rossidou-Papakyriacou, « La coopération internationale dans la lutte contre la corruption du point de vue du centre offshore », in Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centre financiers offshore : obstacles et solutions*, op. cit., p.57.

⁶⁰² SCPC, « Blanchiment et corruption », op. cit., p.1.

⁶⁰³ Le GAFI (ou Financial Action Task Force – FATF – en anglais) est un groupe inter-gouvernemental créé en 1989 à Paris pour « l'élaboration des normes et la promotion de l'efficace application de mesures législatives, réglementaires et opérationnelles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et les autres menaces liées pour l'intégrité du système financier international. Le Groupe d'action financière est donc un organisme d'élaboration des politiques qui s'efforce de susciter la volonté politique nécessaire pour effectuer les réformes législatives et réglementaires dans ces domaines. ». Le GAFI comporte aujourd'hui 36 Etats Membres et a élaboré 40 recommandations pour la répression et la prévention du blanchiment de capitaux, plus 9 recommandations spéciales en matière de financement du terrorisme. Ces recommandations ont fait l'objet de révisions périodiques, ont la dernière en 2012, afin qu'elles restent d'actualité et qu'elles contribuent efficacement à l'harmonisation des législations nationales dans ces domaines ; ces recommandations ont vocation à s'appliquer dans les législations des Etats Membres. La présentation du GAFI ainsi que ses actions sont disponible sur le site officiel de l'organisme <http://www.fatf-gafi.org>.

⁶⁰⁴ Financial Action Task Force (FATF/GAFI), « Corruption. A reference guide and information note on the use of the FAFT Recommendations to support the fight against corruption », Rapport, *FATF/OECD*, 2012, pp.1-9.

Le GAFI n'est d'ailleurs pas le seul organisme international ayant fait état du lien intime que possèdent corruption et blanchiment.

244. Ce lien a notamment et surtout été mis en lumière par la Convention des Nations Unies contre la corruption ainsi que son Guide législatif⁶⁰⁵. Toutes les organisations internationales ayant élaboré des normes visant à lutter contre la corruption font état du blanchiment des produits de la corruption⁶⁰⁶.

Les principales conventions internationales et européennes établies en matière de corruption sont la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption⁶⁰⁷, la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales⁶⁰⁸ et la Convention des Nations Unies contre la corruption, dite Convention de Mérida⁶⁰⁹. Toutes contiennent des dispositions contraignantes en vue de l'incrimination, dans les législations nationales, du blanchiment des produits de la corruption.

Seule la Convention des Nations Unies, dite Convention de Mérida, donne cependant une définition véritablement autonome de la notion de blanchiment⁶¹⁰. Les Conventions de l'OCDE et du Conseil ne définissent pas la notion. Le texte émanant de l'OCDE se contente de mentionner l'importance pour les Etats parties d'incriminer le blanchiment des produits de la corruption⁶¹¹ tandis que la Convention du Conseil de l'Europe fait référence à la définition inscrite à l'article 6⁶¹² de la Convention du Conseil de l'Europe relative au Blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime⁶¹³.

245. Concernant l'étendue du champ des dispositions impératives, là aussi les trois conventions diffèrent. Les conventions de l'OCDE et du Conseil de l'Europe prévoient l'obligation, pour les Etats parties, d'incriminer les activités de blanchiment du produit des infractions qu'elles incriminent⁶¹⁴. En d'autres termes, seules les infractions visées par la Convention doivent impérativement constituer une infraction principale susceptible de blanchiment. Tel est le cas, par exemple, de la corruption active d'agents publics étrangers pour la Convention de l'OCDE. La Convention de Mérida, quant à elle, contient des dispositions beaucoup plus contraignantes puisque, dans le prolongement de celle de Palerme, elle exige que la liste des infractions principales susceptibles de blanchiment soit ouverte « à l'éventail le plus large » des infractions⁶¹⁵ et, au minimum, les actes incriminés par la Convention elle-même⁶¹⁶.

Enfin, la Convention de l'OCDE et celle des Nations Unies contiennent des dispositions relatives à la compétence *rationae loci* respectivement en leurs articles 7 et 23§2 c). Il est

⁶⁰⁵ ONUDC « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §224, p.93.

⁶⁰⁶ OCDE, *Corruption. Glossaire des normes pénales internationales*, *op. cit.*, p.89.

⁶⁰⁷ Convention pénale du Conseil de l'Europe, *op. cit.*

⁶⁰⁸ OCDE, Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, *op. cit.*

⁶⁰⁹ Convention des Nations Unies contre la Corruption, *op. cit.*

⁶¹⁰ *Ibid.*, art. 23.

⁶¹¹ OCDE, « Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », *op. cit.*, art. 7 : « 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 [...] ».

⁶¹² Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, *op. cit.*, art. 13 : « Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés dans la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141), à l'article 6, paragraphes 1 et 2, dans les conditions y prévues, lorsque l'infraction principale est constituée par l'une des infractions établies en vertu des articles 2 à 12 de la présente Convention [...] ».

⁶¹³ Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, *op. cit.*

⁶¹⁴ Convention OCDE, *op. cit.* ; Convention pénale du conseil de l'Europe sur la corruption, art.13, *op. cit.*

⁶¹⁵ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 23§2.

⁶¹⁶ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §227, p.94.

ainsi prévu l'obligation, pour les Etats, d'incriminer le blanchiment des produits de la corruption quel que soit le lieu de commission de l'infraction principale et y compris si cette dernière a été commise à l'étranger⁶¹⁷. Ces dispositions sont essentielles pour la reconnaissance générale de l'autonomie du blanchiment. Par ce mécanisme, les auteurs de corruption qui ne sauraient être responsables devant les tribunaux nationaux en raison de leur compétence *rationae loci* pourront tout de même être condamnés au travers des activités de blanchiment commises sur le territoire national.

246. Cet aspect de l'autonomie du blanchiment est d'ailleurs déjà reconnu en France puisque la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 24 février 2010⁶¹⁸, confirme la condamnation d'un homme d'affaires nigérian pour le blanchiment du produit d'activités de corruption pourtant exercées dans le cadre de ses fonctions politiques au Nigéria. Dans sa décision, la Haute Cour a consacré une très grande autonomie du délit. Premièrement, elle a affirmé la responsabilité pénale de l'homme d'affaires pour blanchiment alors même que l'infraction principale n'avait pas été commise en France. La Cour n'a d'ailleurs pas recherché sa responsabilité pénale pour les faits de corruption ce qui confirme que le blanchiment peut être caractérisé à partir du moment où les revenus illégaux ont été investis en France⁶¹⁹. Deuxièmement, il importe peu selon elle que l'infraction principale ne constitue pas une infraction dans le pays d'origine de l'auteur. La Cour ne cherche pas à qualifier les faits de corruption au regard du droit nigérian⁶²⁰. Les faits ne représentaient pas non plus *ipso facto* une infraction pénale en France puisque la corruption transnationale n'avait pas encore été incriminée. Il suffit que les faits principaux soient constitutifs d'une infraction selon le droit français pour que le blanchiment soit caractérisé sans qu'il ne soit nécessaire de rechercher la responsabilité pénale de l'auteur pour l'infraction d'origine. En ce sens la Cour affirme que le blanchiment est une « infraction générale, distincte et autonome »⁶²¹.

247. Les liens entre blanchiment et corruption sont indubitablement très étroits. Force est de constater qu'une répression effective des activités de blanchiment est indispensable à la répression de toutes les infractions de corruption. Néanmoins, pour que la répression du blanchiment puisse véritablement être utile à la lutte contre les pratiques corruptrices, il apparaît indispensable de lui accorder une certaine autonomie. En d'autres termes, le blanchiment ne doit pas uniquement être perçu comme une simple infraction de conséquence. Elle doit être érigée, dans les législations nationales, au titre d'infraction « générale, distincte et autonome ». Il convient dès lors d'analyser les éléments constitutifs des infractions de blanchiment telles qu'incriminées dans les législations nationales.

§2- LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION DANS CHACUN DES SYSTEMES NATIONAUX

248. L'incrimination des activités de blanchiment s'est construite en plusieurs étapes en France et au Vietnam. Les deux législations ont fait preuve de nettes évolutions tendant à la répression effective de ce que certains auteurs ont appelé « *la gestion économique et*

⁶¹⁷ OCDE, *Corruption. Glossaire des normes pénales internationales*, op.cit.

⁶¹⁸ Cass. Crim., 24 février 2010, pourvoi n° 09-82.857, *Bull. Crim.*, 2010, n° 37 ; *JCP G*, 2010, n°23, 629, note C. Cutajar ; *RTD Com*, 2011, p. 814, obs. B. Bouloc ; *Droit pénal*, 2010, n°4, comm. 42, obs. M. Véron.

⁶¹⁹ La position de la Cour de Cassation n'est pas sans rappeler les actions aujourd'hui engagées par l'association Sherpa en collaboration avec l'ONG Transparency International, dans le cadre de l'affaire connue sous le nom de « *biens mal acquis* » ; voir *infra* n°1181.

⁶²⁰ B. Bouloc, « Blanchiment. Fonds provenant de commissions à l'étranger - Acquisition d'immeubles en France », *RTD com*, 2011, p.814.

⁶²¹ C. Cutajar, « Autonomie du blanchiment dans un contexte international », note sous arrêt, *JCP G.*, n°23, 7 juin 2010, p. 629.

financière du produit de la délinquance »⁶²². En France, l’incrimination s’est opérée en deux temps. Sous l’empire de la loi de 1987, le droit français ne réprimait que le blanchiment du trafic de stupéfiants⁶²³. Cette première disposition, intégrée à l’article L627 al. 3 du code de la santé publique, marquait la prise de conscience du législateur de la nécessité de sanctionner ces comportements illicites, mais elle demeurait d’application limitée⁶²⁴. Le domaine d’application de l’infraction s’est considérablement élargi en 1996 par l’introduction, dans le code pénal, d’une disposition générale incriminant le blanchiment du produit de tout crime ou délit. Cette première évolution législative a été suivie de nombreuses évolutions jurisprudentielles quant à l’interprétation de ces dispositions visant à consacrer une véritable autonomie du délit (A).

En droit vietnamien, le délit de blanchiment a été créé lors de l’adoption du code pénal en 1999. Il est intégré depuis cette date en son article 251. Dès le départ, l’infraction a été ouverte à toutes les infractions principales de sorte que son domaine d’application n’a jamais été limité. Pour autant, la définition de l’infraction a longtemps été insuffisante de sorte que son applicabilité a souvent été remise en question. Le législateur a donc décidé de modifier l’article 251 du code pénal par une loi de 2009 afin de se mettre en totale conformité avec les dispositions internationales ratifiées (B).

A- L’évolution du délit français de blanchiment

249. La première incrimination française du délit de blanchiment est issue de la loi du 31 décembre 1987⁶²⁵ qui, intégrée dans le code de la santé publique⁶²⁶, réprimait le blanchiment de l’argent obtenu au moyen du trafic de stupéfiants. Originellement, l’infraction est issue de la volonté de l’Etat de lutter contre la « *manne financière* »⁶²⁷ provenant du trafic de stupéfiants⁶²⁸. Ce n’est donc que par une loi du 13 mai 1996⁶²⁹ que le législateur a entendu étendre l’infraction aux produits de tout crime et délit. Le délit général de blanchiment a été introduit à l’article 324-1 du code pénal. Pour autant, l’incrimination spéciale de blanchiment de trafic de stupéfiants n’a pas entièrement disparue, elle figure aujourd’hui à l’article 222-38 du code pénal. A l’image de son infraction « sœur »⁶³⁰, le recel, le blanchiment est une infraction de conséquence qui nécessite l’existence d’une infraction préalable (1). Mais, peu à peu, la jurisprudence s’est construite et la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation est venue ponctuer, encadrer le travail des juridictions répressives⁶³¹ dans l’objectif de consacrer une véritable autonomie au délit (2).

⁶²² Notamment, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, infractions du code pénal, op. cit.*, n°1032, p. 1114.

⁶²³ Cf M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 309.

⁶²⁴ C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *op. cit.*, p. 75.

⁶²⁵ Loi, n°87-1157, « Loi relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modifiant certaines dispositions du Code pénal », *op. cit.*

⁶²⁶ C. Sté. Pb., anc. art. L627 al.3 : « seront punis d’un emprisonnement de deux à dix ans et d’une amende de 5000 F à 500 000 F ou de l’une de ces deux peines seulement ceux qui, par tout moyen frauduleux, auront facilité ou tenté de faciliter la justification mensongère de l’origine des ressources ou des biens de l’auteur de l’une des infractions mentionnées au premier alinéa du présent article ou ceux qui auront sciemment apporté leur concours à toute opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit d’une telle infraction. ».

⁶²⁷ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n°411, p. 151.

⁶²⁸ C. Cutajar, « Blanchiment. – Éléments constitutifs. – Répression », *op. cit.*, p.9.

⁶²⁹ Loi, n° 96-392, « Loi relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime », 13 mai 1996, *JORF*, n°112, 14 mai 1996, p.7208.

⁶³⁰ Terme utilisé par C. Cutajar, « Blanchiment. – Éléments constitutifs. – Répression », *op. cit.*, p. 10.

⁶³¹ H. Robert, « Réflexions sur la nature de l’infraction de blanchiment d’argent », *op. cit.*, p. 19.

1. Le blanchiment, une infraction de conséquence « sœur » du recel

250. L'article 324-1 du code pénal est rédigé dans les termes suivants : « *Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit.* »⁶³². Le délit est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et de 375 000 euros d'amende. Le blanchiment étant une infraction de conséquence il suppose, comme le recel, la « préexistence » d'une infraction préalable⁶³³.

251. Condition préalable. Elle tient en l'existence d'une infraction principale à l'origine du blanchiment. Cette dernière doit revêtir deux conditions. La première apparaît expressément dans la lettre de la loi : l'infraction à l'origine du blanchiment doit nécessairement être un crime ou un délit⁶³⁴. L'article exclut donc les contraventions de son dispositif⁶³⁵. La deuxième condition tient en ce que l'infraction principale doit être « profitable » à son auteur⁶³⁶. En d'autres termes, elle doit lui conférer un profit illicite nécessitant d'être « légalisé » pour en apprécier la jouissance.

Caractérisation de l'infraction principale. Le délit de blanchiment est classiquement conçu comme une infraction voisine du recel. La même solution doit donc logiquement recevoir application⁶³⁷ en ce que le juge pénal doit caractériser l'existence d'une infraction principale. C'est d'ailleurs la position retenue par le gouvernement lors de la création du délit. Dans sa circulaire du 10 juin 1996⁶³⁸, La Garde des Sceaux précisait clairement : « *il appartient au parquet de prouver l'existence du crime ou du délit principal* »⁶³⁹. En d'autres termes, la partie poursuivante doit caractériser l'infraction d'origine⁶⁴⁰ ; ce qui se justifie naturellement puisque « *on ne peut blanchir que le noir, on ne peut blanchir ce qui est blanc* »⁶⁴¹. Pour autant, force est de constater que la jurisprudence a opté au départ pour une solution très sévère quant au degré de caractérisation. S'inspirant d'un arrêt rendu le 14 décembre 2000 en matière de recel⁶⁴², la Haute Cour a au départ exigé que l'infraction d'origine du blanchiment soit précisément qualifiée par les juridictions du fond. Dans un arrêt de principe rendu le 25 juin 2003⁶⁴³, la Cour précise ainsi que le délit de blanchiment « *nécessite que soient relevés précisément les éléments constitutifs d'un crime ou d'un délit principal ayant procuré à son auteur un profit direct ou indirect* ». Cette position a été réaffirmée dans une décision du 7

⁶³² Le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, dans sa version du 25 juin 2013, comportait des dispositions visant à la création d'un troisième alinéa à l'article 321-4 du code pénal pour la répression de la dissimulation ou du déguisement de l'origine « *de biens ou de revenus dont la preuve n'a pas été apportée qu'ils ne sont pas illicites* ». Cette troisième « forme » de blanchiment n'a pas été retenue au cours des débats parlementaires et ne figure pas dans le texte définitif adopté le 6 décembre 2013 (Loi, n°2013-117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *op. cit.*).

⁶³³ M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – conditions et constitution », *op. cit.*, n°2.

⁶³⁴ En ce sens, notamment, M. Véron, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, 2013, n°146, p. 121 ; F. Stasiak, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 142 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n°417, p. 156 ; C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires, op. cit.*, n°417, p. 279 ; M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 310-311 ; M. Véron, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°506, p. 359 ; P. Conte, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°647, p. 430 ; M. Culioli, *Ibid.*

⁶³⁵ C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires, Ibid.* ; M. Culioli, *Ibid.*

⁶³⁶ H. Robert, « Réflexions sur la nature de l'infraction de blanchiment », *op. cit.*, n°2, p. 19.

⁶³⁷ H. Matsopoulou, « La répression du blanchiment d'argent », *Rev. Droit bancaire et financier*, 2002, n°6, 100062.

⁶³⁸ Circ. CRIM, n°96-11, « portant commentaire de la loi n° 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime », 10 juin 1996, *Bulletin officiel du Ministère de la justice*, n°96/62, p. 53.

⁶³⁹ H. Robert, « Réflexions sur la nature de l'infraction de blanchiment d'argent », *op. cit.*, p. 19.

⁶⁴⁰ M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – conditions et constitution », *op. cit.*, n°10.

⁶⁴¹ H. Matsopoulou, « Précisions jurisprudentielles sur le délit de blanchiment de fraude fiscale », *RSC*, 2008, p. 607.

⁶⁴² Dans cette décision, la cour avait fait dépendre une condamnation d'une pure règle de forme relative à la qualification et à la poursuite de l'infraction principale de fraude fiscale ; *Cf. Ibid.*

⁶⁴³ Cass. Crim, 25 juin 2003, *Droit pénal*, 2003, comm. 142, obs. M. Véron ; *RSC*, 2004, p. 350, obs. R. Ottenhof.

avril 2004⁶⁴⁴ dans laquelle la Cour de Cassation approuve la Cour d'Appel d'avoir jugé que le blanchiment « doit entraîner de la part de la juridiction de jugement la constatation de l'origine criminelle des fonds ». La jurisprudence exigeait donc de la partie poursuivante qu'elle établisse précisément l'existence d'un crime ou délit à l'origine d'un blanchiment⁶⁴⁵. Bien que cette solution ait pu apparaître, aux yeux de certains, comme conforme aux dispositions légales⁶⁴⁶, elle restait particulièrement sévère à l'égard du parquet qui supportait la charge d'une difficile opération de qualification. En revanche, cette position n'a jamais entraîné l'obligation, pour le Ministère public, d'engager des poursuites à l'égard de l'auteur de l'infraction principale⁶⁴⁷. Peu importait également que ce dernier ait été acquitté ou relaxé par une décision devenue définitive⁶⁴⁸. Seule était nécessaire la caractérisation de l'infraction d'origine sans considération des poursuites engagées à l'égard de son auteur. Pour autant, la commission d'une infraction principale n'est que le préalable aux agissements qui consomment le délit de blanchiment, quelle que soit sa forme⁶⁴⁹.

252. Les éléments matériels du blanchiment. L'article 324-1 du code pénal incrimine deux formes distinctes de blanchiment.

253. La justification mensongère. La première forme de blanchiment consiste, selon l'article 324-1 alinéa 1 du code pénal, à « 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 ». Il s'agit, pour le blanchisseur, de « rendre service » à l'auteur d'un crime ou d'un délit préalable en permettant à ce dernier de justifier mensongèrement l'origine de ses biens ou revenus⁶⁵⁰. Ici, ce n'est pas la justification en elle-même qui est incriminée mais le fait de la faciliter. Sera considéré comme blanchisseur, celui qui se contente d'aider à justifier les revenus de l'auteur de l'infraction principale sans considération du résultat obtenu.

La lettre de l'article précise que l'aide à la justification peut se faire par « tout moyen ». Le législateur n'a donc pas dressé de liste exhaustive des actes constitutifs de la justification et il revient à la jurisprudence de la caractériser. En ce sens, elle a opté pour une conception particulièrement large et la « justification » peut être concrétisée par un très grand nombre d'actes. A titre d'exemple, la Cour de Cassation a retenu comme justification constitutive de blanchiment, le fait d'établir des faux certificats, des fausses attestations, des factures fictives⁶⁵¹ mais aussi le fait de rédiger de faux contrats de travail, une fausse reconnaissance de dette, de souscrire un emprunt⁶⁵², d'utiliser de faux comptes bancaires ou de créer de faux bons de livraisons⁶⁵³. *A priori* le fait de faciliter la justification mensongère semble pouvoir n'être qu'un acte positif⁶⁵⁴. C'est notamment la position d'une partie de la doctrine qui

⁶⁴⁴ Cass. Crim., 7 avril 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°92.

⁶⁴⁵ M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – conditions et constitution », *op. cit.*, n°10.

⁶⁴⁶ En ce sens, R. Ottenhof, « Le blanchiment, infraction de conséquence, nécessite la preuve de l'infraction d'origine ; toutefois il n'est pas nécessaire que l'auteur du blanchiment soit distinct de l'auteur de l'infraction d'origine », *RSC*, 2004, p. 351.

⁶⁴⁷ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, 2013, n°146, p. 121 ; P. Nérac, « La répression de l'infraction générale de blanchiment », *op. cit.*, p. 441.

⁶⁴⁸ J. Lasserre Capdeville, « Le délit de blanchiment de fraude fiscale peut être caractérisé même si les conditions procédurales nécessaires à la poursuite pour fraude fiscale n'ont pas été respectées », *JCP G*, 2008, n°22, II, 10103, p. 39.

⁶⁴⁹ C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Daloz*, panorama, 2013, p. 1655.

⁶⁵⁰ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°421, p.158 ; F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 142-143.

⁶⁵¹ Cass. Crim., 7 octobre 2009, *Daloz*, 2010, p. 1663, obs. C. Mascala ; *RSC*, 2010, p. 631, obs. H. Matsopoulou ; *RTD com*, 2010, p. 442, obs. B. Bouloc ; *Droit pénal*, 2010, comm. n°22, obs. M. véron ; Cass. Crim., 2 décembre 2009, *Daloz*, 2010, p. 1670, obs. C. Mascala ; Pour les fausses factures spécifiquement : Cass. Crim., 26 janvier 2011, *Daloz*, 2011, p.1859, obs. C. Mascala.

⁶⁵² Cass. Crim., 20 février 2008, *Bull. Crim.*, 2008, n°43 ; *Daloz*, 2008, p. 1573, obs. C. Mascala ; *Droit pénal*, 2008, obs. M. véron ; *JCP G*, 2008, II, 10103, note J. Lasserre-Capdeville ; *Daloz*, 2008, note. C. Cutajar ; *Gazette du Palais*, 2009, n° 64, obs. Y. Monnet.

⁶⁵³ Cass. Crim., 30 novembre 2005, pourvoi n°04-86.240, *Daloz*, jurisprudence, 2005.

⁶⁵⁴ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 143.

considère que l'acte de facilitation doit être obligatoirement positif, exclusif de toute abstention⁶⁵⁵. Un autre courant considère, au contraire, que le terme « tout moyen » est suffisamment large pour y englober une omission⁶⁵⁶. En ce sens, la jurisprudence en matière de complicité apparaît parfaitement transposable à la répression du blanchiment et la commission du délit peut être caractérisée par « *la promesse du prévenu de ne pas s'opposer* »⁶⁵⁷. La justification peut donc également résulter d'une attitude passive qui peut « *dans des circonstances particulières et de la part de certaines personnes, revêtir le caractère d'une coopération coupable, en raison de l'influence que ce comportement a pu exercer dans l'esprit des protagonistes* »⁶⁵⁸.

L'article fait référence, par ailleurs, à la justification des « biens » et « revenus » de l'auteur de l'infraction principale. La notion de « biens » doit être entendue le plus largement possible dans un souci de conformité avec les instruments internationaux et européens auxquels la France est partie. Au sens de la Convention de Strasbourg de 1990, ce terme comprend les biens de toute nature, qu'ils soient corporels ou incorporels, meubles ou immeubles ainsi que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur un bien⁶⁵⁹. La 3^{ème} directive européenne anti-blanchiment de 2005⁶⁶⁰, transposée en France par l'ordonnance du 30 janvier 2009⁶⁶¹, définit quant à elle le terme comme « *tous les types d'avoirs, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, ainsi que les documents ou instruments juridiques, sous quelque forme que ce soit, y compris électronique ou numérique, attestant la propriété de ces avoirs ou de droits y afférents* »⁶⁶². Le terme « revenus » fait référence aux bénéfiques « nets » issus de l'infraction principale. Le fait que le législateur ait ajouté cette notion aux « biens » est criminologiquement fondé car on sait que la criminalité organisée tire davantage profit de ses placements que des bénéfiques directement issus de ses trafics. Le revenu correspond ainsi, dans une large mesure, à la prise en considération du profit indirect qu'a pu procurer l'infraction principale⁶⁶³.

Cette incrimination du premier alinéa comporte un intérêt particulier en ce qu'il n'est pas nécessaire de démontrer un lien entre les biens et les revenus sur lesquels portent la facilitation de la justification mensongère et l'infraction qui procure un profit⁶⁶⁴. Il suffit d'établir, d'une part, l'existence d'une justification mensongère et, d'autre part, que le bénéficiaire est l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il a tiré profit⁶⁶⁵. Il n'est donc pas nécessaire que la justification porte sur le produit immédiat de l'infraction d'origine⁶⁶⁶ mais uniquement qu'elle porte sur les biens et revenus de l'auteur d'une infraction profitable. Le législateur semble avoir posé ici une présomption de fond⁶⁶⁷ insusceptible de preuve

⁶⁵⁵ J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, op.cit., n°67, p. 161 ; H. Matsopoulou, « La répression du blanchiment d'argent », op. cit.

⁶⁵⁶ V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Hypercours, 6^{ème} édition, 2013, n°856, p. 455.

⁶⁵⁷ M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – Conditions et constitution », op. cit., n°39.

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépiage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, dite Convention de Strasbourg, 8 novembre 1990, op. cit., art. 1 b), Terminologie.

⁶⁶⁰ Directive, n°2005/60/CE, « Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », op. cit.

⁶⁶¹ Ord., n°2009-104, « Ordonnance relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme », 30 janvier 2009, op. cit.

⁶⁶² Directive, n°2005/60/CE, « Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », op. cit., art. 3§3.

⁶⁶³ M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – Conditions et constitution », op. cit., n°45.

⁶⁶⁴ H. Robert, « Réflexions sur la nature de l'infraction de blanchiment d'argent », op. cit., n°10, p. 21.

⁶⁶⁵ P. Nérac, « La répression de l'infraction générale de blanchiment », op. cit., p. 441.

⁶⁶⁶ M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 311.

⁶⁶⁷ H. Robert, « Réflexions sur la nature de l'infraction de blanchiment d'argent », op. cit., n°10, p. 21 ; M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – Conditions et constitution », op. cit., n°49.

contraire⁶⁶⁸. En ce sens, une partie de la doctrine qualifie cette première forme de « blanchiment indirect ».

254. Concours à une opération de placement, dissimulation ou de conversion. La deuxième forme de blanchiment, établie par l'article 324-1 alinéa 2 du code pénal, se définit par 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. ». Il s'agit de la forme la plus « classique » de l'infraction⁶⁶⁹, celle que l'on rencontre le plus fréquemment⁶⁷⁰. L'incrimination vise, en pratique, les actes du blanchisseur consistant à intégrer « l'argent sale » dans les circuits économiques et financiers légaux⁶⁷¹. Elle a été établie par le législateur afin d'appréhender tout ce que l'on pourrait appeler « l'ingénierie financière » grâce à laquelle on donne une apparence de légalité à des profits d'origine illégale. Pour ce faire, l'article fait référence aux trois phases du blanchiment classiquement établies par les organismes internationaux, notamment par le GAFI⁶⁷².

255. Le placement, également appelé « pré-lavage », se matérialise par le fait d'introduire les liquidités illégalement acquises dans les circuits économiques et financiers⁶⁷³. Il s'agit, ici, de l'étape la plus sensible pour le blanchisseur puisque ses revenus sont encore « purement » illégaux. Pour ce faire, il va avoir recours soit à des activités supposant le maniement de grandes quantités de liquidités telles que des laveries, des bijouteries, des hôtels, des restaurants ou des établissements de jeux comme les casinos, soit à des établissements financiers. Dans ce cas, il pourra s'agir par exemple, du dépôt d'espèces sur un compte bancaire. Mais cette phase ne consiste pas uniquement en un simple « rangement » des produits illicites. Il peut également s'agir d'un emploi de l'argent. Telle est la position de la Cour de Cassation dans son arrêt du 7 décembre 1995⁶⁷⁴ à propos d'un notaire qui avait régularisé un acte de vente au profit de la concubine d'un trafiquant après lui avoir fourni des conseils sur les moyens de paiement les mieux adaptés à l'opération alors qu'il avait été informé de l'arrestation de cet individu, des motifs de celle-ci et de sa véritable identité. La Cour a jugé qu'il y avait bien placement puisque les sommes illégales avaient été employées pour l'acquisition d'un immeuble⁶⁷⁵. Pour autant, ce sont les banques et autres établissements financiers qui seront le plus sollicités à cette étape du blanchiment. Néanmoins, l'évolution des techniques des affaires internationales ont mis en exergue de plus en plus d'intermédiaires nouveaux susceptibles d'être utilisés à cette phase⁶⁷⁶. C'est ainsi que les blanchisseurs pourront être tentés de se tourner vers les paradis fiscaux ou utiliser les avantages que représentent les sociétés-écrans.

256. La dissimulation, également appelée « lavage » ou « empilement », consiste classiquement à multiplier les transactions relatives aux sommes initialement placées aux fins d'en dissimuler l'origine frauduleuse⁶⁷⁷. L'objectif est d'empêcher que quiconque ne puisse

⁶⁶⁸ Il semble cependant que la preuve contraire doive pouvoir être aujourd'hui admise au regard de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme relative à l'admission des présomptions de culpabilité, notamment l'arrêt du 7 octobre 1988, « *Salabiaku c/ France* », série A, n° 141.

⁶⁶⁹ C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, op. cit., n°420, p. 280.

⁶⁷⁰ H. Matsopoulou, « La répression du blanchiment d'argent », op. cit. ; J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, op. cit., n°68, p. 162.

⁶⁷¹ A. Lepage, P. Maître du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op. cit. n°422, p.158.

⁶⁷² C. Cutajar, « Blanchiment. – Éléments constitutifs. – Répression », op. cit., n°56, p.22.

⁶⁷³ *Ibid.* ; F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 144.

⁶⁷⁴ Cass. Crim., 7 décembre 1995, *Bull. Crim.*, 1995, n°375 ; *JCP G*, 1996, IV, 709 ; *Gazette du Palais*, 1996, n°1, n°126 à 128, chron., p. 56 ; *Droit pénal*, 1996, comm. 139, obs. M. Véron ; *RSC*, 1996, p. 666, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire.

⁶⁷⁵ J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°68, p. 162.

⁶⁷⁶ M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – conditions et constitution », op. cit., n°53.

⁶⁷⁷ M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 311.

remonter la piste de l'argent et d'en deviner la provenance⁶⁷⁸. Le blanchisseur pourra avoir recours à toutes les techniques imaginables pour parvenir à ses fins. A titre d'exemple, les fonds blanchis peuvent être « transférés au moyen de l'achat et de la vente d'instruments de placement, ou de virements sur des comptes bancaires disséminés à travers la planète et principalement dans les pays dont la législation ne permet pas la coopération policière et judiciaire dans les enquêtes de blanchiment. Les transferts peuvent également être dissimulés sous forme de paiements de biens ou de services au moyen de sociétés-écrans, ce qui lui permet de donner aux fonds une apparence légitime »⁶⁷⁹. Mais la dissimulation peut être également plus « physique » par la dissimulation de monnaie sous des vêtements ou même être *in corpore* par l'ingestion de préservatifs contenant des billets⁶⁸⁰.

257. La conversion ou « réintégration », consiste enfin à transformer les fonds blanchis en les utilisant dans des opérations licites, voire imposables⁶⁸¹. La conversion est donc l'action de changer la nature des revenus. Pour ce faire, toutes les formes les plus subtiles de « l'ingénierie financière » vont être utilisées par les blanchisseurs⁶⁸². Dans cette ultime étape, le délinquant va pouvoir donner une justification irréfutable de la provenance de ses revenus⁶⁸³ en ayant fait disparaître toute trace de leur origine première.

258. Bien que le législateur ait distingué plusieurs phases de blanchiment, le concours incriminé ne nécessite en revanche aucun cumul. La participation à l'une des phases suffit pour déclencher des poursuites pénales pour blanchiment⁶⁸⁴. Il sera également possible de condamner, au titre de la complicité de blanchiment, la personne qui, par aide ou assistance, aura facilité le « travail » du blanchisseur dans l'une des trois phases mentionnées⁶⁸⁵. La notion de concours, en elle-même et d'un point de vue terminologique, semble exiger de la part de l'auteur un acte positif⁶⁸⁶. Tout acte neutre serait exclu⁶⁸⁷. Cependant, une partie de la doctrine considère que le terme est suffisamment large pour qu'il soit possible de s'interroger sur la possibilité d'accepter un concours par abstention⁶⁸⁸. Dans tous les cas, la complicité par abstention est admise, même en matière de blanchiment, au regard des dispositions de l'article 121-7 du code pénal et de la jurisprudence en la matière. En revanche, le législateur a établi une difficulté supplémentaire dans la deuxième forme de blanchiment par rapport à la première en ce que le concours doit porter sur le produit même de l'infraction et non pas sur d'autres biens et revenus de l'auteur qui pourraient avoir une origine licite⁶⁸⁹. En ce sens et par opposition à la première forme, le blanchiment par concours est appelé « blanchiment direct »⁶⁹⁰.

⁶⁷⁸ C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, op. cit., p. 281.

⁶⁷⁹ C. Cutajar, « Blanchiment. – Eléments constitutifs. – Répression », op. cit., n°58, p.22.

⁶⁸⁰ En ce sens, O. Jerez, « La lutte contre le blanchiment des capitaux », thèse, Université d'Aix-en-Provence, 1996, p.150.

⁶⁸¹ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 144.

⁶⁸² M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – conditions et constitution », op. cit., n°60.

⁶⁸³ A titre d'illustration, un individu, qui a déposé des fonds d'origine illicite dans une banque à Jersey (reconnu comme paradis fiscal), fait ensuite construire un immeuble en France par le biais de la technique du prêt garanti. Malgré le fait qu'il détienne les fonds nécessaires au financement de la construction, il préfère obtenir un prêt auprès d'une banque française en donnant comme caution, la banque de Jersey. Une fois l'immeuble construit, l'individu cesse de régler ses mensualités de remboursement. La banque française se retourne alors contre la caution afin d'obtenir le remboursement de son prêt. De son côté, l'individu vend l'immeuble et peut parfaitement justifier l'origine de ses revenus qui proviennent uniquement de la revente de l'immeuble acquis légalement grâce au prêt de la banque française ; in C. Mascala, « Droit pénal des affaires », Cours, Master 1 Droit privé – sciences criminelles, Université Toulouse 1- Capitole, 2005/2006.

⁶⁸⁴ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 144.

⁶⁸⁵ M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – Conditions et constitution », op. cit., n°63.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, n°51.

⁶⁸⁷ H. Matsopoulou, « La répression du blanchiment d'argent », op. cit. ; J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, op. cit., n°68, p. 162.

⁶⁸⁸ En ce sens, V. Malabat, *Droit pénal spécial*, op. cit., n°857, p. 455.

⁶⁸⁹ M. Véron, *Droit pénal spécial*, op. cit., n°507, p. 360.

⁶⁹⁰ M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 311.

259. Qualité de l'auteur de blanchiment. Le délit de blanchiment est classiquement perçu comme un dérivé du recel. Pour certains auteurs, il s'agit en réalité d'une forme spécifique de recel⁶⁹¹. La jurisprudence en la matière⁶⁹² a donc, au départ, été transposée au blanchiment de sorte que l'infraction principale originelle devait avoir été commise par un autre que le blanchisseur⁶⁹³. En d'autres termes, la qualité d'auteur de l'infraction principale était exclusive de celle de blanchisseur puisque, parallèlement, le « *receleur ne peut être le voleur* »⁶⁹⁴. Si pour certains telle exclusion découlait naturellement de la qualité du délit en tant qu'infraction de conséquence, d'autres en revanche relevaient cette exclusion de la lettre même de l'article 324-1 du code pénal.

D'une part, la rédaction de l'alinéa 1^{er} de l'article fait directement référence à « l'auteur » de l'infraction de sorte que la justification mensongère serait, en réalité, une forme de complicité par aide ou assistance incriminée en tant que délit distinct⁶⁹⁵. Ici, l'auteur des actes de justification et l'auteur de l'infraction principale doivent nécessairement être deux personnes différentes puisqu'il apparaît « *difficile de s'aider soi-même* »⁶⁹⁶ à l'instar du régime applicable en matière de complicité.

D'autre part, le deuxième alinéa fait référence à un « concours » apporté à une opération de placement, dissimulation ou de conversion. Selon une partie de la doctrine, la rédaction de cet alinéa et la logique juridique impliquent que le concours provienne d'une personne qui ne soit pas elle-même l'auteur de l'infraction d'origine⁶⁹⁷. Il n'est pas, en effet, possible d'apporter un concours à soi-même⁶⁹⁸. D'ailleurs, une telle conception serait absurde au regard du régime applicable en matière de recel où le cumul n'est pas admis. Ainsi la jurisprudence a-t-elle, pendant longtemps, refusé de condamner pour blanchiment l'auteur de l'infraction principale⁶⁹⁹.

260. L'intention coupable. Selon le principe général posé par l'article 121-3 du code pénal, le blanchiment est une infraction intentionnelle puisque la loi ne prévoit pas spécifiquement le cas d'imprudence ou de négligence⁷⁰⁰. L'auteur doit donc agir « en connaissance de cause ». L'intention varie cependant en fonction de la forme de blanchiment considérée. Pour la première forme de blanchiment, l'auteur doit avoir connaissance de l'existence d'une infraction et savoir que la personne dont il justifie les biens et revenus a commis un crime ou un délit dont il a tiré profit⁷⁰¹. Pour la deuxième forme, l'auteur doit avoir connaissance de la provenance illicite des biens et revenus recyclés grâce à son concours⁷⁰². En d'autres termes,

⁶⁹¹ En ce sens, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, infractions du code pénal*, op. cit., n°1032, p. 1114.

⁶⁹² Cass. Crim, 15 décembre 1949, *Bull. Crim.* 1949, n°350 (Recel du délit de vol) ; Cass. Crim, 2 décembre 1971, *Bull. Crim.*, 1971, n°337 (Recel du délit d'abus de confiance).

⁶⁹³ En ce sens, J. Guimezanes, « Les trafics internationaux en matière économique et financière », *Revue Droit et Défense*, 1995, n°4, p. 20.

⁶⁹⁴ Cf C. Ducouloux-Favard, « Recel et Blanchiment, deux délits de conséquence », *Gazette du Palais*, 2003, n°4, p.11 ; P. Conte, *Droit pénal spécial*, op. cit., n°647, p. 430.

⁶⁹⁵ En ce sens, M. Véron, *Droit pénal spécial*, op. cit., n°506, p. 359 et P. Nérac, « La répression de l'infraction générale de blanchiment », op. cit., p. 441.

⁶⁹⁶ En ce sens, H. Matsopoulou, « l'article 324-1, alinéa 2, du code pénal est applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise », note sous Cass. Crim, 14 janvier 2004, *JCP G*, n°21, 19 mai 2004, II, 10081 ; M.-L. Rassat et G. Roujou de Boubée, *Droit pénal spécial*, op. cit., n°1264, p. 566.

⁶⁹⁷ C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, op. cit., p. 281.

⁶⁹⁸ Notamment, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, infractions du code pénal*, op. cit., n°1034, p. 1117 ; P. Conte, *Droit pénal spécial*, op. cit., n°648, p. 432 ; C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, op. cit., n°420, p. 281 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°424, p. 160.

⁶⁹⁹ C'est ainsi que dans un arrêt du 4 février 2003, la Cour d'Appel de Montpellier avait énoncé « *l'auteur principal d'une infraction ne peut être poursuivi pour blanchiment des sommes provenant de sa propre activité illicite ; qu'en effet le blanchiment est un service rendu à autrui dès lors que le texte répressif vise une aide ou un concours* » ; in O. Raynaud, « Le délit de blanchiment commis par l'auteur de l'infraction principale », note sous Cass. Crim. 14 janvier 2004, *Gazette du Palais*, 2004, n°108, p. 5.

⁷⁰⁰ M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – Conditions et constitution », op. cit., n°76.

⁷⁰¹ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°426, p. 160.

⁷⁰² P. Nérac, « La répression de l'infraction générale de blanchiment », op. cit., p. 442.

le blanchisseur doit avoir conscience que son concours porte sur le produit direct ou indirect d'une infraction ce qui peut être une preuve difficile à apporter. En outre, la question se pose de savoir quel est le degré de connaissance requis de la part du blanchisseur. La jurisprudence semble exiger parfois que le blanchisseur ait une connaissance précise de l'origine illégale des fonds⁷⁰³. Mais si le blanchisseur doit savoir sans détour que les produits blanchis proviennent d'un crime ou d'un délit, il n'est pas exigé qu'il en connaisse la qualification exacte⁷⁰⁴. Cette solution présente beaucoup d'intérêts dans la pratique notamment au regard de la « loi du silence »⁷⁰⁵ qui règne dans le milieu du blanchiment. Les blanchisseurs, agissant souvent en qualité de prête-noms, sont spécifiquement rémunérés en contrepartie du silence et du risque pénal encouru⁷⁰⁶. Ainsi, non seulement il est peu probable qu'ils révèlent l'identité des autres membres du « réseau » de blanchiment mais il est également fréquent qu'ils n'aient pas connaissance de l'origine exacte des fonds qu'ils blanchissent.

261. Si la consécration d'un délit de blanchiment a permis de lui conférer un champ d'application spécifique et distinct, le délit a tout de même été très longtemps considéré comme un simple dérivé du recel. Dès lors, il est apparu aux yeux de la jurisprudence et d'une grande partie de la doctrine que les mêmes régimes devaient y être appliqués. Le blanchiment était alors intimement rattaché à l'infraction d'origine dont il n'était que la conséquence. Cette conception limitait fortement l'intérêt du blanchiment pour la répression des pratiques corruptrices. Fort heureusement, la jurisprudence a par la suite évolué de sorte que l'on assiste aujourd'hui à la consécration d'une véritable autonomie du blanchiment.

2. La consécration de l'autonomie de l'infraction

262. Depuis la création d'un délit général de blanchiment, la jurisprudence n'a cessé de se construire et d'affiner sa position en faveur de la reconnaissance d'une plus grande autonomie de l'infraction⁷⁰⁷. En ce sens, la Cour de Cassation n'a eu de cesse de rappeler que si le délit de blanchiment était bien une infraction de conséquence car elle implique la commission d'un crime ou d'un délit préalable, elle restait générale, distincte et autonome⁷⁰⁸. L'autonomie du blanchiment a donc progressivement été consacrée par rapport à son infraction « sœur » le recel et par rapport à l'infraction principale dont il est issu.

263. L'autonomie du blanchiment a d'abord été consacrée par rapport au recel. Si pendant longtemps les solutions dégagées en matière de recel ont été transposées en matière de blanchiment, sa singularité est désormais affirmée⁷⁰⁹. Ainsi, la Cour de Cassation a-t-elle progressivement adopté une position en faveur de « l'autoblanchiment ». En d'autres termes, la jurisprudence admet désormais qu'un même individu puisse cumuler les qualités d'auteur de l'infraction primaire et du blanchiment qui en découle.

264. L'exclusion totale de tout cumul de qualifications était, en effet, contraire aux engagements que la France avait d'ores et déjà pris lors de l'adhésion à la Convention de

⁷⁰³ En ce sens, Cass. Crim, 25 juin 2003, *op. cit.* et Cass. Crim, 7 octobre 2009, *op. cit.*

⁷⁰⁴ En ce sens, Cass. Crim, 1^{er} décembre 2004 ; *in* C. Cutajar, « Le blanchiment », *Petites Affiches*, *op. cit.*, p.54 ; Cass. Crim, 7 octobre 2009, *Ibid.*

⁷⁰⁵ M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – Conditions et constitution », *op. cit.*, n°82.

⁷⁰⁶ C. Mascala, « le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *op. cit.*, p. 80 ; C. Mascala, « Le blanchiment, les évolutions en matière de blanchiment », *op. cit.* ; C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », *op. cit.*, n°16.

⁷⁰⁷ En ce sens, H. Robert, « Réflexions sur la nature de l'infraction de blanchiment », *op. cit.*, p. 19.

⁷⁰⁸ Cf C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *op. cit.*, 2013, p. 1655.

⁷⁰⁹ H. Robert, « Réflexions sur la nature de l'infraction de blanchiment », *op. cit.*, p. 22.

Strasbourg du 8 novembre 1990⁷¹⁰. L'article 6§2 b)⁷¹¹ du texte offrait la possibilité aux Etats partie d'exclure de la prévention de blanchiment, les auteurs de l'infraction primaire. Ce n'est pas la position de la France qui a refusé de bénéficier d'une telle possibilité⁷¹². Dans le respect de ces engagements, la Cour de Cassation a, pour la première fois, admis le cumul de qualifications dans un arrêt du 25 juin 2003⁷¹³. Mais cette première admission n'était qu'incidente car elle figurait dans un arrêt de rejet autrement motivé⁷¹⁴. Ce n'est qu'un an plus tard que la Haute Cour a affermit sa position dans une décision du 14 janvier 2004⁷¹⁵. Dans un attendu de principe, la juridiction a déclaré : « l'article 324-1 alinéa 2 est applicable à l'auteur du blanchiment d'une infraction qu'il a lui-même commise ». La Cour limitait toutefois le cumul au seul blanchiment par concours à une opération de placement, dissimulation ou conversion.

Une partie de la doctrine a fortement critiqué cette position. Elle considérait qu'il s'agissait là d'une interprétation parfaitement *contra legem* de la lettre de l'article 324-1 al. 2 du code pénal⁷¹⁶. Mais cette solution était néanmoins très favorable à la répression des activités de blanchiment compte tenu de « la difficulté souvent insurmontable de rapporter la preuve que l'infraction d'origine a été commise par un auteur distinct de l'opération »⁷¹⁷. En outre, contrairement à la vision de cette partie de la doctrine, il apparaît que le texte, lui-même, ne semble pas exclure *ipso facto* l'autoblanchiment. Le terme « concours » fait, en effet, référence aux opérations incriminées et non à l'auteur de l'infraction⁷¹⁸. Par conséquent, l'auteur d'une infraction principale peut parfaitement prêter son concours à une opération de placement, dissimulation ou conversion.

Par cette solution, la Cour de Cassation a donc opté, au départ, pour une différenciation de régimes entre les deux formes de blanchiment en considérant blanchiment par justification comme étant toujours exclusif de toute possibilité de cumul. Certains auteurs ont approuvé cette différenciation en considérant que la référence expresse à « l'auteur » de l'infraction à l'alinéa 1^{er} de l'article 324-1 du code pénal, ne permettait pas d'étendre cette solution au blanchiment par justification⁷¹⁹. D'autres, au contraire, se sont très vite positionnés en faveur d'une telle extension considérant que rien ne s'y opposait théoriquement⁷²⁰.

La jurisprudence a fini par leur donner raison puisque dans un arrêt de rejet du 20 février 2008⁷²¹, à propos d'une affaire de blanchiment de fraude fiscale, la Cour de Cassation a déclaré « l'article 324-1 du code pénal est applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise ». En ne faisant pas spécifiquement référence à

⁷¹⁰ Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, 8 novembre 1990, *op. cit.*

⁷¹¹ *Ibid.*, art. 6 §2, b) : « Il peut être prévu que les infractions énoncées par ce paragraphe ne s'appliquent pas aux auteurs de l'infraction principale ».

⁷¹² H. Robert, « Réflexions sur la nature de l'infraction de blanchiment », *op. cit.*, p. 22.

⁷¹³ Cass. Crim, 25 juin 2003, *op. cit.*

⁷¹⁴ M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – conditions et constitution », *op. cit.*, n°8.

⁷¹⁵ Cass. Crim, 14 janvier 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°12 ; *JCP G*, 2004, II, 10081, note H. Matsopoulou ; *Dalloz*, 2004, p. 1377, note C. Cutajar ; *Droit pénal*, 2004, comm. n°48, note M. Véron ; *RSC*, 2004, p. 350, obs. R. Ottenhof ; *JCP G*, 2004, IV, 1487 ; *Gazette du Palais*, 2004, obs. O. Raynaud.

⁷¹⁶ Cf notamment, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, infractions du code pénal*, *op. cit.*, n°1034, p. 1117 ; H. Matsopoulou, « l'article 324-1, alinéa 2, du code pénal est applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise », note sous Cass. Crim, 14 janvier 2004, *JCP G*, *op. cit.*, n°21. Voir également *supra* n°259.

⁷¹⁷ R. Ottenhof, « Le blanchiment, infraction de conséquence, nécessite la preuve préalable de l'infraction d'origine ; toutefois, il n'est pas nécessaire que l'auteur du blanchiment soit distinct de l'auteur principal », *op. cit.*, p. 350.

⁷¹⁸ J. Lasserre Capdeville, « Précisions utiles sur l'autonomie du délit de blanchiment », *op. cit.*, p. 443.

⁷¹⁹ Cf M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – conditions et constitution », *op. cit.*, n°8 ; J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial, Cujas*, 5^{ème} édition, 2010, n°950, p. 561.

⁷²⁰ P. Nérac, « La répression de l'infraction générale de blanchiment », *op. cit.*, p.445.

⁷²¹ Cass. Crim, 20 février 2008, *op. cit.*

l'alinéa 2 de l'article 324-1 du code pénal, la Haute Cour semble désormais admettre le cumul de qualification pour les deux formes de blanchiment. Mais le doute a été jeté par la doctrine quant à la portée de cette décision. Certains auteurs considéraient que l'affaire à l'origine de l'arrêt du 20 février 2008 portait sur les deux formes de blanchiment cumulées. La reconnaissance de la culpabilité d'au moins l'un des deux prévenus était, sans aucun doute, fondée sur l'alinéa 1^{er} de l'article 324-1 du code pénal⁷²². Cette solution emporte notre conviction. Mais d'autres auteurs ont, au contraire, relevé que les faits constitutifs de blanchiment dans cette affaire relevaient uniquement de l'alinéa 2 de l'article 324-1 du code pénal⁷²³. En ce sens, la décision de la Cour de Cassation ne serait rien d'autre qu'une réaffirmation de la règle posée en 2004⁷²⁴. Cette position semble avoir été affirmée par la Haute Cour elle-même qui, dans un arrêt du 2 juin 2010⁷²⁵ a de nouveau limité l'autonomie du blanchiment à l'alinéa 2 de l'article, revenant ainsi à une « *plus grande orthodoxie* »⁷²⁶.

Le doute quant à l'uniformisation des régimes entre les deux alinéas de l'article 324-1 du code pénal est donc toujours jeté. La Cour de Cassation n'a pas saisi l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui lui a été transmise en 2013 sur l'admission du cumul de qualifications, pour clarifier sa position à l'égard de l'alinéa 1^{er} de l'article. L'auteur de la QPC s'interrogeait de savoir si « *l'article 324-1 alinéa 2 en tant qu'il sanctionne l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise, bien qu'il ne vise que le « fait », nécessairement pour un tiers complice, « 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* », est (...) contraire au principe de légalité des délits et des peines (...) ». Dans son arrêt du 25 mai 2013, la Haute Cour a considéré qu'il n'y avait pas lieu à renvoyer aux motifs que « *les dispositions visées [...], rédigées dans des termes suffisamment clairs et précis pour permettre leur interprétation et leur sanction, qui entrent dans l'office du juge pénal, sans risque d'arbitraire, ne portent pas atteinte au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines* »⁷²⁷.

265. La singularité du blanchiment par rapport à l'infraction de recel s'accroît⁷²⁸. Pour autant, l'admission de « l'autoblanchiment » nécessite d'être réaffirmée au regard de la première forme de blanchiment. Si l'admission du cumul ne fait aucun doute pour les activités relatives au concours à une opération de placement, dissimulation ou conversion, tel n'est pas le cas du blanchiment par justification. Dans un souci de conformité avec les engagements pris par la France à l'international mais aussi pour une répression effective des activités, il apparaît fondamental de ne faire aucune distinction de régime selon les types de blanchiment considérés. Force est de constater que dans la pratique, un blanchisseur peut cumuler les deux formes de blanchiment⁷²⁹. Dans le cadre de la lutte contre les pratiques corruptrices, la répression du blanchiment ne peut être considérée comme une véritable aide que dans la mesure où le cumul de qualification est admis et généralisé.

⁷²² C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Dalloz*, panorama, 2008, p. 1577 ; H. Robert, « Réflexions sur la nature de l'infraction de blanchiment », *op. cit.*, p. 39.

⁷²³ J. Lasserre Capdeville, « Le délit de blanchiment de fraude fiscale peut être caractérisé même si les conditions procédurales nécessaires à la poursuite pour fraude fiscale n'ont pas été respectées », *op. cit.*, p. 39 ; C. Cutajar, « Le blanchiment, une infraction générale, distincte et autonome », *Dalloz*, 2008, p. 1588-1589.

⁷²⁴ Y. Monnet, note sous Cass. Crim, 20 février 2008, *Gazette du Palais*, 2009, n° 64, p. 24.

⁷²⁵ Cass. Crim, 2 juin 2010, *Bull. Crim.*, n°199 ; *Dalloz actualité*, 26 juillet 2010, obs. L. Priou-Alibert.

⁷²⁶ L. Priou-Alibert, « De l'autonomie de l'infraction de blanchiment », *op. cit.*,

⁷²⁷ Cass. Crim, 25 mai 2013, n°12-85.115 ; *Dalloz*, 2013, p. 1656, obs. C. Mascala ; M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – conditions et constitution », *op. cit.*, n°7.

⁷²⁸ H. Robert, « Réflexions sur la nature de l'infraction de blanchiment », *op. cit.*, p.22.

⁷²⁹ En ce sens, par exemple, Cass. Crim, 26 janvier 2011, *op. cit.*.

266. L'autonomie du blanchiment a ensuite été consacrée par rapport à l'infraction principale dont il en est la conséquence. La véritable consécration du délit de blanchiment en tant qu'infraction « générale, distincte et autonome » a été opérée par le Cour de Cassation dans son arrêt du 20 février 2008⁷³⁰. Dans cette décision la Cour de Cassation a déconnecté le blanchiment de son infraction principale pour lui conférer un régime de poursuites propre et distinct. En ce sens, la Cour a validé la poursuite du blanchiment en procédure de flagrance sur la base d'indices qui ne laissaient en rien présumer l'infraction principale⁷³¹. Elle a, par ailleurs, validé la condamnation pour blanchiment de fraude fiscale alors même que les poursuites pour le délit primaire n'avaient pas été engagées par l'administration fiscale. Cette double validation a entièrement sorti le blanchiment du « sillage » de son infraction d'origine. La Cour rompt dès lors avec sa position antérieure affirmée en 2003 qui insinuait que les éléments constitutifs de l'infraction principale devaient être précisément et préalablement relevés par la partie poursuivante avant toute action au fond. Ce n'est plus le cas aujourd'hui puisque des poursuites peuvent être engagées lorsque des indices de blanchiment sont apparus y compris lorsque l'infraction primaire qui en est à l'origine reste encore inconnue.

267. Plus loin encore, le blanchiment commis en France reste condamnable lorsque les faits constitutifs de l'infraction principale ont été commis à l'étranger et hors de la compétence des tribunaux français. Telle a été la position de la Cour de Cassation dans un arrêt du 24 février 2010⁷³². Dans cette affaire, un Ministre nigérian était poursuivi en France pour y avoir fait transiter, circuler et convertir de façon habituelle le produit d'une infraction, en l'espèce des fonds remis par des compagnies pétrolières en contrepartie de l'octroi de concessions ou de licences d'exploitation. Le prévenu soutenait que le blanchiment ne pouvait être poursuivi en France puisqu'il provenait de faits de corruption commis au Nigéria et non punissables en France. La Cour d'Appel avait écarté cet argument en considérant que les textes d'incrimination n'imposaient ni que l'infraction d'origine ait eu lieu sur le territoire national, ni que les juridictions françaises soient compétentes pour la poursuivre⁷³³. La Cour de Cassation, dans un arrêt de rejet, confirme la position de la Cour d'Appel en précisant « *le délit de blanchiment est une infraction générale, distincte et autonome* ». De ce fait, les juridictions françaises sont compétentes pour toutes les infractions de blanchiment commises en France peu importe le lieu de commission de l'infraction principale.

Ce qui est intéressant dans cette affaire est que les activités de corruption ne pouvaient effectivement recevoir de qualification pénale en France à l'époque des faits. La France, à cette période, n'avait pas encore ratifié les conventions internationales visant à l'incrimination des délits de corruption en relation avec des agents publics étrangers⁷³⁴. Rien n'indiquait par ailleurs que ces activités étaient constitutives d'une infraction pénale au Nigéria. Or un blanchiment ne peut logiquement être caractérisé que si les activités profitables qui en sont à l'origine sont illégales, même dans un pays étranger et hors de la compétence *rationae loci* des tribunaux français⁷³⁵. La Cour a, dans cet arrêt, opté pour une interprétation très extensive du principe de « qualification de l'infraction principale » en se contentant d'énoncer, sans considération du droit nigérian, que les activités à l'origine du blanchiment auraient été, si elles avaient été commises en France, constitutives d'une infraction de corruption passive au regard de l'article 432-11 du code pénal⁷³⁶. La Cour a donc considérablement assoupli la

⁷³⁰ Cass. Crim, 20 février 2008, *op. cit.*

⁷³¹ C. Cutajar, « Le blanchiment, une infraction générale, distincte et autonome », *op. cit.*, p. 1586-1587.

⁷³² Cass. Crim, 24 février 2010, *op. cit.*

⁷³³ M. Véron, « Infractions diverses et compétences des juridictions françaises », *Droit pénal*, 2003, comm. 142.

⁷³⁴ C. Cutajar, « Autonomie du blanchiment dans un contexte international », note sous arrêt du 24 février 2010, *op. cit.*

⁷³⁵ B. Bouloc, « Blanchiment. Fonds provenant de commissions à l'étranger – Acquisition d'immeubles en France », *op. cit.*

⁷³⁶ C. Cutajar, « Autonomie du blanchiment dans un contexte international », *op. cit.*

condition relative à la qualification de l'infraction principale qui doit se faire au regard du seul droit français sans qu'il n'y ait lieu de vérifier son incrimination dans la loi pénale du lieu de commission.

Cette position jurisprudentielle revêt un grand intérêt dans le cadre de la lutte contre les pratiques corruptrices puisqu'à l'instar de cette affaire, il apparaît que le blanchiment de leur produit réalisé en France est condamnable par les tribunaux français même si les faits qui en sont à l'origine sont réalisés à l'étranger et ne sont pas incriminés par le droit du pays concerné, dès lors qu'ils sont constitutifs d'une infraction en France.

268. La jurisprudence a également accentué l'autonomie du blanchiment au regard de l'auteur de l'infraction principale. Il est déjà admis depuis longtemps que les poursuites à l'égard de l'auteur du délit d'origine n'ont pas besoin d'être engagées pour permettre une condamnation du blanchisseur⁷³⁷. Il en est de même lorsqu'il a bénéficié d'une relaxe ou d'un acquittement. Mais la Cour est allée encore plus loin dans une décision du 16 janvier 2013⁷³⁸. Dans cette affaire, les prévenus cumulaient des activités de commerce illégal d'armes effectuées au nom et pour le compte de l'Etat angolais et de blanchiment dans le cadre de diverses opérations immobilières, notamment l'achat d'immeubles de grand standing à Paris. Lors de leur condamnation pour blanchiment, les prévenus ont tenté de faire valoir leur immunité diplomatique et soutenaient « *que leurs actes relevaient du droit international et non des tribunaux français* ». La Cour, faisant une distinction très nette entre les actes constitutifs de l'infraction principale et ceux constitutifs de blanchiment, a fermement rejeté leurs arguments. Elle relève ainsi que le blanchiment des fonds illicites provenant du trafic d'armes ne se rattache pas à la souveraineté de l'Etat et constitue une « *infraction distincte de droit commun* ». Cette infraction, dès lors qu'un de ses éléments constitutifs est commis en France, relève de la compétence du juge français et le caractère autonome du délit d'origine permet d'écarter toute incidence de l'immunité diplomatique⁷³⁹. L'immunité relative à l'auteur de l'infraction principale ne fait donc pas obstacle à la condamnation pour blanchiment même si le prévenu cumule les qualités d'auteur d'infraction principale et d'auteur du blanchiment. Cette position retient particulièrement notre attention puisqu'il n'est pas rare, en matière de corruption, que les auteurs soient protégés par des immunités. S'ils cumulent les activités de corruption et de blanchiment, une possibilité de condamnation à leur égard serait alors ouverte pour les tribunaux français.

269. Enfin, l'autonomie du délit de blanchiment par rapport à l'infraction principale a également été consacrée en matière de prescription. Il apparaît, en effet, que la jurisprudence ne fait pas dépendre la prescription du blanchiment de celle de son infraction principale. Dans un arrêt du 31 mai 2012⁷⁴⁰, la Haute Cour affirme très clairement « *le blanchiment constituant un délit distinct, la prescription qui le concerne est indépendante de celle qui s'applique à l'infraction originaire* ». Dans cette affaire, le prévenu avait blanchi des produits d'une banqueroute qu'il avait lui-même commise. Or, si les faits de banqueroute étaient effectivement prescrits au moment du déclenchement des poursuites, les activités de blanchiment, en revanche, avaient été commises moins de trois ans avant l'ouverture de la procédure et pouvaient toujours être poursuivies⁷⁴¹. En d'autres termes, conformément à

⁷³⁷ Voir *supra* n°251.

⁷³⁸ Cass. Crim, 16 janvier 2013, n°11-83689 ; *Droit pénal*, 2013, comm. 34, obs. M. Véron ; *Lamy droit pénal des affaires*, février 2013, p. 15 ; *Dalloz*, 2013, p. 1656, obs. C. Mascala.

⁷³⁹ C. Mascala, « *Droit pénal des affaires* », *op.cit.*, 2013, p. 1657.

⁷⁴⁰ Cass. Crim, 31 mai 2012, n°12-80715 ; *Dalloz actualité*, 22 juin 2012, note S. Lavric.

⁷⁴¹ S. Lavric, « *Blanchiment : délit distinct, prescription autonome* », *Ibid.*

l'article 8 du code de procédure pénale, le délit de blanchiment se prescrit par trois ans et cette prescription est distincte de celle de l'infraction d'origine⁷⁴².

270. La consécration d'une véritable autonomie du blanchiment en France ne fait nul doute. La jurisprudence a clairement détaché le délit de ses liens avec le recel et surtout à son infraction d'origine. Dans cette perspective, il est désormais possible d'envisager cette infraction comme véritable « rempart » aux pratiques corruptrices. D'une part, la condamnation des activités de blanchiment vise à « priver » les auteurs de leurs bénéfices illicites. D'autre part, le blanchiment peut également venir en soutien de la condamnation des auteurs de corruption lorsque de telles activités ont été commises hors de la compétence *rationae loci* des tribunaux français ou par des personnes bénéficiant d'immunités. Une difficulté subsiste néanmoins dans la répression du blanchiment : celle relative à la qualification de l'infraction principale.

Bien qu'assouplie par la jurisprudence, cette condition subsiste encore. La signature par la France, le 23 mai 2011, de la Convention du Conseil de l'Europe relative au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du 16 mai 2005⁷⁴³ avait permis d'espérer que cette condition finisse par disparaître de l'incrimination française. Cette Convention prévoit, en effet, que la condamnation pour blanchiment reste possible lorsqu'il existe des preuves suffisantes permettant d'assurer que les produits sont issus d'un crime ou d'un délit mais sans qu'il ne soit nécessaire d'en déterminer précisément l'origine⁷⁴⁴. Le législateur a tenté, au commencement du projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, de mettre définitivement fin à cette condition de qualification de l'infraction d'origine en incriminant, dans un alinéa distinct, les activités de blanchiment des produits dont l'origine n'avait pu être prouvée⁷⁴⁵. Cette disposition n'a pas été maintenue à l'occasion de l'adoption du texte définitif en ce qu'elle opérerait un renversement peut être trop important de la charge de la preuve sur le prévenu qui devait justifier de l'origine licite des revenus. A la place, la loi a créé un nouvel article 324-1-1 du code pénal établissant une présomption d'origine délictuelle ou criminelle des biens et revenus « *dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus* »⁷⁴⁶. Cette nouvelle présomption légale ne porterait donc que sur la deuxième forme de blanchiment et non sur l'incrimination dans sa totalité. Pour autant sa portée va dépendre de l'appréciation que fera la jurisprudence des « conditions matérielles, juridiques ou financières ».

271. Néanmoins, pour que le blanchiment soit, sans équivoque, une infraction « générale, distincte et autonome », applicable à l'auteur de l'infraction principale, peut-être serait-il judicieux, de la part du législateur, de modifier la définition de l'incrimination de l'article 324-1 du code pénal. La suppression de toute référence à quelconque « auteur » ou « concours » ainsi qu'une uniformisation de l'infraction par une seule définition générale simplifiera sans aucun doute le régime applicable à sa répression. Cela permettra, par ailleurs,

⁷⁴² A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°434, p.163.

⁷⁴³ Conseil de l'Europe, Convention relative au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, *STE*, n°198, 16 mai 2005 (dite Convention de Varsovie).

⁷⁴⁴ *Ibid*, art. 9§6 : « Chaque Partie s'assure qu'une condamnation pour blanchiment au sens du présent article est possible dès lors qu'il est prouvé que les biens [...] proviennent d'une infraction principale, sans qu'il soit nécessaire de prouver de quelle infraction précise il s'agit. ».

⁷⁴⁵ Projet de loi, n°JUSX1310649L, « projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière », 25 juin 2013.

⁷⁴⁶ Loi, n°2013-1117, 6 décembre 2013, *op. cit.*, art. 8.

de la détacher définitivement du recel et mettra un terme à toute tentative de comparaison ou de transposition de régimes.

272. En droit vietnamien, l'incrimination de blanchiment figure également dans l'arsenal répressif du pays. Mais si son domaine n'a jamais été limité à une liste exhaustive d'infractions, la définition a en revanche longtemps souffert d'une lourde insuffisance. C'est pourquoi, le législateur est venu considérablement la modifier en 2009.

B - L'évolution significative de l'incrimination en droit vietnamien

273. Le cadre juridique vietnamien en matière de blanchiment est réparti sur plusieurs textes. L'incrimination spécifique est prévue à l'article 251 du code pénal⁷⁴⁷. Cet article a fait l'objet d'une profonde modification à l'occasion de l'adoption de la loi de ratification de la Convention des Nations unies contre la corruption en 2009⁷⁴⁸. A côté de l'aspect répressif, deux textes ont également été adoptés en matière de prévention des activités de blanchiment. Le premier est un décret, appelé « décret 74 », relatif à la prévention et la lutte contre le blanchiment⁷⁴⁹. Ce décret a été remplacé par une loi de 2012⁷⁵⁰ relative à la prévention du blanchiment d'argent⁷⁵¹. Bien que dépourvus d'aspect répressifs, ces deux textes contiennent des dispositions visant à définir les activités de blanchiment⁷⁵² et détailler les catégories de biens susceptibles d'être blanchis au regard du droit vietnamien⁷⁵³. De telles précisions s'avèrent particulièrement utiles pour la qualification de l'infraction. Une difficulté survient cependant pour déterminer l'articulation entre ces différents textes et leur applicabilité réelle.

A l'origine de la création de l'infraction en 1999 et jusqu'en 2009, le cadre vietnamien de blanchiment était véritablement scindé entre l'incrimination d'un côté et l'aspect préventif de l'autre. Cette scission était concrétisée par une dualité de définitions qui « brouillait » la lecture du dispositif établi en la matière (1). Le législateur de 2009 est venu profondément modifier la définition de l'infraction afin d'aboutir à une certaine harmonisation des régimes préventifs et répressifs (2).

1. L'infraction de blanchiment avant 2009, une dualité de définitions.

274. L'infraction vietnamienne de blanchiment a été créée lors de l'adoption du code pénal en 1999. Depuis lors, elle figure à l'article 251 de ce code. A l'origine, l'incrimination se définissait comme le « *fait, pour toute personne, par le biais des opérations financières ou bancaires ou de toutes autres transactions, de légaliser des sommes ou des biens provenant d'un crime ou délit ou d'utiliser ces sommes ou biens pour exercer des activités économiques* ».

⁷⁴⁷ Le Vietnam ne semble pas, en effet, condamner les activités de blanchiment uniquement en vertu de l'application de l'article 251 du code pénal incriminant le blanchiment. Certaines activités de blanchiment peuvent être poursuivies sous le visa du recel. Voir *Infra* tout au long de ce paragraphe.

⁷⁴⁸ Loi, n°37/2009/QH12, « Law amending and supplementing a number of articles of the penal code », *Hanoi*, 19 juin 2009.

⁷⁴⁹ Décret, n°74/2005/ND-CP, « Décret relatif à la prévention et la lutte contre le blanchiment d'argent », *Hanoi*, 7 juin 2005.

⁷⁵⁰ Loi, n°07/2012/QH13, « Loi de prévention du Blanchiment d'argent », *Hanoi*, 18 juin 2012.

⁷⁵¹ Un décret pris en 2013 précise, en effet, que la loi de 2012 abroge et remplace le décret n°74/2005/ND-CP ; cf. Decree, n° 116/2013, « Decree detailing a number of articles of the law on prevention and combat of Money laundering », *Hanoi*, 4 octobre 2013.

⁷⁵² Décret, n°74/2005/ND-CP, « Décret relatif à la prévention et la lutte contre le blanchiment d'argent », *op. cit.*, art. 3§1.

⁷⁵³ Loi, n°07/2012/QH13, « Loi de prévention du Blanchiment d'argent », *op. cit.*, art. 4§2.

275. Condition préalable. A l'instar du délit français, le blanchiment vietnamien semblait être une infraction de conséquence subordonnée à la commission d'une infraction préalable génératrice de profits illicites pour son auteur. Curieusement, la traduction officielle française du texte d'incrimination employait le terme « crime ou délit » alors que la classification des infractions prévue à l'article 8 du code pénal est tout autre. Les infractions vietnamiennes sont divisées en quatre catégories : peu graves, graves, très graves et extrêmement graves⁷⁵⁴. Cette traduction apparaissait donc inexacte au regard de la version originale de l'article et de sa traduction officielle anglaise. Toute infraction, sans considération de sa catégorie, semblait pouvoir être à l'origine d'une activité de blanchiment à la condition qu'elle ait été profitable à son auteur. Conformément aux dispositions internationales en la matière, notamment les conventions de Palerme⁷⁵⁵ et de Mérida⁷⁵⁶, l'infraction a également toujours été ouverte à « l'éventail le plus large d'infractions principales ». Le législateur n'a pas entendu, dès l'origine, limiter son domaine d'application à certaines infractions. Le droit pénal vietnamien contient cependant une incrimination spéciale de blanchiment du produit issu du trafic de stupéfiants contenue dans la loi sur la prévention contre les stupéfiants de décembre 2000⁷⁵⁷. Cette incrimination ne contient en revanche aucune définition propre et autonome ce qui enjoint à se référer à l'incrimination générale de l'article 251 du code pénal.

Si l'existence d'une infraction principale ne faisait aucun doute pour la caractérisation de l'infraction, aucune précision n'existait cependant quant au degré requis pour son établissement. La question se posait de savoir si les autorités de poursuites devaient relever précisément les éléments constitutifs de l'infraction à l'origine des profits blanchis ou si le seul fait d'établir leur origine illicite suffisait. Dans la première hypothèse, à l'image du délit français de blanchiment classiquement conçu, l'infraction ne jouissait dès lors d'aucune autonomie. Dans ce cas, le blanchiment aurait été une simple infraction de conséquence conditionnée à la qualification préalable de l'infraction principale. Dans la deuxième hypothèse, en revanche, l'infraction pouvait être perçue comme étant « générale, distincte et autonome » bénéficiant d'un régime propre.

276. Nature des produits susceptibles de blanchiment. L'article faisait référence aux « biens » et « sommes » provenant de la commission d'une infraction principale. Cette formulation faisait écho à la définition française du délit qui emploie le terme « biens et revenus ». Comme soulevé le terme « biens » doit être entendu très largement en droit français tandis que les « revenus » font référence aux bénéfices plus indirects, ceux provenant des investissements réalisés avec les revenus illégaux.

Le terme « biens » n'est pas défini par le code pénal vietnamien mais par le code civil dont l'article 163 énonce : « *les biens comprennent les choses, le numéraire, les titres qui ont une valeur pécuniaire et les droits réels.* ». Cette définition reste obscure quant au sort réservé aux choses immatérielles et aux immeubles. La réponse repose sur le fait de connaître l'étendue exacte du terme « choses ».

La traduction officielle anglaise de l'article utilise la notion de « property », définie comme « *tangible things, money, valuable papers and property rights* »⁷⁵⁸. Elle semble ne concerner

⁷⁵⁴ C. pén. Vn., art. 8§2.

⁷⁵⁵ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, *op. cit.*, art. 6§2 a).

⁷⁵⁶ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 23§2 a).

⁷⁵⁷ Loi, n°23/2000/QH10, « Law on drug prevention and fight », Hanoi, 9 décembre 2000, art. 3§5: is strictly forbidden « Legalizing money and/or property acquired through the commission of drug-related crimes ».

⁷⁵⁸ Version officielle anglaise du CCiv Vn 2006 disponible sur le site officiel du Ministère de la justice vietnamien : http://moj.gov.vn/vbqp/en/Lists/Vn%20bn%20php%20lut/View_Detail.aspx?ItemID=6595.

que les biens corporels, exclusifs des choses immatérielles. Si telle interprétation est juste, les biens immatériels ne sauraient faire l'objet d'un blanchiment en droit vietnamien sauf si elles ont été préalablement matérialisées sur un support tangible tel qu'un document attestant d'un droit de propriété par exemple. Cette conception représente un frein non négligeable à la lutte contre le blanchiment quand nous savons que les blanchisseurs font abondamment usage de toutes les techniques « d'ingénierie financière » souvent parfaitement dématérialisées. Les immeubles, en revanche, ne semble pas être directement exclus de la définition de l'article 163 du code civil. Ils entrent dans la catégorie des choses tangibles et sont, dans tous les cas, visés au travers des titres de propriété qui leur sont attachés.

L'interrogation demeure quant à l'ajout du terme « sommes » à côté des biens dans cette ancienne définition. L'article 163 du code civil fait directement référence aux sommes d'argent. La question se pose donc de savoir pourquoi le législateur répressif avait pris le soin d'ajouter la notion de sommes quand celle de biens la comprenait déjà. D'aucun pourrait considérer cet ajout comme étant parfaitement superficiel. Deux hypothèses étaient envisageables. La première était que le législateur avait entendu se détacher de la définition civile de bien pour adopter une conception purement pénale des notions de biens et de sommes. La deuxième était que le législateur avait souhaité donner une dimension particulière à la monnaie en matière de blanchiment.

Une étude a été menée par l'Asian Pacific Group on Money Laundering (APG) sur la législation vietnamienne du blanchiment en vigueur jusqu'en 2009. A ce titre, le Ministre de la justice, Monsieur Ha Hung Cuong, était intervenu pour apporter un certain nombre de précisions utiles. Il a affirmé que la notion de « biens » contenue dans l'article 251 du code pénal devait s'entendre de la même manière que celle définie à l'article 163 du code civil⁷⁵⁹. Dans cette hypothèse et à l'image de la définition française, les « sommes » devaient donc faire référence aux revenus « nets » des blanchisseurs acquis par le biais d'investissements réalisés avec les fonds blanchis.

277. Eléments matériels. L'article 251 du code pénal semblait incriminer, avant 2009, deux formes distinctes de blanchiment : le blanchiment par « légalisation » de biens au moyen de transactions financières et le blanchiment par « utilisation » de biens illicites dans le cadre d'activités économiques. Ces deux types d'activités étaient a priori relativement éloignés des prescriptions internationales, notamment des conventions de Palerme et de Mérida auxquelles le Vietnam est partie⁷⁶⁰.

278. La première forme de blanchiment, matérialisée par la « légalisation » au moyen de transactions semblait relativement éloignée des dispositions internationales précitées, en particulier de la Convention des Nations Unies contre la corruption⁷⁶¹. Rappelons que l'article 23 de la Convention incrimine les activités de conversion, de transfert et de dissimulation des produits issus d'une infraction. Il en est de même du droit français qui incrimine ces activités à l'alinéa 2 de l'article 324-1 du code pénal⁷⁶². Au contraire de ces dispositions, le législateur vietnamien n'incriminait dans cette forme que la « légalisation » dans sa globalité sans distinction des différentes étapes du processus. Cela impliquait que seules les personnes ayant

⁷⁵⁹ Asian Pacific Group (APG) on Money Laundering, « Anti Money laundering and combating the financing of terrorism », *Mutual Evaluation Report*, Vietnam, 8 juillet 2009, APG, Vietnam ME1, p. 42.

⁷⁶⁰ Le pays a depuis lors ratifié les deux conventions. La Convention de Palerme de 2000 a été ratifiée par une loi du 8 juin 2012 tandis que celle de Mérida a été ratifiée par la loi du 29 juin 2009 (*op. cit.*).

⁷⁶¹ Rappelons que le pays n'avait pas encore ratifié la Convention à cette date.

⁷⁶² Voir *supra* n°254.

personnellement procédé à toutes les étapes de la légalisation étaient condamnables. *Quid* lorsque le blanchiment avait été fractionné en de multiples activités de placement, de dissimulation et de conversion commises par plusieurs auteurs ? Si l'on adopte une interprétation restrictive de la lettre de l'article, la seule participation à tout ou partie d'une ou plusieurs étapes du processus du blanchiment n'était pas suffisante pour caractériser une légalisation condamnable.

L'article faisait également référence aux moyens de « légalisation » par le biais d'une liste non exhaustive. Les moyens énumérés étaient : les transactions financières, les transactions bancaires ou « toute autre transaction ». L'établissement d'une telle liste dans la définition générale du blanchiment est une initiative curieuse de la part du législateur au regard de la spécificité de la matière. Il est admis en droit vietnamien que le législateur établit toujours une liste des moyens, notamment en droit pénal, afin d'éviter toute interprétation un peu trop extensive de la part des juges du fond. Mais la matière du blanchiment se prête peu ou prou à cette possibilité étant donné que le terme embrasse en réalité toutes les techniques d'ingénierie financière pouvant relever de l'imagination des blanchisseurs. Dresser une liste exhaustive des moyens de blanchiment s'avère donc impossible. Le législateur a d'ailleurs semblé avoir saisi cette complexité en tentant d'ouvrir la liste à « toutes autres transactions ». Pour autant la formulation choisie laissait planer un certain nombre d'incertitudes particulièrement infortunes en matière pénale⁷⁶³.

279. La deuxième forme de blanchiment incriminée par l'article était relative à « l'utilisation » des biens et sommes illégalement acquises dans des activités économiques. Ce blanchiment par « utilisation » n'était en rien comparable avec les dispositions internationales précitées. Peut-être était-il possible de le comparer au délit français de blanchiment par « justification » qui sous-entend, lui aussi, l'établissement d'actes relatifs à la vie économique tels que des fausses factures ou de faux bulletins de salaires, pour donner une apparence de légalité à des revenus illicites. Rien n'est moins sûr cependant puisque le mystère reste entier quant à la délimitation du domaine de cette forme d'incrimination. Somme toute, semble-t-il que le législateur ait souhaité émettre une distinction entre le blanchiment effectué par le biais du marché financier et celui effectué par le biais du marché « réel ». Dans cette hypothèse, le blanchiment par légalisation incriminait les activités relatives à l'investissement de sommes sur le marché financier tandis que le blanchiment par utilisation incriminait les investissements réalisés dans des activités économiques réelles telles qu'un apport dans une entreprise par exemple. Mais si cette hypothèse était vraie, le terme « toutes autres transactions » appliqué à la première forme de blanchiment était suffisant.

280. L'article 251 du code pénal n'incriminait donc pas la dissimulation du produit d'une infraction au titre du blanchiment. Aucune des deux formes de blanchiment ne permettait d'incriminer directement les actes de dissimulation. L'interrogation a été portée au Ministre de la justice qui avait justifié ce « vide » par le fait que les actes de dissimulation faisaient déjà l'objet d'une incrimination au titre du recel de l'article 250 du code pénal⁷⁶⁴. Avant 2009, le blanchiment n'était donc autre qu'un dérivé du recel. Plus exactement, le législateur considérait l'infraction de blanchiment comme une sorte de « recel spécial ». Trois formes de blanchiment semblaient alors être incriminées : les deux formes précitées et le blanchiment par « dissimulation » incriminé au visa de l'infraction de recel.

⁷⁶³ Asian Pacific Group (APG) on Money Laundering, « Anti Money laundering and combating the financing of terrorism », *op. cit.*

⁷⁶⁴ *Ibid.*

281. L'article 250 du code pénal vietnamien relatif à la « *détention ou consommation des produits d'un crime ou délit* » incrimine le fait « *pour toute personne, sans avoir fait une promesse préalable, de détenir ou de circuler, en connaissance de cause, un bien provenant d'un crime ou délit.* ». Le terme « détenir » s'entend ici du fait d'acquérir, de posséder et de dissimuler une chose objet d'une infraction⁷⁶⁵.

Notons, d'une part, que cet article ne fait plus référence qu'au « bien » provenant d'une infraction sans considération des « sommes ». Les revenus indirects ne sont donc pas visés par l'incrimination de recel mais seulement par celle de blanchiment.

L'article conditionne, d'autre part, la commission de l'infraction au fait que son auteur n'ait pas réalisé de « promesse préalable » envers l'auteur de l'infraction principale. La présence d'une telle condition préalable suscite de nombreuses interrogations. Le Ministre de la justice, M. Cuong, a précisé à cet effet qu'il ne doit pas y avoir d'entente préalable entre l'auteur de l'infraction principale et son receleur. Dans le cas contraire, le « receleur » ne serait pas condamné au titre du recel mais à celui de la complicité encourant dès lors les mêmes peines que l'auteur de l'infraction principale. L'infraction de l'article 250 du code pénal suppose que l'auteur ait connaissance du fait qu'il « dissimule » des biens acquis au moyen de la commission d'une infraction. En revanche, il ne doit pas avoir passé d'accord préalable avec son auteur. Si ces dispositions peuvent potentiellement être applicables à des situations classiques de recel, comme le recel de vol, tel n'est pas le cas en revanche des activités de blanchiment. Supposons qu'un fonctionnaire corrompu demande régulièrement à un ami proche de dissimuler les produits de ses méfaits et dans l'hypothèse où cet ami a parfaitement connaissance des activités corruptrices de ce fonctionnaire tout en lui ayant accordé son soutien moral depuis le début. Quelle infraction cet ami a-t-il commise en droit vietnamien ? L'ancien article 251 du code pénal relatif au blanchiment supposait une utilisation des fonds ou une transaction sur le marché financier. Dans la mesure où l'ami ne fait que « cacher » les sommes, les éléments matériels de cette infraction ne sont pas constitués. Si l'on s'en tient aux précisions relatives à l'infraction de recel, il semble qu'elle ne soit pas constituée non plus puisqu'il y a accord préalable entre les « auteurs ». Il est prévu dans ce cas, normalement, que le « receleur » soit condamné au titre de la complicité. Cependant, à l'instar de l'article 121-7 du code pénal français, la complicité en droit vietnamien⁷⁶⁶ suppose des actes de provocation, d'aide ou d'assistance ou encore la fourniture d'instructions. Toutes ces activités se situent nécessairement en amont de la commission de l'infraction et non en aval. L'ami du fonctionnaire ne l'a pas aidé dans ses activités de corruption, il n'en a pas facilité la commission. Il ne peut donc être incriminé au titre de la complicité.

282. L'incrimination des activités de blanchiment était donc, jusqu'en 2009, largement insuffisantes. L'éclatement des infractions selon les activités incriminées laissait, par ailleurs, un vide législatif important. Mais la difficulté la plus importante ne résidait pas directement dans les insuffisances des textes répressifs mais dans l'articulation entre les textes répressifs et le dispositif préventif mis en place par le Décret n°74/2005/ND-CP⁷⁶⁷, dit « décret 74 ». Dans ce texte le législateur avait adopté une définition des activités de blanchiment radicalement différente et autrement plus complète que celles des articles 250 et 251 du code pénal. Ce

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p.41.

⁷⁶⁶ C. Pén. Vn, art. 20 : « Est complice l'instigateur, l'exécutant, le provocateur ou toute personne qui fournit une aide ou une assistance à l'infraction. Est considéré comme exécutant celui qui exécute personnellement l'infraction. Est considéré comme instigateur celui qui conçoit, dirige l'infraction ou donne des instructions pour sa réalisation. Est considéré comme provocateur celui qui, par excitation ou promesse, pousse autrui à commettre l'infraction. Est considéré comme complice par aide ou assistance celui qui crée des conditions morales ou matérielles permettant la réalisation de l'infraction. ».

⁷⁶⁷ Décret, n°74/2005/ND-CP, « Décret relatif à la prévention et la lutte contre le blanchiment d'argent », *op. cit.*

« fossé » juridique entre les deux textes n'était pas sans causer de grandes difficultés en matière de répression.

283. Aux termes du « décret 74 », le blanchiment se définissait par le fait de « *directement ou indirectement participer à une transaction concernant des biens ou des sommes acquis au moyen d'une activité criminelle ; de recevoir, détenir, faire circuler, convertir, transférer, transporter, utiliser ou transférer hors des frontières du pays, des biens et des sommes provenant d'activités criminelles ; d'investir dans un projet ou ouvrage, de contribuer au capital social d'une entreprise ou d'effectuer toute autre activité de dissimulation ou conversion, d'empêcher la vérification de l'origine, le véritable emplacement, les mouvements de capitaux ou dissimuler la véritable propriété, de tous biens et sommes provenant d'une activité criminelle* »⁷⁶⁸.

284. Les activités de conversion, de transfert et de dissimulation étaient directement visées dans cette « nouvelle » définition. La dissimulation était directement visée au titre du blanchiment et non plus seulement un acte de recel applicable en matière de blanchiment. L'article 3§1 du décret faisait, de plus, référence aux différentes étapes du blanchiment de sorte que la participation à l'une d'entre elle suffisait à le caractériser. Ces dispositions apparaissaient, dès lors, conformes aux dispositions internationales précitées. En ce sens, l'article 6 de la Convention de Palerme emploie les termes de « *conversion, transfert, dissimulation, déguisement de l'origine illicite des biens provenant d'une activité criminelle* »⁷⁶⁹. La Convention de Mérida, quant à elle, impose aux Etats parties d'incriminer les activités de « *conversion, transfert, dissimulation, déguisement, acquisition, détention, utilisation* » du produit du crime ainsi que la participation à l'une de ces activités⁷⁷⁰.

La dualité de définition entre les dispositions répressives et préventives était donc flagrante. Certes, le « décret 74 » n'avait aucune vocation répressive. Cette définition n'était donc censée ne concerner que les organismes responsables de la prévention, tels que les établissements financiers⁷⁷¹, et non les auteurs directs de blanchiment toujours soumis aux définitions du code pénal. Pour autant, force est de constater que ces définitions ont en réalité été amenées à s'articuler afin de parvenir à une condamnation effective des auteurs. Cette interdépendance entre les deux textes figurait d'ailleurs expressément dans la lettre l'article 24 du décret qui prévoyait que lorsque, par la mise en œuvre des procédures de prévention, un individu était identifié comme auteur, ce dernier devait être poursuivi au regard des seules dispositions répressives. Or, en raison de cette dualité de définitions, les activités qui étaient, d'un point de vue « administratif », constitutives d'actes de blanchiment pouvaient ne pas en être d'un point de vue purement répressif. Cela entraînait une dualité de régimes. Alors que les organismes assujettis au dispositif préventif devait signaler toute activité suspecte au regard de la définition du décret, sous peine de sanctions, il s'avérait au final qu'un grand nombre de ces déclarations n'étaient pas constitutives d'une infraction pénale.

Les éléments matériels du blanchiment tel qu'incriminé avant sa modification en 2009 étaient pour le moins confus et obscurs. Déjà difficilement applicable en l'état, la ou les infractions se

⁷⁶⁸ *Ibid.*, Version officielle anglaise, art. 3§1: « Money laundering means acts committed by individuals or organizations to legitimize money or property acquired from criminal activity through the following specific activities: a/ Directly or indirectly participate in a transaction related to money or property acquired from criminal activity; b/ Receiving, appropriating, moving, converting, transferring, transporting, using or transporting across borders money or property acquired from criminal activity; c/ Investing in a project or work, contributing capital to an enterprise or otherwise concealing or disguising, or obstructing the verification of the origin, the truth or the location, movement process or ownership of, money or property acquired from criminal activity ».

⁷⁶⁹ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, *op. cit.*, art. 6.

⁷⁷⁰ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §229 et s., p. 94-98.

⁷⁷¹ Voir *infra* n°1102 et s.

sont retrouvées en « dualité » à partir de 2005 avec la définition contenue dans le « décret 74 » conduisant à un réel blocage. Au-delà de cet aspect purement matériel, d'autres interrogations se posaient, notamment relatives à la question du cumul.

285. Qualité de l'auteur de blanchiment. Un individu pouvait-il être condamné pour le blanchiment du produit d'une infraction qu'il avait lui-même commise ? Les deux articles applicables en la matière doivent être envisagés séparément.

L'article 250 du code pénal semble faire référence à une tierce personne par les termes « sans accord préalable ». A l'instar la position doctrinale française *contra* la reconnaissance du cumul de qualifications et soutenant que l'on ne peut pas « *s'aider soi-même* »⁷⁷², il apparaît encore plus absurde d'être en mesure de « passer un accord préalable avec soi-même ». La condition résolutoire relative à l'accord préalable nécessite dès lors impérativement que le receleur soit distinct de l'auteur de l'infraction principale.

L'article 251 du code pénal dans sa version antérieure à 2009, quant à lui, ne faisait aucune référence spécifique à quelconque « auteur », « aide » ou « concours ». L'hypothèse de l'admission du cumul pouvait donc être envisagée. Ce n'était cependant pas le point de vue du législateur. Le Ministre de la justice, à l'occasion de l'étude menée par l'APG, avait précisé que si le cumul était admissible en théorie, il était en pratique toujours refusé⁷⁷³. Les raisons apportées à ce refus étaient que les peines applicables à l'infraction principale étaient, de manière générale, beaucoup plus lourdes que celles applicables en matière de blanchiment. Dans cette optique et toujours selon M. Cuong, le cumul n'était pas judicieux dans le sens où la condamnation au titre de l'infraction principale était suffisante. C'était notamment le cas en matière de corruption : le corrompu n'était condamné que pour les chefs de corruption passive et non pour blanchiment même si matériellement, il avait aussi contribué à blanchir le produit de son méfait⁷⁷⁴.

Telle restriction ne paraissait pas opportune. Si la démarche pouvait s'avérer compréhensible dans un souci de sévérité répressive, elle était en revanche contraire aux recommandations émises par les instruments internationaux. A ce titre, la Convention des Nations Unies contre la corruption mentionne expressément⁷⁷⁵ que le refus de la part des Etats d'admettre « l'autoblanchiment » doit émaner de la seule contrariété à leurs principes fondamentaux. Dans cette hypothèse, la Convention recommande alors fortement aux Etats qu'ils légifèrent en faveur d'une telle admission⁷⁷⁶. Dans la mesure où « l'autoblanchiment » était *in verbum* admis par l'article 251 du code pénal, la contrariété aux principes fondamentaux vietnamiens n'était pas fondée. Il y aurait dû alors admettre le cumul.

Une telle interprétation pouvait, par ailleurs, paraître satisfaisante dans la mesure où les éléments constitutifs de l'infraction principale étaient prouvés et qu'ils avaient pu être imputés à l'auteur. Elle restait en revanche critiquable lorsque le cumul était avéré mais que des obstacles subsistaient à la poursuite de l'auteur pour l'infraction principale. A ce titre, la corruption paraît être une très bonne illustration des difficultés que les autorités peuvent rencontrer dans la poursuite de ses auteurs⁷⁷⁷. Il a d'ailleurs été démontré que l'admission de

⁷⁷² En ce sens, par exemple, E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1264, p. 567 ; voir *supra* n°259.

⁷⁷³ Asian Pacific Group (APG) on Money Laundering, « Anti Money laundering and combating the financing of terrorism », *op. cit.*, n°178, p.44.

⁷⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁷⁵ Convention des Nations Unies contre la Corruption, *op.cit.*, art. 23§2 e) : « Lorsque les principes fondamentaux du droit interne d'un État Partie l'exigent, il peut être disposé que les infractions énoncées au paragraphe 1 du présent article ne s'appliquent pas aux personnes qui ont commis l'infraction principale ».

⁷⁷⁶ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §249, p.97.

⁷⁷⁷ Voir *infra* n°358 et s.

« l'autoblanchiment » sur un territoire donné agit en faveur de la lutte contre la corruption. Le refus d'admettre le cumul des infractions représentait donc un frein non négligeable à l'indépendance du blanchiment par rapport à son infraction d'origine. Mais pour statuer sur le degré d'indépendance que le pays accordait au blanchiment, il convient également de s'intéresser au degré d'intention requis pour son auteur.

286. Intention. L'interrogation se pose de savoir quel était le niveau de connaissance requis de la part du blanchisseur quant à l'origine des produits qu'il avait « légalisé ».

Cette question a été posée au Ministre de la justice à l'occasion de l'étude menée par l'APG⁷⁷⁸. Il avait précisé à cette occasion que l'élément intentionnel requis pour les articles 250 et 251 du Code pénal était « une connaissance entière »⁷⁷⁹ de l'origine illicite des produits. En d'autres termes, le blanchisseur devait absolument être certain que les produits qu'il dissimulait et/ou légalisait étaient issus d'une infraction. Le Vietnam ne reconnaît pas le concept de la simple « suspicion ». Le degré de connaissance était donc élevé. Il était admis, en revanche, que les autorités de poursuites pouvaient déduire l'intention des faits, notamment de la preuve que les activités du blanchisseur aient été effectuées dans des « circonstances anormales ».

Ces précisions permettent de formuler plusieurs remarques quant au degré de connaissance requis pour l'ancienne infraction de blanchiment.

Le Vietnam ne reconnaît pas, à l'image de la France, le blanchiment par « imprudence ou négligence »⁷⁸⁰. Le blanchisseur devait avoir conscience que les produits auxquels il donnait une apparence de légalité provenait effectivement d'une infraction. Pour autant, l'exclusion de la suspicion pouvait représenter un frein à la condamnation et, surtout, à la prévention de l'infraction.

Mais une exclusion aussi expresse du concept de suspicion pouvait surtout avoir des effets pervers sur le risque pénal encouru. Elle enjoignait, en réalité, les « blanchisseurs » à ne pas vérifier l'origine des produits dont ils suspectaient provenir d'une activité illégale. La vérification les exposait, en effet, à une condamnation pénale ce qui n'était pas le cas d'un simple soupçon. Telle position apparaissait curieuse en ce qu'elle conduisait, dans la pratique, à déresponsabiliser les auteurs mais elle se comprenait au regard de la politique économique du pays à cette époque. Le Vietnam semblait, en effet, chercher par tous moyens à attirer les capitaux étrangers y compris par une « promesse implicite » de ne pas en vérifier l'origine⁷⁸¹. Ainsi, même si l'exclusion de la suspicion était relativement atténuée par le « décret 74 » qui contenait des obligations déclaratives pour les transactions suspectes⁷⁸², telle atténuation était limitée aux seules sanctions administratives. Les « blanchisseurs » pouvaient dès lors être sanctionnés administrativement pour violation des obligations préventives mais ne pouvaient faire l'objet d'aucune poursuite pénale pour blanchiment.

La nécessité d'une « connaissance entière » de l'origine frauduleuse des produits ne permettait pas, en outre, de déterminer le degré exact de connaissance requis. La question se posait de savoir à quel niveau devait se situer l'intention du blanchisseur. Le blanchisseur devait-il seulement être certain que les produits qu'il « légalisait » provenaient d'une

⁷⁷⁸ Asian Pacific Group (APG) on Money Laundering, « Anti Money laundering and combating the financing of terrorism », *op. cit.*

⁷⁷⁹ Le Ministre de la justice a employé les termes en anglais de « full knowledge » ; *Ibid.* n°184, p. 46.

⁷⁸⁰ Terme employé par M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – Conditions et constitution », *op. cit.*, n°76.

⁷⁸¹ C. Batt, UNODC/World Bank AML/CFT Advisor, entretien du vendredi 3 mai 2013.

⁷⁸² Décret, n°74/2005/ND-CP, « Décret relatif à la prévention et la lutte contre le blanchiment d'argent », *op. cit.*, art. 10 relatif aux « transactions suspectes » ; Voir *infra* n°1104 et s.

infraction ou devait-il avoir une connaissance précise de l'infraction principale dont ils étaient issus ? Les précisions fournies par M. Cuong à l'occasion de l'étude menée par l'APG tendaient à favoriser la première hypothèse. Elle était d'ailleurs fortement préférable au regard de l'extrême difficulté, pour les autorités de poursuites, d'apporter la preuve que le blanchisseur avait une parfaite connaissance de l'infraction principale.

287. L'incrimination du blanchiment souffrait donc de nombreuses lacunes jusqu'en 2009. Le champ d'application de l'infraction était « divisé » en deux articles distincts de sorte que le recel, classiquement conçu, se trouvait applicable à des situations de blanchiment extrêmement complexes et diversifiées. Outre l'inadaptation de la définition du recel aux spécificités du blanchiment, les peines applicables différaient selon les articles. L'article 250 du code pénal prévoyait trois peines alternatives : une amende comprise entre 5 millions et 50 millions VND⁷⁸³, une rééducation sans détention jusqu'à trois ans ou un emprisonnement compris entre une et cinq années⁷⁸⁴. L'article 251 du code pénal prévoyait, lui, une seule peine d'emprisonnement d'un maximum de cinq ans⁷⁸⁵. Le législateur jugeait donc la légalisation comme étant plus grave que la dissimulation. En outre, les circonstances aggravantes différaient également. L'infraction de « dissimulation » était graduée principalement en fonction de la « valeur » des biens dissimulés tandis que le blanchiment était gradué en fonction de la gravité des causes engendrées. Ainsi, la peine d'emprisonnement, pour l'article 251 du code pénal, était portée à quinze ans d'emprisonnement lorsque l'auteur avait « causé un degré de gravité extrêmement grand ». La distinction entre un blanchiment et un blanchiment aggravé dépendait donc de la gravité des conséquences engendrées. Dans la mesure où la graduation des conséquences n'est pas déterminée par la loi pénale, ce postulat paraissait donc relativement inquiétant au regard du risque d'arbitraire qu'il faisait courir.

Enfin, la dualité qui existait entre la définition administrative et la définition répressive conduisait, dans la pratique, à un réel blocage. Aucune poursuite pénale pour blanchiment n'a alors pu aboutir à une condamnation sous l'empire de la législation antérieure à 2009. Cette insuffisance avait d'ailleurs valu au Vietnam d'être intégré en 2013 à la « liste noire » du GAFI relative aux « juridictions à haut risque et non coopératives », sur la base d'une étude menée dans le pays en octobre 2010⁷⁸⁶.

288. Le Vietnam a entrepris en 2009 de modifier de manière conséquente son code pénal afin de se mettre en conformité avec les conventions internationales auxquelles il était partie, notamment avec la Convention des Nations Unies relative au financement du terrorisme de 1999⁷⁸⁷ et la Convention des Nations Unies contre la Corruption de 2003⁷⁸⁸. La loi d'amendement du code pénal, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010⁷⁸⁹, fait acte de ces ratifications. Par cette loi, le législateur a incriminé un certain nombre de nouvelles infractions, notamment en matière de financement du terrorisme⁷⁹⁰ et a profondément modifié l'article 251 du code pénal.

⁷⁸³ Soit, environ, entre 178 et 1780 euros.

⁷⁸⁴ C. Pén. Vn, art. 250§1.

⁷⁸⁵ C. Pén. Vn, art. 251§1.

⁷⁸⁶ GAFI, « Juridictions à haut risque et non coopératives », *GAFI*, site officiel, juin 2013. Liste disponible en ligne sur <http://www.fatf-gafi.org/fr/themes/juridictionsahautrisqueetnoncooperatives/documents/compliance-june-2013.html>.

⁷⁸⁷ Convention internationale pour la répression du financement du Terrorisme, *Nations Unies*, 1999 ; in E. David et P. Heirman, *Code de droit international pénal*, *op. cit.*, p. 497-508.

⁷⁸⁸ Convention des Nations Unies contre la Corruption, *op. cit.*

⁷⁸⁹ Loi, n°37/2009/QH12, « Law amending and supplementing a number of articles of the penal code », *op. cit.*

⁷⁹⁰ *Ibid.*, art. 1§30 créant l'article 230 b) du CPVn.

2. L'infraction de blanchiment depuis sa modification par la loi de 2009

289. Bien que le pays ne soit pas encore une place financière incontournable du monde des affaires⁷⁹¹, le risque de blanchiment y est tout de même bien réel. Une étude menée par l'Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDD) en 2010⁷⁹² a démontré que des activités de blanchiment étaient courantes dans le pays, surtout dans le secteur de l'immobilier. Beaucoup de « promoteurs » voyaient en ce secteur une très belle opportunité de « légaliser » des produits illicites. A ce titre, l'étude a également révélé que la majorité des fonds blanchis sur le territoire vietnamien provenaient de pratiques corruptrices⁷⁹³. De ce fait, il était impératif pour le pays de les envisager « *comme marchant main dans la main* »⁷⁹⁴ et non plus séparément.

290. Le législateur a pris le parti de se mettre en conformité avec les dispositions internationales auxquelles le pays était partie depuis de nombreuses années. Par une loi de ratification du 19 juin 2009, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010⁷⁹⁵, il a entièrement réécrit l'article 251 du code pénal.

Depuis lors, l'infraction vietnamienne de blanchiment se définit comme « *le fait, pour toute personne, de commettre l'un des actes suivant : a) directement ou indirectement participer à des opérations bancaires, ou autres transactions, relatives à des biens ou des sommes qu'elle sait avoir été obtenus par la commission d'une infraction, dans le but de dissimuler leur origine illégale ; b) d'utiliser les sommes ou les biens qu'elle sait provenir de la commission d'une infraction, dans des activités économiques ou toute autre activité ; c) de dissimuler des informations concernant l'origine, la véritable nature, l'emplacement, les mouvements ou la véritable propriété de sommes ou biens qu'elle sait provenir de la commission d'une infraction, ou empêcher la vérification de ces informations ; d) commettre l'une des activités prévues aux points a), b), et c) de ce paragraphe concernant des biens ou sommes qu'elle sait provenir de placement, transfert ou conversion de biens ou sommes obtenus par la commission d'une infraction* »⁷⁹⁶. L'infraction est punie d'une peine d'un à cinq ans d'emprisonnement.

291. Condition préalable. Le législateur de 2009 n'a pas modifié la nature de l'infraction de blanchiment. Elle reste une infraction de conséquence soumise à la commission préalable d'une infraction principale génératrice de profits pour son auteur. A ce titre, il n'est pas non plus apporté de précisions quant au degré de qualification de l'infraction principale requis pour la caractérisation du blanchiment.

⁷⁹¹ Ce qui peut être amené à changer dans les prochaines années étant donné le rapide développement économique auquel le pays fait face actuellement.

⁷⁹² ONUDD, « Money-laundering and the real estate sector : Vietnamese government officials find out more », *UNODC*, Hanoi, Vietnam, 25 mai 2010. Article disponible sur le site officiel de l'ONUDD, <http://www.unodc.org/southeastasiaandpacific/en/2010/05/real-estate-ml/story.html>.

⁷⁹³ ONUDD, « UNODC delivers anti-money-laundering training in Viet Nam », *UNODC*, Hanoi, Vietnam, 27 mai 2010. Article disponible en ligne sur : <http://www.unodc.org/southeastasiaandpacific/en/2010/05/aml/story.html>.

⁷⁹⁴ Termes employés par l'expert des Nations Unies, M. Chris Batt, UNODC Regional Adviser on the Global Programme against Money-Laundering Regional for Cambodia, the Lao People's Democratic Republic and Viet Nam, dans le cadre de la formation sur la lutte contre le blanchiment effectuée par l'ONUDD au Vietnam, *Ibid.*

⁷⁹⁵ Loi, n°37/2009/QH12, « Law amending and supplementing a number of articles of the penal code », *op. cit.*

⁷⁹⁶ *Ibid.*, art. 34, traduction officielle anglaise : « Those who commit any of the following acts shall be sentenced to between one and five years of imprisonment : a) directly or indirectly participating in financial or banking transactions or other transactions related to money or property which they clearly know are gained from the commission of a crime in order to conceal the illegal origin of such money or property ; b) using money or property which they clearly know are gained from the commission of crime in conducting business or other activities ; c) concealing information for the origin, true nature, location, process of movement, ownership of money property which they clearly know are gained from the commission of a crime, or obstructing the verification of such information ; d) committing one of acts specified at points a), b) and c) of this clause with regard to money or property which they clearly know are gained from the movement, transfer or conversion of money or property gained from the commission of a crime ».

292. Nature des produits blanchis. La nature des produits pouvant faire l'objet d'un blanchiment reste inchangée. Le nouvel article 251 du code pénal fait toujours référence aux « biens et revenus » précédemment identifiés. En revanche, ces termes semblent jouir aujourd'hui d'une certaine définition « autonome » se détachant quelque peu de celle de l'article 163 du code civil. A ce titre, l'article 4§2 de la nouvelle loi sur la prévention contre le blanchiment de 2012, entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013⁷⁹⁷, définit ces termes comme « *les biens, sommes, documents de valeurs ou droits de propriétés tels qu'ils sont définis dans le code civil, matériels ou immatériels, meubles ou immeubles* ». L'article inclut à cette définition « *tout document ou preuve juridique de la propriété ou de la possession du bien* ». Cette nouvelle définition, bien que se référant toujours à l'article 163 du code civil, couvre un domaine plus large de sorte que les immeubles et choses immatérielles sont désormais concernés sans détour. Pour autant, la définition figure dans la seule loi de prévention à portée purement administrative de sorte que la question reste entière quant à son applicabilité en matière répressive⁷⁹⁸. Si la nature des biens et revenus susceptibles de blanchiment semble avoir évolué, il ne s'agit pas pour autant de la modification la plus substantielle opérée par la loi de 2009. Cette loi a, en effet, radicalement modifié les éléments matériels de l'infraction.

293. Eléments matériels. L'article 251 du code pénal incrimine désormais quatre formes distinctes de blanchiment.

La première forme de blanchiment se matérialise par le fait de « *directement ou indirectement participer à des opérations bancaires, ou autres transactions, relatives à des biens ou des sommes* » que l'auteur « *sait avoir été obtenus par la commission d'une infraction* » et « *dans le but de dissimuler leur origine illégale* ». Le terme « légaliser » a ici entièrement disparu pour être remplacé par le fait de participer à une opération bancaire ou une transaction. Désormais, le seul engagement du blanchisseur dans une étape de blanchiment semble condamnable sans qu'il ne soit plus à rechercher si l'auteur est intervenu tout au long du processus. Pour autant, cette nouvelle formulation n'est pas parfaite en ce qu'elle fait encore référence à des opérations bancaires ou toutes autres transactions. Le législateur n'a pas encore réussi à s'affranchir entièrement de l'établissement d'une liste aussi peu exhaustive qu'elle soit. La participation peut, par ailleurs, n'être qu'indirecte, ce qui ouvre considérablement le champ de la répression notamment à des situations pour lesquelles les blanchisseurs ont pu faire appel à des intermédiaires.

En revanche, cette forme de blanchiment semble répondre à un dol spécifique qui n'est pas requis pour les autres formes incriminées. En plus d'avoir conscience que les produits proviennent de la commission d'une infraction, le blanchisseur doit également avoir pour objectif de « *dissimuler leur origine illégale* ». Un tel ajout apparaît parfaitement superflu puisqu'il tombe sous le sens que le blanchiment a pour vocation de dissimuler l'origine des produits illégalement obtenus. Cela ressort de la conception même de l'infraction. En outre, un tel dol spécial ne peut conduire qu'à alourdir le travail des autorités de poursuites qui devront spécifiquement établir que cette condition est remplie.

La deuxième forme de blanchiment incrimine le fait « *d'utiliser les sommes ou les biens [...] dans des activités économiques ou toute autre activité* ». Par activités économiques, il faut

⁷⁹⁷ Loi, n°07/2012/QH13, « Loi sur la prévention du Blanchiment », *op. cit.*

⁷⁹⁸ Il est donc à regretter qu'une nouvelle étude de l'APG ou de tout autre organisme n'ait pas encore eu lieu afin de déterminer si, désormais, la notion de « biens » du code pourrait, non plus faire référence à l'article 163 du code civil, mais plutôt à l'article 4§2 de la loi de 2012. Cette nouvelle référence ouvrirait expressément le champ d'application du dispositif répressif vietnamien en matière de blanchiment. Cette option pourrait d'autant plus être envisageable que l'article 4§2 de la loi fait lui-même référence au code civil.

entendre majoritairement les actes de commerce⁷⁹⁹. Cette deuxième forme de blanchiment ne diffère pas substantiellement de celle incriminée sous l'empire de l'ancien article 251 du code pénal. Le législateur semble avoir voulu entériner la distinction entre marché financier d'une part et marché réel d'autre part. Ce qui pourrait ressembler à une obstination de la part du législateur n'a pourtant pas lieu d'être. Si l'on se réfère aux définitions consacrées dans les instruments internationaux, l'investissement de sommes dans le « marché économique réel » entre dans la définition du terme « placement », première étape du processus. De telles activités entreraient par ailleurs sans difficulté dans le domaine des « autres transactions » prévues pour la première forme de blanchiment. La loi de 2009 étant une loi de ratification, il est curieux que le législateur n'ait pas souhaité reprendre plus simplement les trois phases clairement identifiées. Cela pourrait traduire une difficulté de la part du pays à concevoir véritablement le blanchiment, d'autant que ces nouvelles formes de criminalité économique bouleversent fondamentalement la conception traditionnelle des lois au Vietnam. Le législateur a toujours procédé par l'établissement de listes des comportements incriminés ou des moyens de commission de l'infraction. Cela s'avère impossible en matière de criminalité économique, notamment dans le cadre du blanchiment pour lequel une définition générale est indispensable. Le législateur est donc amené à refondre profondément le système de rédaction des lois pour s'adapter aux nécessités de ces nouvelles infractions.

La troisième forme de blanchiment incrimine le fait de « *dissimuler des informations concernant l'origine, la véritable nature, l'emplacement, les mouvements ou la véritable propriété de sommes ou biens qu'elle sait provenir de la commission d'une infraction, ou empêcher la vérification de ces informations* ». Il semble que le législateur ait souhaité ici incriminer la « dissimulation » au titre du blanchiment de sorte qu'il ne soit plus nécessaire de faire appel au recel pour la condamnation de ces agissements. Cependant, cette forme de blanchiment est étrange en ce que la dissimulation est ici associée aux informations et non pas directement au produit de l'infraction. De ce fait, ce n'est pas la dissimulation du produit d'une infraction qui est incriminée ici mais la dissimulation des informations relatives à l'origine, la véritable nature, l'emplacement, les mouvements ou la véritable propriété de ce produit. La dissimulation du produit de l'infraction relèverait donc toujours de l'article 250 du code pénal. En outre, pourquoi le législateur a-t-il pris le parti d'incriminer ici des activités relatives à une dissimulation d'informations ? Faut-il y voir une analogie par rapport au délit français de blanchiment par justification qui implique, lui aussi, un certain degré de mensonge ? Faut-il, au contraire, y voir la traduction « vietnamienne » de l'étape de dissimulation ou transfert internationalement consacrée ?

La dernière forme de blanchiment est relative au fait de commettre l'une des trois premières formes incriminées avec des « *biens ou sommes* » que l'auteur sait provenir « *de placement, transfert ou conversion de biens ou sommes obtenus par la commission d'une infraction* ». Le législateur a semblé vouloir incriminer ici ce qui est appelé le blanchiment « boule de neige »⁸⁰⁰. En d'autres termes, l'article 251 vise non seulement les activités de blanchiment du produit direct de l'infraction principale mais aussi le blanchiment du produit de l'infraction ayant déjà été blanchi. Ce qui est curieux dans la rédaction de ce dernier alinéa est que le législateur emploie les termes de placement, transfert et conversion qu'il s'est pourtant refusé d'incriminer directement dans les autres formes de blanchiment. En conséquence, ces trois activités ne sont pas incriminées mais le fait de blanchir des biens ou des sommes issues de l'une de ces trois activités est en revanche condamnable.

⁷⁹⁹ La traduction officielle anglaise emploie, en effet, le terme "business" qui fait directement référence aux actes de commerce.

⁸⁰⁰ Terme utilisé par M. Culioli, « Infraction générale de blanchiment. – conditions et constitution », *op. cit.*, n°72-74.

294. Malgré certaines insuffisances, le législateur a considérablement amélioré l'incrimination de blanchiment au regard de sa version antérieure à 2009. L'infraction vise désormais différentes formes de blanchiment et, bien que ce ne soit pas évident, elles ne sont pas si éloignées des conventions internationales précitées. A ce titre, la Convention de Mérida incrimine les activités de « conversion ou transfert » pouvant être définies comme la transformation d'une forme d'avoir en une autre forme, ainsi que les activités de « dissimulation ou déguisement » qui se comprennent comme le fait de tromper, notamment, sur la véritable nature, l'origine ou l'emplacement des avoirs⁸⁰¹. Ces définitions ressortent, même indirectement, de l'analyse du nouvel article 251 du code pénal.

295. Cette modification a également permis de réduire considérablement l'écart qui existait entre les définitions répressives et administratives du phénomène. Nous avons assisté progressivement à une parfaite harmonisation des définitions entre les textes préventifs et répressifs. Entre 2010 et 2013, le nouvel article 251 du code pénal « cohabitait » avec le « décret 74 »⁸⁰² alors encore en vigueur. La ratification des conventions internationales par la loi de 2009 n'a eu, en effet, aucun impact direct sur les textes pris en matière de prévention du blanchiment.

L'article 3§1 du « décret 74 »⁸⁰³, rappelons-le, définissait le blanchiment comme étant le fait de : « *directement ou indirectement participer à une transaction concernant des biens ou des sommes acquis au moyen d'une activité criminelle ; de recevoir, détenir, faire circuler, convertir, transférer, transporter, utiliser ou transférer hors des frontières du pays, des biens et des sommes provenant d'activités criminelles ; d'investir dans un projet ou ouvrage, de contribuer au capital social d'une entreprise ou d'effectuer toute autre activité de dissimulation ou conversion, d'empêcher la vérification de l'origine, le véritable emplacement, les mouvements de capitaux ou dissimuler la véritable propriété, de tous biens et sommes provenant d'une activité criminelle* »⁸⁰⁴. Bien que les deux articles ne soient pas rédigés dans des termes parfaitement identiques, les deux définitions étaient du moins compatibles de sorte que cela réduisait considérablement le blocage précédemment identifié. Les « responsabilités » ont par ailleurs été harmonisées de sorte que les auteurs étaient autant responsables pénalement que les assujettis l'étaient administrativement. Pour autant, comme soulevé, les définitions restaient seulement « compatibles » de sorte que celle du « décret 74 » restait toujours bien plus complète. Cette définition regroupait, en effet, les notions dissimulation, utilisation, transfert, conversion tout en conservant les notions de transactions, opérations et investissement qui semblaient revêtir une importance particulière au Vietnam. Cette définition paraissait d'ailleurs satisfaisante au regard des dispositions internationales. Il est donc possible de se questionner sur la raison qui a poussé le législateur à élaborer une troisième définition du blanchiment quand celle du décret paraissait satisfaisante. La raison, malheureusement, apparaît bien plus banale que l'on pourrait l'envisager et provient

⁸⁰¹ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §227-238, p. 94-95.

⁸⁰² Il est cependant important de mentionner l'existence de la nouvelle loi en matière de prévention contre les activités de blanchiment, entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013 (Loi, n°07/2012/QH13, *op. cit.*) et abrogeant le décret 74. Néanmoins cette nouvelle loi ne semble pas avoir été adoptée expressément pour se mettre en accord avec les dispositions de la convention des Nations Unies contre la corruption.

⁸⁰³ Décret, n°74/2005/ND-CP, « Décret relatif à la prévention et la lutte contre le blanchiment d'argent », *op. cit.*

⁸⁰⁴ *Ibid.*, Version officielle anglaise, art. 3§1: « Money laundering means acts committed by individuals or organizations to legitimize money or property acquired from criminal activity through the following specific activities: a/ Directly or indirectly participate in a transaction related to money or property acquired from criminal activity; b/ Receiving, appropriating, moving, converting, transferring, transporting, using or transporting across borders money or property acquired from criminal activity; c/ Investing in a project or work, contributing capital to an enterprise or otherwise concealing or disguising, or obstructing the verification of the origin, the truth or the location, movement process or ownership of, money or property acquired from criminal activity. » ; voir *supra* n°283.

probablement du manque de communication qui existe entre les différents organes en charge de la rédaction des textes de lois⁸⁰⁵.

296. En 2013, le « décret 74 » a été abrogé pour être remplacé par la loi sur la prévention du blanchiment entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013⁸⁰⁶. Depuis lors, il ne subsiste plus aucune distinction entre les définitions répressives et préventives du blanchiment puisque l'article 4§1 de la loi fait expressément référence à l'article 251 du code pénal. Bien qu'il soit curieux que le législateur ait souhaité procéder de cette manière, en abandonnant toute référence directe à des activités de dissimulation, utilisation, transfert et conversion, force est de constater que les définitions sont désormais parfaitement identiques. L'articulation entre les textes ne pose plus aucune difficulté et aucun blocage n'a plus lieu d'être.

297. Qualité de l'auteur de l'infraction. Le nouvel article 251 du code pénal ne fait toujours pas référence à quelconque « auteur » ou « concours » qui pourrait être exclusif de tout cumul. *In verbum*, l'infraction est donc applicable à l'auteur de l'infraction principale. Cela ne fait aucun doute au regard des précisions apportées par le législateur quant à la version précédente de l'article. Dès lors toute l'interrogation repose sur le fait de savoir si, dans la pratique, le cumul est désormais accepté. Malheureusement il semble très difficile de pouvoir répondre à cette question en l'absence de précisions en ce sens. Depuis 2009, l'APG n'a mené aucune nouvelle étude sur le blanchiment au Vietnam et comme soulevé, il n'est pas possible de connaître la position des juridictions répressives sur ce point. Au-delà du fait que l'accès à la jurisprudence soit interdit, le problème se situe surtout autour du fait de savoir s'il en existe une. Les activités de blanchiment ne font que très rarement l'objet d'une condamnation. La volatilité des transactions effectuées sur le pays, en grande majorité en espèces⁸⁰⁷, rend toute détection quasiment impossible⁸⁰⁸.

298. Intention. L'article précise, en ce qui concerne l'intention requise, que l'auteur du blanchiment doit savoir que les biens et sommes proviennent de la commission d'une infraction. Ces dispositions confirment la position que le législateur avait adoptée sous l'empire de l'ancienne infraction. L'intention requise est une « connaissance entière » de l'origine frauduleuse des produits blanchis. En d'autres termes, la suspicion est toujours rejetée. Le blanchisseur doit savoir, sans aucun doute, que les biens et sommes qu'il blanchit provient de la commission d'une infraction préalable. En revanche, il ne semble pas qu'il soit nécessaire qu'il ait une connaissance précise de l'infraction en question. C'est du moins ce qui ressort de la lettre de l'article mais il n'est pas impossible, aux vu des analyses précédentes, que le législateur adopte en réalité une toute autre interprétation.

299. La modification de 2009 a, sans nul doute, profondément amélioré l'incrimination de blanchiment. Pour autant, son indépendance par rapport à l'infraction principale et à l'auteur de cette dernière ne semble pas avoir encore été consacrée. Certaines dispositions du code pénal, applicables en matière de blanchiment, s'avèrent néanmoins en faveur de l'autonomie

⁸⁰⁵ Les textes de lois vietnamiens sont, en effet, rédigés par différents cabinets de différents ministères selon les matières concernées. Ainsi, la rédaction d'un seul texte peut, parfois, être fragmentée en plusieurs « groupes » de rédacteurs en fonction de domaines que ce texte va couvrir. Par ailleurs, un même domaine, comme le blanchiment, sera couvert par différents ministères selon que nous nous trouvons dans le cadre de la prévention ou de l'incrimination. Or, il a été avéré, au cours de différents séminaires conduits par la maison du droit (tous domaines confondus), que les groupes de rédacteurs pour un même texte ou les différents rédacteurs pour plusieurs textes concernant le même domaine, ne communiquent que très peu entre eux au moment de la rédaction. C'est l'une des raisons qui peut être à l'origine des contradictions qui existent entre certaines dispositions ou les difficultés soulevées quant à leur articulation.

⁸⁰⁶ Loi, n°07/2012/QH13, « Loi sur la prévention du Blanchiment », *op. cit.*

⁸⁰⁷ C'est le cas, par exemple, des salaires qui sont payés en espèces à la plupart des salariés. Le virement bancaire est très peu utilisé au Vietnam et encore relativement couteux au regard des frais que prennent les banques pour de telles transactions, quand elles ne refusent pas. Par ailleurs, il est impossible de financer l'achat d'une voiture, d'une moto ou même la construction d'une maison au moyen de procédés bancaires telles que le virement, le paiement par carte de crédit ou le chèque (entièrement inexistant au Vietnam).

⁸⁰⁸ Voir *infra* n°372 et s.

du délit. L'article 6 du code pénal vietnamien donne des précisions sur l'effet extraterritorial des dispositions répressives. Dans son premier paragraphe⁸⁰⁹, l'article prévoit que les ressortissants vietnamiens restent soumis au droit pénal de leur pays quand les activités effectuées à l'étranger sont constitutives d'une infraction dans le code pénal national. En d'autres termes, le juge répressif vietnamien, à l'instar du juge français, qualifie les actes de l'accusé au regard du seul droit national. Ainsi, une personne peut être condamnée pour blanchiment alors même que les activités qui en sont à l'origine ne constituent pas une infraction dans le pays où elles ont été commises⁸¹⁰. Ces dispositions ne sont pas sans rappeler la position de la Cour de Cassation française dans son arrêt du 24 février 2010⁸¹¹. Néanmoins, à la différence de cette solution, l'article 6 du code pénal vietnamien contient une limite en ce qu'il n'est pas applicable aux ressortissants étrangers.

* *

*

300. L'infraction de blanchiment semble donc être une infraction difficile à saisir pour tous les systèmes répressifs. La raison est qu'il s'agit avant tout d'une réalité complexe que les Etats ont dû transformer en une définition juridique précise⁸¹². De ce fait, l'infraction générale regroupe dans la pratique une multitude d'activités relevant de « l'ingénierie financière ». Tous les montages juridico-financier que permet le Droit sont autant de sources pour l'imagination des blanchisseurs. Pour autant l'incrimination de ces pratiques est essentielle, notamment à la lutte contre la corruption. Seule la lutte contre le blanchiment permet véritablement d'annihiler les profits des criminels. En matière de corruption cet aspect prend une autre dimension en ce que le blanchiment réduit à néant l'un des éléments constitutif de l'infraction : l'avantage indu. En aval de la corruption, l'infraction de blanchiment permet donc de priver le corrompu du bénéfice de ses activités illicites. En outre, la lutte contre le blanchiment s'attaque aux mêmes systèmes et circuits également utilisés par les auteurs de corruption. En ce sens, lutter activement contre un phénomène aura des conséquences directes sur l'anéantissement du deuxième.

301. Mais le blanchiment se situe nécessairement en aval des pratiques corruptrices en ce qu'il agit sur leurs produits. Pour lutter efficacement contre la corruption, il semble également fondamental de pouvoir incriminer des activités exercées en amont de cette dernière. Force est de constater que pour corrompre, il est parfois nécessaire de commettre une infraction préalable afin de dissimuler la destination des fonds. Certains délits relatifs au détournement d'actifs par exemple peuvent apparaître, dans le cadre de cette étude, comme des délits connexes à la corruption.

SECTION 2 : L'EXISTENCE DE DELITS CONNEXES A LA CORRUPTION

⁸⁰⁹ C. Pén. Vn, art. 6§1 : « Lorsqu'un citoyen vietnamien a commis une infraction hors du territoire de la République socialiste du Vietnam, il peut être pénalement poursuivi au Vietnam conformément aux dispositions du présent code ».

⁸¹⁰ Asian Pacific Group (APG) on Money Laundering, « Anti Money laundering and combating the financing of terrorism », *op. cit.*, n°175, p.44.

⁸¹¹ Voir *supra* n°246 et 267.

⁸¹² Cf J.-F. Thony et J.-P. Laborde, « Criminalité organisée et blanchiment », *op. cit.*, p. 414.

302. En procédure civile, la notion de « connexité » s'entend de la situation dans laquelle deux demandes en justice sont si étroitement liées qu'il paraît indispensable de les juger ensemble⁸¹³. Dans le cadre de cette étude, les infractions connexes à la corruption s'entendent donc d'infractions présentant un lien si étroit avec la corruption qu'elles sont considérées comme des pratiques corruptrices au sens large. Certaines infractions connexes interviennent en amont de la corruption de sorte que l'auteur a parfois besoin d'y avoir recours pour s'adonner aux activités corruptrices. D'autres infractions interviennent en ce qu'elles seront condamnables et imputables dans des situations pour lesquelles les actes de corruption commis sous couvert n'ont pu être prouvés.

303. Parmi ces activités connexes, un grand nombre d'entre elles s'avèrent être déjà incriminées de longue date dans les systèmes répressifs nationaux. Chaque système possède, en effet, un certain nombre d'infractions économiques classiquement conçues afin de sanctionner les abus de la vie des affaires. Dans la pratique, il apparaît que ces abus représentent fréquemment un vecteur de la corruption. Les délits connexes préexistants prennent dès lors une toute autre dimension dans le cadre de la lutte contre les pratiques corruptrices en ce que leur sanction permettra souvent de révéler des actes de corruption voire de les condamner indirectement (§1).

D'autres comportements, en revanche, ont été spécifiquement identifiés pour faciliter la lutte contre la corruption. Leur incrimination relève dès lors d'une volonté nationale de lutter plus activement contre ce phénomène. La plupart de ces comportements ont été identifiés à échelle internationale par les Conventions adoptées en la matière. Telle est le cas de la Convention de Mérida incriminant une nouvelle infraction : le délit d'enrichissement illicite (§2).

§1 – LES DELITS CONNEXES PRESENTS DANS LES LEGISLATIONS NATIONALES

304. Les délits connexes à la corruption préexistants dans les législations nationales revêtent ce double intérêt qu'ils peuvent, à la fois, prévenir des actes de corruption et dissuader les auteurs au vu du risque pénal qu'ils encourent.

L'aspect préventif se révèle par le fait qu'une répression effective de ces infractions « vecteurs » peut, dans la pratique, empêcher la commission de pratiques de corruption qui se préparaient. Leur condamnation peut également faire éclater au grand jour des pratiques de corruption longtemps parfaitement dissimulées et représenter, en ce sens, un palliatif non négligeable si la corruption ne peut être sanctionnée.

L'aspect dissuasif se retrouve dans le fait que ces incriminations augmentent substantiellement le risque pénal encouru par les auteurs de corruption. Dans la mesure où les activités connexes représentent un vecteur de la corruption, l'auteur sera parfois amené à commettre plusieurs infractions pour commettre ces activités corruptrices. Une telle augmentation du risque pénal peut avoir un fort effet dissuasif engageant l'individu tenté à y renoncer.

305. Parmi les infractions existantes dans les systèmes répressifs, certaines retiennent plus particulièrement notre attention. Tel est le cas du délit d'abus de biens sociaux en droit français dont l'intérêt en matière de lutte contre corruption ne fait plus aucun doute

⁸¹³ S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 22^{ème} édition, 2014-2015, p. 239.

aujourd'hui (A). En droit vietnamien, une infraction d'apparence voisine de l'abus de biens sociaux est incriminée dans le code pénal : le délit de mauvaise gestion économique volontaire (B).

A- L'utilité du délit français d'abus de biens sociaux

306. L'administration des sociétés expose leurs dirigeants à certaines tentations auxquelles, la pratique judiciaire le démontre, il leur arrive de succomber⁸¹⁴. Afin de réprimer les dirigeants de sociétés qui appauvrissaient le patrimoine social et pour lesquels l'application du délit d'abus de confiance faisait montre de sérieuses limites, le Décret-Loi du 8 août 1935 a créé le délit d'abus de biens sociaux. Cette création faisait suite au scandale « politico-financier » du Crédit Municipal de Bayonne, plus connu sous le nom « *d'affaire Staviski* »⁸¹⁵. L'infraction a par la suite été confirmée et reprise par la loi du 24 juillet 1966⁸¹⁶. Depuis lors, l'abus de biens sociaux sanctionne les dirigeants qui font, de mauvaise foi, soit des biens ou du crédit de la société, soit du pouvoir et des voix dont ils disposent, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement⁸¹⁷.

307. Si l'abus de biens sociaux a longtemps été considéré comme une infraction « phare » de la vie des affaires, adoptée pour sanctionner les dirigeants peu scrupuleux, il est apparu au fil de son application qu'elle est devenue un véritable « délit-obstacle » à d'autres infractions notamment de la corruption avec laquelle il pourra se cumuler dans un objectif de renforcement de la répression⁸¹⁸. L'intégration récente de l'infraction dans la criminalité économique « *de grande ampleur* » entrant dans le champ de compétence du nouveau procureur financier est d'ailleurs très révélatrice du changement de nature de cette infraction. La commission ne se limite plus à des prélèvements dans la trésorerie de l'entreprise mais repose sur de véritables montages frauduleux⁸¹⁹.

308. Conditions préalables. L'abus de biens sociaux n'est pas applicable aux dirigeants de toutes les formes sociétaires. L'infraction était initialement imputable aux seules sociétés anonymes (SA) et sociétés à responsabilité limitée (SARL)⁸²⁰ dont l'incrimination figure aujourd'hui respectivement aux articles L241-3 et L242-6 du code de commerce. Elle a été progressivement étendue à un plus grand nombre de sociétés, notamment aux EURL dont le régime suit celui de la SARL, aux sociétés en commandites par action, aux sociétés par actions simplifiées ou, encore, aux sociétés européennes et sociétés civiles immobilières. Le délit est donc limité aux seules sociétés de capitaux dotées de la personnalité morale exclusive des sociétés de personnes, des groupements d'intérêts économiques et des associations qui ne remplissent pas ces conditions⁸²¹. La jurisprudence exclut également les sociétés de droit étranger du champ d'application du délit⁸²².

⁸¹⁴ P. Conte et W. Jeandier, *Droit pénal des sociétés commerciales, Litec*, ed. Jurisclasseur, 2004, n°209, p. 155 ; W. Jeandier, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n°269, p. 368.

⁸¹⁵ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 236.

⁸¹⁶ Loi, n°66-537, « Loi sur les sociétés commerciales », 24 juillet 1966, *JORF*, 26 juillet 1966, p.6402, art. 437.

⁸¹⁷ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 236.

⁸¹⁸ A. Dekeuwer, « Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », *JCP E*, 2008, n°9, p. 310, n°30.

⁸¹⁹ C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Dalloz, panorama*, 2014, p. 1564.

⁸²⁰ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n°741, p. 328.

⁸²¹ C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires, op. cit.*, p. 375-376.

⁸²² Cass. Crim., 3 juin 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°152 ; *JCP E*, 2004, n°44, p. 1736, note M. Raimon ; *Droit pénal*, 2004, comm. 28, note J.-H. Robert, *Revue droit des sociétés*, 2004, comm. 198, obs. R. Salomon ; *RSC*, 2004, p. 892, note D. Rebut ; *Revue des sociétés*, 2004, p. 912, note B. Bouloc.

309. L'abus de biens sociaux est, par ailleurs, réservé aux seuls dirigeants des sociétés concernées. En ce sens, l'incrimination vise en priorité les dirigeants de droit qui s'entendent des personnes désignées à ce titre par la loi ou nommées dans les statuts. Il s'agit, en conséquence, des gérants de SARL ou EURL, des présidents, administrateurs et directeurs généraux pour les SA et, plus largement, de tous les dirigeants sociaux désignés comme tels. Cette limitation *rationae personae* fait du délit d'abus de biens sociaux, comme la doctrine le souligne avec humour, « un délit aristocratique puisqu'il ne peut pas être commis par quiconque »⁸²³. L'incrimination peut être étendue aux dirigeants de fait, c'est-à-dire les associés ou salariés d'une société⁸²⁴, lorsqu'il est établi qu'ils auront, directement ou par personne interposée, exercé la gestion de la société sous couvert ou aux lieux et place de son dirigeant légal⁸²⁵. Pour être qualifié de dirigeant de fait, il doit donc être établi que le prévenu a participé « à la conduite générale de l'entreprise active, régulière et comportant prise de décision »⁸²⁶.

310. L'élément matériel. D'un point de vue matériel, la loi incrimine, de la part d'un dirigeant, un usage abusif et contraire à l'intérêt de la société⁸²⁷. L'élément matériel du délit se dédouble donc avec, d'une part, la réalisation d'un usage abusif et, d'autre part, la contrariété à l'intérêt social.

311. Un usage abusif. L'usage constitutif d'un abus de biens sociaux est un acte qui consiste à s'approprier directement des biens appartenant à la société ou à faire payer par celle-ci des dépenses à caractère strictement personnel⁸²⁸. L'usage ne suppose pas uniquement une interversion de la possession⁸²⁹. Une simple utilisation ou un acte d'administration suffit. En ce sens, la jurisprudence considère que la simple utilisation « suffit à caractériser l'infraction, en dehors de toute volonté d'appropriation définitive »⁸³⁰. L'incrimination fait référence à différents types d'usage : l'usage des biens et du crédit de la société d'une part, l'usage du pouvoir et des voix d'autre part.

312. Les biens d'une société représentent toutes les valeurs, quelles que soient leurs natures, qui forment l'actif de la société⁸³¹. En d'autres termes, les biens sont l'ensemble des meubles et immeubles, corporels et incorporels, qui constituent le patrimoine de la société⁸³². Elle peut en être propriétaire, locataire ou simplement dépositaire. La jurisprudence a adopté une interprétation particulièrement extensive de la notion de biens sociaux allant jusqu'à considérer que les fonds issus d'une infraction pénale étaient susceptibles de faire l'objet d'un détournement dès lors qu'ils avaient été immobilisés dans le patrimoine social⁸³³. Commet un abus de biens, le dirigeant qui s'attribue des rémunérations excessives, qui confond le patrimoine de la société avec le sien⁸³⁴ ou encore, celui qui utilise ses salariés pour des travaux personnels⁸³⁵. Le crédit s'entend de la surface financière de la société, sa capacité à

⁸²³ J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, op. cit., n°293, p. 473.

⁸²⁴ M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 343.

⁸²⁵ C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Dalloz*, panorama, 2011, p. 1859.

⁸²⁶ C. Constit., 18 octobre 1977, décision n° 77-5-1, *Recueil Lebon*, p. 81 ; *Revue droit public*, 1978, p. 1574 note Philip.

⁸²⁷ M. Pralus, « Contribution au procès d'abus de biens sociaux », *JCP G*, 1997, n°8, I, 4001, p. 80.

⁸²⁸ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2009, n°200, p. 196-197.

⁸²⁹ P. Conte et W. Jeandidier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, op. cit., n°232, p. 124.

⁸³⁰ Cass. Crim., 8 mars 1967, *Bull. Crim.*, n°94.

⁸³¹ C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, op. cit., n°562, p. 378.

⁸³² M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2013, n°270, p. 203 ; C. Ambroise-Castérot, *Ibid.* ; P. Conte et W. Jeandidier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, op. cit., n°219, p. 119 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°748, p. 332.

⁸³³ Cass. Crim., 3 octobre 2007, *Droit des sociétés*, 2007, p. 226, obs. R. Salomon.

⁸³⁴ P. Conte et W. Jeandidier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, op. cit., n°219, p. 119.

⁸³⁵ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2013, n°270, p. 203.

emprunter, à garantir, à cautionner⁸³⁶. Autrement dit, le crédit de la société est sa renommée⁸³⁷. Abuser du crédit de la société c'est donc engager la signature sociale, exposer la société à des paiements éventuels et ainsi lui faire courir des risques auxquels elle ne devrait pas être exposée⁸³⁸. Commet un abus de crédit, le dirigeant qui se fait cautionner une dette personnelle⁸³⁹ ou, encore, celui qui va apposer sa signature sur un effet étranger à l'activité de sa société⁸⁴⁰.

L'usage abusif peut également être constitué par un abus de pouvoir et des voix. Le pouvoir se définit comme « l'ensemble des droits que les dirigeants détiennent en vertu de leur mandat, c'est-à-dire tous les pouvoirs statutaires ou légaux »⁸⁴¹. La plupart du temps, un abus de pouvoir aura des répercussions sur les biens ou le crédit de la société⁸⁴². A ce titre, le dirigeant qui, profitant d'une situation très majoritaire, se fait octroyer une rémunération excessive commet un abus de pouvoirs avant de commettre un abus de biens⁸⁴³. Il en est de même de l'utilisation des salariés d'une société pour la réalisation de travaux personnels. Le dirigeant commet un abus de pouvoir en donnant l'ordre à ses salariés d'effectuer des travaux dans son intérêt personnel⁸⁴⁴. Les travaux, eux, sont constitutifs d'un abus de biens en ce que le coût sera endossé par la société. Pourtant, la jurisprudence a relevé, parfois, des abus de pouvoirs « autonomes »⁸⁴⁵. Tel est le cas de la conclusion, par un administrateur, d'un contrat avec sa société sans perte ni profit pour celle-ci mais pour se faire attribuer une commission⁸⁴⁶, ou d'un président du conseil qui organise une fusion-absorption contraire à l'intérêt de la société mais avantageuse pour lui-même et d'autres sociétés dans lesquelles il était intéressé⁸⁴⁷. De même, commet un abus de pouvoirs, le PDG d'une SA qui fait révoquer les membres du conseil d'administration qui lui sont hostiles pour les remplacer par des personnes plus dociles⁸⁴⁸. L'abus de voix, quant à lui, est une variante pénale de l'abus de majorité⁸⁴⁹. Les voix concernées sont d'abord et principalement les procurations délivrées en blanc, que les actionnaires ont adressées aux dirigeants pour les représenter dans les assemblées et voter pour eux. Il s'agit ici d'empêcher, par la méthode des procurations en blanc remise par les actionnaires aux mandataires sociaux, que « ceux-ci ne transforment en définitive une démocratie en oligarchie sinon en dictature »⁸⁵⁰. L'abus de pouvoir est juxtaposé à l'abus des voix, les deux termes apparaissant fort proches⁸⁵¹.

313. Pour certains auteurs, l'usage constitutif d'un abus de biens sociaux est nécessairement un acte positif. Contrairement à la notion de détournement utilisée dans la définition de l'abus de confiance, celle d'usage implique nécessairement une action. Une abstention ne serait donc pas admise puisqu'au contraire, elle suppose un « non-usage »⁸⁵². Ce n'est pas la position que

⁸³⁶ *Ibid.*, n°271, p. 203.

⁸³⁷ C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, op. cit., n°562, p. 378.

⁸³⁸ Cass. Crim, 16 janvier 1964, *JCP*, 1964, II, 13612, note J. R. ; Cass. Crim, 8 décembre 1971, *Revue des sociétés*, 1972, p. 514, note B. Bouloc.

⁸³⁹ Cass. Crim, 5 mai 1955, *Bull. Crim.*, 1955, n°234 ; *Dalloz*, 1967, p. 586, note F. Dalsace.

⁸⁴⁰ Cass. Crim, 10 novembre 1964, *Dalloz*, 1965, p. 43 ; Cass. Crim., 16 décembre 1970, *JCP*, 1971, II, 16813, note B. Bouloc.

⁸⁴¹ W. Jeandidier, « L'abus de biens sociaux, un monstre juridique ? », *Cahiers droit de l'entreprise*, 2006, n°1, p. 29 ; W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°270, p. 369.

⁸⁴² F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 239.

⁸⁴³ P. Conte et W. Jeandidier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, op. cit., n°222, p. 120.

⁸⁴⁴ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°272, p. 204.

⁸⁴⁵ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°270, p. 369 ; C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, op. cit., n°563, p. 379 ; F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 239.

⁸⁴⁶ Cass. Crim, 23 janvier 1963, *Bull. Crim.*, 1963, n°44 ; *JCP*, 1963, II, 13312.

⁸⁴⁷ Cass. Crim, 10 juillet 1995, *Bull. Crim.*, n°253 ; *JCP G*, 1996, II, 22572, note J. Paillusseau.

⁸⁴⁸ Cass. Crim, 16 mai 2012, *Droit pénal*, 2012, comm. 104, note J.-H. Robert ; *AJ Pénal*, 2012, p. 540, obs. B. Bouloc.

⁸⁴⁹ A. Lepage, P. Maître du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°752, p.336.

⁸⁵⁰ J. Larguier et P. Conte, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. « U », 11^{ème} édition, 2004, n°380.

⁸⁵¹ P. Conte et W. Jeandidier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, op. cit., n°222, p. 120.

⁸⁵² D. Rebut, « L'abus de biens sociaux par abstention », *Dalloz*, 2005, p. 1290.

semble avoir adopté la jurisprudence qui a considéré, dans un premier temps, que le fait pour un dirigeant de ne pas réclamer à une autre société dans laquelle il était intéressé, le paiement d'une dette était constitutif d'un abus de biens sociaux⁸⁵³. Pour certains, cette position semblait émettre une distinction entre les différents types d'abus. Ainsi, l'abus de biens et du crédit nécessiterait toujours un acte positif tandis que l'abus de pouvoir, lui, pourrait se caractériser par une omission⁸⁵⁴. Mais la jurisprudence a semblé, par la suite, avoir étendu sa position en considérant, dans un arrêt du 28 janvier 2004, que « *l'usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt de celle-ci peut résulter non seulement d'une action, mais aussi d'une abstention volontaire* »⁸⁵⁵. Cette solution a été beaucoup critiquée par la doctrine qui considérait qu'une simple passivité ne saurait être constitutive d'un usage⁸⁵⁶. Cette jurisprudence était d'autant plus incohérente que de tels détournements commis après la cessation des paiements ne seraient pas constitutifs d'une banqueroute⁸⁵⁷. Pour d'autres auteurs, cette solution, bien que d'apparence *contra legem*, paraît néanmoins concevable⁸⁵⁸ et il n'est pas rare, en droit pénal, d'assimiler une omission à l'action réprimée⁸⁵⁹. Bien que cette solution apparaisse préférable dans un souci de répression de tous les abus, la jurisprudence ne semble pas pour autant avoir définitivement fixé sa position. Dans une autre décision, la Cour de Cassation ne se satisfait pas d'une simple passivité mais a exigé une participation personnelle de l'auteur aux faits⁸⁶⁰. Une partie de la doctrine avait relativisé ce revirement puisque le prévenu n'était pas poursuivi à titre d'auteur principal mais comme complice⁸⁶¹. C'est donc dans une décision de 2005 prise par la Haute Cour que le doute a véritablement été jeté puisqu'elle a transposé la solution retenue en 1997 à l'auteur principal d'un abus de biens sociaux⁸⁶². Dans cette affaire, les juges du fond avaient retenu la culpabilité du prévenu aux motifs qu'en sa qualité de dirigeant social, il avait le devoir de s'opposer aux agissements de son associé et qu'il ne l'a pas fait. La Cour de Cassation a censuré cette décision dans la mesure où la participation personnelle du prévenu n'était pas caractérisée. En d'autres termes, la Cour de Cassation ne retient pas la tolérance comme une omission suffisamment caractérisée pour être constitutive d'abus de biens sociaux. Pour autant, l'usage abusif par omission ne semble pas être définitivement rejeté. La Cour l'a de nouveau caractérisé dans un arrêt du 22 septembre 2010⁸⁶³ en matière de complicité d'abus de biens sociaux. En définitive, il semble que l'omission soit acceptée mais qu'elle doit être suffisamment caractérisée pour être constitutive d'un abus de biens sociaux. Une simple tolérance au regard d'abus commis par un autre ne suffit pas.

314. La contrariété à l'intérêt social. L'incrimination protège l'intérêt de la société que le délit tend à appauvrir⁸⁶⁴. Il est donc nécessaire, pour qualifier un abus de biens sociaux, de relever que l'usage a été effectué en contrariété avec les intérêts de la société. La notion d'intérêt social n'est pas définie par les textes répressifs. Il n'est d'ailleurs pas possible de se

⁸⁵³ Cass. Crim, 15 mars 1972, *Bull. Crim.*, n°107 ; *RTD Com*, 1973, p. 573, note C. Saint-Alary-Houin ; *Revue des sociétés*, 1973, p. 357, note B. Bouloc.

⁸⁵⁴ En ce sens, M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2013, n°272, p. 205.

⁸⁵⁵ Cass. Crim, 28 janvier 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°18 ; *Droit pénal*, 2004, comm. 65, note J.-H. Robert ; *Revue des sociétés*, 2004, p. 722, note B. Bouloc ; *JCP E*, 2005, n°20, p. 817, obs. Y. Muller.

⁸⁵⁶ D. Rebut, « L'abus de biens sociaux par abstention », op. cit. ; C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, op. cit., n°566, p. 380.

⁸⁵⁷ C. Ambroise-Castérot, *Ibid.*

⁸⁵⁸ C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », op. cit.

⁸⁵⁹ M. Pralus, « Contribution au procès du délit d'abus de biens sociaux », op. cit., n°9.

⁸⁶⁰ Cass. Crim, 20 mars 1997, *Revue des sociétés*, 1997, p. 581, note B. Bouloc ; *RSC*, 1997, p. 847, obs. J.F. Renucci ; *Dalloz*, 1999, jur. 28, note D. Boccara ; *Droit pénal*, 1997, comm. 131, obs. J.-H. Robert.

⁸⁶¹ P. Conte et W. Jeandidier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, op. cit., n°233, p. 125.

⁸⁶² En ce sens, A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°747, p. 331 ; C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, op. cit., n°566, p. 380.

⁸⁶³ Cass. Crim, 22 septembre 2010, *Revue des sociétés*, 2011, p. 185, note B. Bouloc ; *RTD Com*, 2011, p. 186, note B. Bouloc ; *Droit pénal*, 2010, comm. 139, obs. J.-H. Robert ; *Dalloz*, 2011, p. 1859, obs. C. Mascala.

⁸⁶⁴ J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, op. cit., n°296, p. 476.

référer à une notion unique et intangible car, en vertu du principe de spécialité des personnes morales, l'intérêt des sociétés varie de société à société⁸⁶⁵. Dès lors, c'est au juge répressif, et à lui seul, d'apprécier cette notion au regard des circonstances de l'espèce⁸⁶⁶. A ce titre, l'appréciation de l'intérêt peut parfois être difficile. Si l'appropriation de biens de la société portant délibérément atteinte au patrimoine⁸⁶⁷ de la société est un acte crûment frauduleux, certains usages abusifs sont parfois masqués sous l'apparence d'opérations de gestion⁸⁶⁸. Afin de caractériser au mieux la notion d'intérêt social, la jurisprudence a donc adopté une conception particulièrement « souple et pragmatique »⁸⁶⁹ en distinguant selon deux situations.

Premièrement, lorsque l'acte est étranger à l'objet social, c'est-à-dire qu'il n'entre pas dans l'objet statutaire⁸⁷⁰, la jurisprudence émet une présomption de contrariété à l'intérêt social. En ce sens, l'acte qui fait supporter à la société des charges indues, désavantageuses⁸⁷¹ ou qui l'expose à des risques inutiles ou excessifs⁸⁷² sera nécessairement contraire à l'objet social. Entrent dans cette catégories, les actes de détournement des biens de la société, la prise en charge de dépenses personnelles ou encore, le fait, pour le dirigeant, de se faire cautionner une dette personnelle par la société⁸⁷³. Pour autant, la Cour de Cassation n'a établi qu'une présomption simple de contrariété⁸⁷⁴ de sorte que le dirigeant peut prouver que l'acte étranger à l'objet social était néanmoins effectué dans l'intérêt de sa société. Ainsi, un PDG ayant fait acheter deux appartements par sa société afin de les louer à lui-même et à sa mère ne commet pas un abus de biens sociaux car il a été prouvé que la société recevait une contrepartie satisfaisante fixée au prix du marché⁸⁷⁵.

Deuxièmement, lorsque l'acte entre dans l'objet social, la jurisprudence émet une présomption simple de conformité avec l'intérêt social. Mais ce principe n'est pas, une fois de plus, absolu et la jurisprudence considère que sont contraires à l'intérêt de la société les actes qui se traduisent pas des opérations désavantageuses pour elle ou qui exposent l'entité à des risques inutiles ou excessifs⁸⁷⁶. Pour reprendre la formule de la Cour de Cassation, la contrariété à l'intérêt social est caractérisée dès lors que l'actif social connaît « *un risque auquel il ne devait pas être exposé* »⁸⁷⁷. A ce titre, expose sa société à un risque anormal, le dirigeant qui effectue des opérations faisant courir « *des risques trop importants pour la société sans contrepartie suffisante ou hors de proportion avec ses possibilités réelles* »⁸⁷⁸. Il en est de même pour le dirigeant qui organise une « fusion-absorption » déséquilibrée et lésionnaire pour sa société⁸⁷⁹. Dans les deux situations, le risque s'apprécie au jour où les dirigeants sociaux ont effectué l'opération⁸⁸⁰ litigieuse et non à celui où elle a produit des résultats⁸⁸¹. Il importe donc peu que l'acte se soit révélé au final bénéfique pour la société⁸⁸².

⁸⁶⁵ M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 344.

⁸⁶⁶ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2013, n°275, p. 206.

⁸⁶⁷ P. Conte et W. Jeandidier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, op. cit., n°238, p. 126.

⁸⁶⁸ M. Pralus, « Contribution au procès du délit d'abus de biens sociaux », op. cit., n°10, p. 81.

⁸⁶⁹ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°754, p.337.

⁸⁷⁰ M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 345.

⁸⁷¹ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 244.

⁸⁷² M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2013, n°277, p. 208.

⁸⁷³ Cass. Crim, 10 mai 1955, *Bull. Crim.*, 1955, n°234.

⁸⁷⁴ C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, op. cit., p. 244.

⁸⁷⁵ Cass. Crim, 24 octobre 1996, cassation pour motivation insuffisantes, *Droit pénal*, 1997, comm. 41, obs. J.-H. Robert.

⁸⁷⁶ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2013, n°276, p. 207.

⁸⁷⁷ Cass. Crim, 10 mai 1955, op. cit.

⁸⁷⁸ T. Corr. Paris, 16 mai 1974, *Gazette du Palais*, 1974, 2, p. 756 ; *Dalloz*, 1975, p. 371 et Cass. Crim, 16 janvier 1989, *Dalloz*, 1989, p. 495, note B. Cosson.

⁸⁷⁹ Cass. Crim, 10 juillet 1995, op. cit.

⁸⁸⁰ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°754, p.338.

⁸⁸¹ L'usage abusif est toujours caractérisé, même si le dirigeant rembourse les rémunérations excessives perçues : Cass. Crim, 22 septembre 2004, *Droit pénal*, 2004, comm. 117, note J.-H. Robert ; *Revue des sociétés*, 2005, p. 200, note B. Bouloc ; Cass. Crim, 11 février 2009, *Droit des sociétés*, 2009, comm. 82, obs. R. Salomon ; *Bulletin Joly*, 2009, p. 608, §122, note J. Lasserre-Capdeville.

⁸⁸² M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2009, n°202, p. 197.

Cette position jurisprudentielle a été critiquée par une partie de la doctrine qui la trouvait inhibitrice de toute initiative puisque les actes faisant courir un risque à la société sont quasi-quotidiens⁸⁸³. Telle critique est excessive puisque la notion de contrariété à l'intérêt social ne suffit pas, d'autres éléments constitutifs sont nécessaires à la qualification du délit⁸⁸⁴.

315. La jurisprudence est encore allée plus loin sur l'appréciation du risque anormal en retenant également le « risque pénal » comme constitutif d'un risque anormal auquel la société ne doit pas être exposée. C'est là tout l'intérêt du délit d'abus de biens sociaux dans le cadre de la lutte contre les pratiques corruptrices. La jurisprudence considère, en effet, que l'usage est nécessairement contraire à l'intérêt social lorsqu'il s'est traduit par la commission d'une infraction, en particulier de corruption. Plus qu'un délit sanctionnant les atteintes au patrimoine de la société, l'abus de biens sociaux est devenu une infraction de mise en danger des sociétés⁸⁸⁵. Mais cette solution n'a pas été sans fluctuations jurisprudentielles⁸⁸⁶. Le premier jalon jurisprudentiel est représenté par le célèbre arrêt « *Carpaye* » du 22 avril 1992⁸⁸⁷. Dans cette affaire, deux dirigeants d'une société de transport avaient cherché à corrompre un maire pour obtenir l'attribution exclusive du marché des transports scolaires. Les prévenus arguaient que l'abus de biens sociaux n'était pas caractérisé en ce qu'ils avaient agi dans l'intérêt de la société afin qu'elle obtienne des contrats. La Chambre Criminelle, rejetant ces arguments, avait alors énoncé : « *l'usage des biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite* ». Cet arrêt avait suscité un vif émoi dans le monde des affaires de l'époque qui n'était pas caractérisé par l'Etat de droit et où la corruption apparaissait encore comme un mal nécessaire⁸⁸⁸. Le tollé doctrinal fut dès lors quasi-général⁸⁸⁹ et la plupart des détracteurs de cette solution avaient argué que l'abus de biens sociaux ne pouvait être caractérisé en l'espèce car les agissements avaient été effectués dans l'intérêt de la société. Le versement des commissions devait dès lors être appréhendé sous l'angle de la seule corruption qui était prescrite en l'espèce. Pour certains « *faire intervenir en cette matière le délit d'abus de biens sociaux contribue à lui donner l'allure d'une qualification attrape-tout, d'une arme à tout faire entre les mains des juges [...]* »⁸⁹⁰. Pour ces auteurs, le plus grave était que le raisonnement judiciaire confondait l'objet social et l'intérêt social⁸⁹¹. Or, « *un usage contraire à l'objet social tel que la commission d'une infraction n'est pas nécessairement contraire à l'intérêt social, celui-ci pouvant au contraire s'en accommoder* »⁸⁹². Aussi le « soulagement » pour certains a-t-il été plus grand⁸⁹³ lorsque la Cour de Cassation a, dans un arrêt ultérieur, opéré un revirement. Le gérant de fait d'une société exploitant un hôtel avait constitué une caisse noire alimentée par une partie des recettes de l'établissement. Parmi ces sommes occultes, 25% avaient été utilisées pour rémunérer des employés non déclarés, le reste l'ayant été à des fins personnelles. La Haute Cour, dans le célèbre arrêt « *Rosemain* » du 11 janvier 1996⁸⁹⁴ a approuvé la Cour d'Appel

⁸⁸³ G. Sousi, note sous Cass. Crim. 11 mars 1971, *JCP G*, 1971, II, 16934.

⁸⁸⁴ Cf P. Conte et W. Jeandier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, op. cit., n°239, p. 127.

⁸⁸⁵ A. Dekeuwer, « Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », op. cit. n°10.

⁸⁸⁶ M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 346.

⁸⁸⁷ Cass. Crim., 22 avril 1992, *Bull. Crim.*, n°169 ; *Revue des sociétés*, 1993, p. 124, note B. Bouloc ; *Dalloz*, 1995, p. 59, note H. Matsopoulou ; *Droit pénal*, 1993, n°115, note J.-H. Robert ; *JCP E*, 1992, pan., 1349.

⁸⁸⁸ M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 290.

⁸⁸⁹ En ce sens notamment, F. Terré, « De la corruption », op. cit., p. 257 ; M. Pralus, « Contribution au procès du délit d'abus de biens sociaux », op. cit., n°12 ; B. Bouloc, note sous Cass. Crim., 22 avril 1992, op. cit. ; J.-H. Robert, note sous Cass. Crim., *Ibid.* ; M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2009, n°204, p. 199.

⁸⁹⁰ M. Pralus, *Ibid.*, n°12.

⁸⁹¹ En ce sens, D. Rebut, « Abus de biens sociaux », *Répertoire de droit pénal et procédure pénale*, n°37 ; M. Pralus, « Contribution au procès du délit d'abus de biens sociaux », *Ibid.*

⁸⁹² D. Rebut, « Abus de biens sociaux », *Ibid.*

⁸⁹³ En ce sens, M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 347.

⁸⁹⁴ Cass. Crim., 11 janvier 1996, *Bull. Crim.*, n°21 ; *Revue des sociétés*, 1996, p. 586, note B. Bouloc ; *Droit pénal*, 1996, n°108, obs. J.-H. Robert ; *JCP G*, 1996, IV, 822.

d'avoir rejeté la qualification d'abus de biens sociaux car les sommes n'avaient pas, dans la totalité, été utilisées à des fins personnelles. Si pour certains cette position infléchissait indubitablement l'approche adoptée en 1992⁸⁹⁵, pour d'autres en revanche, ce n'était pas évident. Dans une interprétation *a minima* l'arrêt pouvait simplement signifier que le caractère occulte des prélèvements permettait de prouver l'intérêt personnel⁸⁹⁶. De façon plus explicite, la Cour de Cassation a confirmé sa position de 1996 dans un arrêt du 6 février 1997, l'arrêt « *Noir-Botton* »⁸⁹⁷. Un dirigeant de société avait remis au gendre d'un Ministre des fonds prélevés sur sa société pour qu'il intervienne auprès de son beau-père et obtienne une remise fiscale au profit de sa société. La Cour a estimé, dans cette affaire, que « *fût-elle constitutive d'une infraction non poursuivie en l'espèce* », la démarche du dirigeant n'était pas contraire à l'intérêt de la société. Cette analyse ne saurait emporter notre conviction. Quelques rares auteurs ont critiqué cette jurisprudence « *dont la séduction apparente marque mal en réalité les défauts rédhitoires* »⁸⁹⁸. L'intérêt de la société ne doit pouvoir en aucun cas être contraire à l'intérêt de la société en général, c'est-à-dire à l'ordre public protégé par le droit pénal⁸⁹⁹. Cette position portait un très « *mauvais coup* » à l'éthique des affaires⁹⁰⁰ dans lesquelles des activités de corruption pouvaient ostensiblement être commises et non condamnées si elles n'étaient pas poursuivies dans le délai imparti. Aussi faut-il se réjouir du fait que cette solution n'a pas été adoptée pour longtemps puisque dans la même année, le 27 octobre 1997⁹⁰¹ à propos de la célèbre affaire « *Carignon* », la Cour de Cassation a de nouveau infléchi sa position pour revenir à une solution plus éthique. Pour remporter la concession du service des eaux de la ville de Grenoble, les dirigeants de deux groupes de sociétés avaient dépensé des sommes considérables afin de s'attirer les faveurs du maire. Dans un arrêt de rejet, la Chambre Criminelle énonce très justement : « *quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit (tel que la corruption) est contraire à l'intérêt social car expose la personne morale au risque anormal de sanction pénale ou fiscale contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit* ». Dans cet attendu de principe, la Cour revient à une formulation plus proche de l'arrêt *Carpaye* mais en l'explicitant. Elle n'affirme plus que tout usage illicite est abusif mais définit en quoi l'utilisation des fonds sociaux pour commettre des infractions est contraire à l'intérêt social⁹⁰². Le principe de la responsabilité pénale des personnes morales inauguré par le « *nouveau code pénal* » a assurément pesé lourd dans ce revirement⁹⁰³ puisque l'utilisation de leurs fonds pour commettre des infractions ne peut plus être considéré comme légitime⁹⁰⁴. Depuis lors, le fait pour un dirigeant d'exposer l'entité qu'il dirige à des risques pénaux ou fiscaux constitue un usage abusif contraire à l'intérêt de la société. Cette solution se dégage d'ailleurs clairement dans les décisions plus récentes. Dans un arrêt du 14 mai 2003⁹⁰⁵, la Cour a ainsi considéré qu'un acte qui risquait de ternir la réputation de la société,

⁸⁹⁵ Ex : M. Pralus, « Contribution au procès du délit d'abus de biens sociaux », *op. cit.*, n°12, p. 81 ; M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 347.

⁸⁹⁶ W. Jeandidier, « Administration. – Abus de biens, du crédit, du pouvoir ou des voix », *JCL Sociétés*, Fasc. 132-20, n°54.

⁸⁹⁷ Cass. Crim., 6 février 1997, *Bull. Crim.*, n°48 ; *JCP G*, 1997, II, 22 823, note M. Pralus ; *Dalloz Affaires*, 1997, p. 281 et 780, note H. Matsopoulou ; *Droit pénal*, 1997, comm. 61, 63 et 70 ; *Revue des sociétés*, 1997, p. 146, note B. Bouloc ; *Dalloz*, 1997, p. 334, note J.-F. Renucci.

⁸⁹⁸ P. Conte et W. Jeandidier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, *op. cit.*, n°264, p. 137 ; W. Jeandidier, « Administration. – Abus de biens, du crédit, du pouvoir ou des voix », *op. cit.*, n°56.

⁸⁹⁹ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°273, p. 373.

⁹⁰⁰ A. Dekeuwer, « Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », *op. cit.*, n°18.

⁹⁰¹ Cass. Crim., 27 octobre 1997, *Bull. Crim.*, n°352 ; *JCP G*, 1998, n°6, II, 10 017, note M. Pralus ; *JCP E*, 1998, p. 268, obs. J.-F. Renucci ; *Droit pénal*, 1998, comm. 21, obs. J.-H. Robert ; *Revue des sociétés*, 1998, p. 869, note B. Bouloc.

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°273, p. 374.

⁹⁰⁴ A. Dekeuwer, « Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », *op. cit.*, n°18.

⁹⁰⁵ Cass. Crim., 14 mai 2003, *Bull. Crim.*, 2003, n°97 ; *Dalloz*, 2003, p.1766, n°26, Obs. A. Lienhard ; *Droit pénal*, 2003, comm. 99, note J.-H. Robert ; *Gazette du Palais*, 22 septembre 2004, p. 2873, note M.-C. Sordino ; *Droit pénal*, 2004, comm. 178, note J.-H. Robert ; *RSC*, 2005, p. 315, note D. Rebut.

même en l'absence de poursuites pénales, était nécessairement contraire à l'intérêt social⁹⁰⁶. Un acte de corruption, même non poursuivi, ternissant nécessairement la réputation d'une société, est donc nécessairement contraire à l'intérêt de la société. Cette position ne peut qu'être accueillie avec bienveillance au regard de la lutte contre les pratiques corruptrices.

316. La question se pose maintenant de savoir si cette position est maintenue lorsque la société est insérée dans un groupe. Les échanges économiques internationaux sont, en effet, l'apanage des grands groupes multinationaux. Il est important de déterminer si cette solution leur est transposable. Cela est d'autant plus pertinent que la jurisprudence a adopté une position particulière au regard des groupes de sociétés. Il n'est pas rare, en effet, que des échanges de services entre mêmes sociétés du groupe se fassent à des taux très inférieurs au prix du marché, voire gratuits. Une société est alors lésée et le dirigeant est théoriquement menacé par l'incrimination d'abus de biens sociaux⁹⁰⁷. C'est pourquoi, la jurisprudence a dû s'adapter à la spécificité des groupes de sociétés et ne pas y appliquer les règles classiques de l'abus de biens sociaux⁹⁰⁸. Dans la célèbre affaire « *Willot* »⁹⁰⁹, le Tribunal Correctionnel de Paris a ouvert la voie à un assouplissement subordonné, selon cette juridiction, à trois conditions. Cette position a été confirmée par la Cour de Cassation le 4 février 1985⁹¹⁰ dans l'arrêt « *Rozenblum* ». Depuis lors, un acte désavantageux pour une société peut ne pas être considéré comme étant contraire à l'intérêt social dans la mesure où cet acte profite au groupe. Trois conditions doivent toutefois être remplies : que soit établie l'existence d'un véritable groupe structuré et supposant des relations économiques et financières entre les sociétés concernées, que l'opération envisagée soit justifiée par l'intérêt commun du groupe qui ne se confond ni avec les intérêts de chacune des sociétés, ni avec la somme de ces intérêts, ni avec l'intérêt d'une société ou d'un dirigeant et que soit établie l'absence de sacrifices ou de déséquilibres démesurés mettant en péril l'avenir de la société qui en subit la charge. Pour autant, force est de constater que le risque pénal que fait encourir la réalisation de pratiques corruptrices ne pourra, en aucun cas, être justifié par l'intérêt commun. En d'autres termes, les trois conditions relatives à l'assouplissement de la jurisprudence en matière de groupe de sociétés n'excusent en rien la commission d'infractions. Dans cette situation, l'acte sera toujours contraire à l'intérêt de la société et à l'intérêt du groupe dans lequel elle est insérée.

317. Intention. La réunion des éléments matériels du délit n'est pas suffisante à sa condamnation. L'incrimination fait état de deux éléments intellectuels : un dol général caractérisé par la mauvaise foi et un dol spécial qui est la poursuite d'un intérêt personnel.

318. La mauvaise foi. principe, relever En plus d'être contraire à l'intérêt de la société, l'usage abusif doit être fait de mauvaise foi. Le dol général établi ici n'est autre qu'une faute intentionnelle classique⁹¹¹. La mauvaise foi se caractérise par la conscience, de la part du dirigeant, d'agir dans un sens contraire à l'intérêt de la société⁹¹². Au fur et à mesure des précisions jurisprudentielles, le dol général s'est aussi caractérisé par la conscience de faire

⁹⁰⁶ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2013, n°274, p. 206.

⁹⁰⁷ J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, op. cit., p. 478.

⁹⁰⁸ Cf notamment, W. Jeandier, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°274, p. 375 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op.cit., n°755, p.338-339 ; M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°208, p. 205 ; F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 245 ; P. Conte et W. Jeandier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, op. cit., n°269, p. 139.

⁹⁰⁹ T. Corr. Paris, 16 mai 1974, *Revue des sociétés*, 1975, p. 655, note B.O ; *Dalloz*, 1975, p. 37.

⁹¹⁰ Cass. Crim, 4 février 1985, *Bull. Crim.*, 1985, n°54 ; *Dalloz*, 1985, p. 478, note Ohl ; *JCP G*, 1985, II, 14613, note W. Jeandier ; *Revue des sociétés*, 1985, p. 649, note B. Bouloc.

⁹¹¹ W. Jeandier, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°275, p. 376.

⁹¹² *Ibid* ; C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, op. cit., n°570, p. 383 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op.cit., n°757, p. 340 ; F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 246 ; M. Pralus, « Contribution au procès du délit d'abus de biens sociaux », op. cit., n°21, p. 84.

courir à la société un risque anormal distinct du risque inhérent à la nature du marché⁹¹³. La jurisprudence considère en ce sens que l'élément intentionnel peut résider dans la simple conscience que l'acte porte atteinte à l'intérêt de la société sans pour autant qu'il n'y ait eu intention de nuire⁹¹⁴. Il n'est pas rare par ailleurs que la mauvaise foi se déduise des circonstances de fait⁹¹⁵. Tel est le cas des actes commis clandestinement⁹¹⁶ ou du versement de rémunérations excessives à un moment où la société est en proie à de grosses difficultés⁹¹⁷. Enfin, comme souvent en droit pénal des affaires, la qualité de dirigeant social postule de la mauvaise foi⁹¹⁸. Le dirigeant est souvent présumé avoir conscience que les actes qu'il commet sont contraire à l'intérêt de sa société. Cette présomption reste une présomption simple mais que les prévenus auront d'autant plus de mal à renverser que les actes ont été accomplis dans un intérêt personnel⁹¹⁹.

319. La poursuite de l'intérêt personnel. La loi exige de surcroît que le dirigeant ait agi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement⁹²⁰. Une telle exigence a été, à l'origine, ajoutée afin d'éviter d'incriminer les actes constitutifs d'une simple faute de gestion. La recherche de l'intérêt personnel éclaire le mobile du coupable et sert de soutien à l'élément intentionnel du délit⁹²¹. La jurisprudence doit donc, en principe, relever la poursuite d'un intérêt personnel pour permettre une condamnation pour abus de biens sociaux. A ce titre, est justement cassé l'arrêt qui avait condamné pour abus de biens sociaux un dirigeant qui avait payé trois factures fictives avec les fonds de la société mais qui n'avait pas recherché s'il y avait pris un intérêt personnel direct ou indirect⁹²². L'intérêt poursuivi peut être incontestablement matériel. Tel est le cas lorsque le dirigeant appauvrit sa société par des versements indus, le paiement de voyages personnels, d'une amende pénale ou d'honoraires d'avocat personnels. La jurisprudence a également relevé que l'intérêt poursuivi pouvait être d'ordre purement moral. Tel est le cas du souci de sauvegarder une réputation familiale⁹²³, du désir d'entretenir des relations d'amitiés avec un tiers⁹²⁴ ou de la recherche de prestige ou d'une notoriété⁹²⁵. Néanmoins, si l'intérêt personnel est toujours un élément constitutif du délit, force est de constater que la jurisprudence se montre parfois peu rigoureuse quant à son appréciation de sorte que se pose aujourd'hui la question de la nécessité de son maintien.

320. D'une part, la conception très élargie de l'intérêt personnel qui peut être caractérisé par une simple volonté d'entretenir des relations mondaines ou politiques permet, dans les faits, de le caractériser dans pratiquement toutes les situations. La Cour de Cassation n'hésite donc pas à présumer l'intérêt personnel qui peut, par ailleurs, ne pas être exclusif⁹²⁶. Dans l'arrêt « Rosemain » du 11 janvier 1996, la Cour affirme que « s'il n'est pas justifié qu'ils ont été

⁹¹³ Cass. Crim, 19 décembre 1973, *Bull. Crim.*, 1973, n°480 ; *Revue des sociétés*, 1974, p. 364, note B. Bouloc.

⁹¹⁴ Cass. Crim, 3 février 1970, *Bull. Crim.*, 1970, n°47 ; Cf F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 246.

⁹¹⁵ W. Jeandier, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°275, p. 377.

⁹¹⁶ Cass. Crim, 11 janvier 1996, op. cit.

⁹¹⁷ Cass. Crim, 25 novembre 1975, *Bull. Crim.*, 1975, n°257.

⁹¹⁸ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op.cit., n°757, p. 340.

⁹¹⁹ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 247.

⁹²⁰ W. Jeandier, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°276, p. 377.

⁹²¹ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2013, n°279, p. 213.

⁹²² Cass. Crim, 1^{er} mars 2000, *Bull. Crim.*, 2000, n°101 ; *Bull. Joly Sociétés*, 2000, p. 710, note A. Médina ; *Revue des sociétés*, 2000, p. 576, note B. Bouloc ; *RSC*, 2000, p. 839, obs. J.-F. Renucci.

⁹²³ Cass. Crim, 3 mai 1967, *Bull. Crim.*, 1967, n°148.

⁹²⁴ Cass. Crim, 7 mars 1968, *Bull. Crim.*, 1968, n°80 ; Cass. Crim, 8 décembre 1971, *Bull. Crim.*, n°346 ; *Revue des sociétés*, 1972, p. 514, note B. Bouloc ; Cass. Crim, 9 mai 1973, *Bull. Crim.*, n°216 ; *Dalloz*, 1974, p. 261, note B. Bouloc ; *Revue des sociétés*, 1974, p. 696, note B. Bouloc ; Cass. Crim, 19 juin 1978, *Bull. Crim.*, 1978, n°202 ; Cass. Crim, 26 mars 1996, *Bull. Crim.*, 1996, n°142.

⁹²⁵ Cass. Crim, 20 mars 1997, op. cit.

⁹²⁶ Ainsi, dans un arrêt du 25 octobre 2006, la Cour affirme qu'aucun texte n'exige que l'usage des biens sociaux ait lieu à des fins exclusivement personnelles ; in Cass. Crim, 25 octobre 2006, *Bull. Joly Sociétés*, 2007, p. 243, note J.-F. Barbieri ; *Dalloz*, 2006, p. 2736, obs. A. Lienhard ; *Dalloz*, 2007, pan., p. 1627, obs. C. Mascala ; *Revue des sociétés*, 2007, p. 146, obs. B. Bouloc.

utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel »⁹²⁷. La Cour considère⁹²⁸ ainsi que, dans le cas de prélèvements occultes, s'il n'est pas prouvé que les fonds détournés ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, il faut en déduire qu'ils l'ont nécessairement été dans un intérêt personnel⁹²⁹. On retrouve ce mécanisme de présomption dans deux arrêts ultérieurs. En 2006⁹³⁰, la Cour reprend mot à mot la formule adoptée dans l'arrêt « Rosemain ». La présomption se retrouve également dans l'arrêt du 31 janvier 2007⁹³¹ à propos de l'affaire « Elf » : le simple fait que la destination finale des sommes prélevées soit secrète suffit à établir l'intérêt personnel. Cette affaire est d'autant plus intéressante dans cette étude qu'elle démontre une fois de plus que des actes de corruption ont pu être appréhendés et sévèrement condamnés sous l'angle de l'abus de biens sociaux.

321. D'autre part, il est apparu que la Cour de Cassation, dans certains arrêts, n'a même pas pris la peine de mentionner expressément la poursuite de l'intérêt personnel. La présomption est telle qu'elle a semblé à un moment ne plus devoir être mentionnée. C'est, d'ailleurs, la raison pour laquelle une partie de la doctrine avait fermement critiqué l'arrêt « Carignon ». Il ne s'agissait pas de critiquer le bien-fondé de l'application du délit d'abus de biens sociaux à des affaires de corruption mais plutôt le manque de rigueur de la Cour de Cassation qui n'a fait aucune référence à l'intérêt personnel⁹³². Sans aucun doute, en accord avec certains auteurs favorables à cette décision⁹³³, la poursuite de l'intérêt personnel était bel et bien caractérisée par la volonté pour les prévenus d'entretenir des liens privilégiés avec la sphère politique. Pour autant la Cour n'a pas pris la peine de le mentionner. Mais la Chambre Criminelle n'a pas fait fi bien longtemps de cette condition puisqu'elle semble être revenue vers plus de rigueur dans les arrêts ultérieurs. D'abord, dans un arrêt du 1^{er} mars 2000 où la Haute Cour a cassé la décision de la Cour d'Appel pour défaut de caractérisation de l'intérêt personnel. Puis dans une décision du 22 septembre 2004⁹³⁴ où le délit a, une fois de plus, été appliqué pour des faits de corruption. Dans cette affaire, des fonds sociaux avaient été employés pour corrompre le salarié d'une entreprise cliente. Ici, la Cour a pris le soin de compléter sa formule adoptée en 1997 en affirmant que l'utilisation des fonds sociaux « a eu pour seul but de maintenir la situation personnelle de son dirigeant au sein de la société ». Dans la même année, la Cour de Cassation a censuré un arrêt pour non vérification, comme le requiert la loi en l'espèce, du fait que l'auteur principal avait poursuivi des « fins personnelles »⁹³⁵.

322. Si la condition relative à la poursuite d'un intérêt personnel doit toujours être remplie et mentionnée, il apparaît qu'elle est devenue une condition purement formelle⁹³⁶. La Cour, si elle ne relève pas d'intérêt matériel spécifique, relèvera toujours au moins un intérêt moral dans le cadre d'une formule « passe-partout » sans que ne soit procédé à une recherche effective des mobiles profonds ayant animé le dirigeant⁹³⁷. La jurisprudence, comme souvent,

⁹²⁷ Voir en ce sens, J.-P. Brouillaud, « Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ? », *Dalloz*, 2008, p. 375.

⁹²⁸ Cass. Crim, 9 juillet 1998, *Revue des sociétés*, 1998, p. 821, obs. B. Bouloc ; *Dalloz*, 1999, somm., p. 159, obs. M. Segonds.

⁹²⁹ C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *op. cit.*

⁹³⁰ Cass. Crim, 14 juin 2006, *Droit pénal*, 2006, n°127, note J.-H. Robert ; *Revue des sociétés*, 2007, p. 136, note B. Bouloc ; *RSC*, 2007, p. 313, note D. Rebut.

⁹³¹ Cass. Crim, 31 janvier 2007, *Bull. Crim.*, 2007, n°28 ; *Revue des sociétés*, 2007, p. 379, note B. Bouloc ; *RSC*, 2007, p. 310, obs. D. Rebut ; *AJ Pénal*, 2007, p. 514.

⁹³² En ce sens, H. Mastopoulou, « Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux », *Dalloz*, 2005, p. 2076.

⁹³³ P. Conte et W. Jeandidier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, *op. cit.*, n°264, p. 137.

⁹³⁴ Cass. Crim, 22 septembre 2004, *op. cit.*

⁹³⁵ J.-H. Robert, « La recherche, par le prévenu, d'un intérêt personnel est l'un des éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux », note sous Cass. Crim. 4 novembre 2004, *JCP G*, 2005, II, 10051, pp. 742-744.

⁹³⁶ J.-P. Brouillaud, « Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ? », *op. cit.*

⁹³⁷ Voir en ce sens, D. Rebut, « Abus de biens sociaux », *op. cit.*, n°79.

s'éloigne peu à peu des prescriptions légales pour adopter une conception tellement large de l'intérêt personnel qu'on en vient à douter de son intérêt. L'ajout de ce dol spécifique a pu se comprendre à l'époque de la création du délit. Mais les finalités de ce dernier ont changé. L'abus de biens sociaux devient aujourd'hui une sorte de délit « rempart » qui permet de condamner tous les agissements amoraux, contraires à l'éthique mais qui ne peuvent pas toujours trouver de réponse pénale adaptée. Dans un tel contexte, il apparaît aujourd'hui préférable d'entériner cette jurisprudence extensive en offrant une nouvelle définition du délit sans référence à l'intérêt personnel⁹³⁸. L'infraction ne serait pas pour autant applicable aux simples erreurs de gestion puisque le maintien de la condition relative à la mauvaise foi y ferait obstacle.

323. L'interprétation extensive adoptée par la jurisprudence fait de l'abus de biens sociaux un véritable « délit obstacle » aux pratiques corruptrices⁹³⁹. Cela est d'autant plus vrai que la jurisprudence y applique également un régime de prescription particulièrement étendu.

324. La prescription de l'action publique. Le délai de prescription de l'action publique ne soulève pas, en soi, de problème particulier. En tant que délit, l'abus de biens sociaux répond à une prescription triennale conformément aux articles 8 du code de procédure pénale. La détermination de son point de départ s'avère, en revanche, plus délicate⁹⁴⁰. La Cour de Cassation, visiblement hostile au mécanisme de la prescription, semble avoir créé une catégorie de « délits clandestins » pour lesquels il existe désormais un régime dérogatoire de prescription à la limite de l'interprétation *contra legem* du code de procédure pénale⁹⁴¹. En tant que délit instantané, l'abus de biens sociaux doit normalement se prescrire à compter du jour de sa commission⁹⁴², c'est-à-dire lorsque l'usage abusif est commis⁹⁴³. Le délit n'apparaissant vraiment, dans la pratique, qu'au jour de la présentation des comptes annuels aux associés, le point de départ du délai de prescription semble logiquement pouvoir être fixé à cette date⁹⁴⁴. Ce n'est pourtant pas la position de la Cour de Cassation qui, étendant sa solution depuis longtemps dégagée en matière d'abus de confiance⁹⁴⁵, a dans un premier temps fixé le point de départ du délai de prescription « *au jour où le délit est apparu et a pu être constaté* »⁹⁴⁶. La Chambre Criminelle a, dans un deuxième temps, complété sa formule en mentionnant, dans une décision du 10 août 1981, que le délai était fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté « *dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* »⁹⁴⁷. Cette solution conduisait ainsi à retarder considérablement le point de départ du délai de prescription de sorte que certains sont allés invoquer jusqu'à l'imprescriptibilité de l'abus de biens sociaux⁹⁴⁸. A cette occasion certains auteurs sont allés jusqu'à considérer que tous les délinquants bénéficiaient de la prescription « *sauf l'auteur d'un génocide et le dirigeant d'entreprise* »⁹⁴⁹. La Haute Cour a semblé vouloir donner raison à cette condamnation « *unanime* »⁹⁵⁰ puisqu'elle est d'apparence revenue sur sa position initiale en en fixant le point de départ de la prescription au jour de la présentation annuelle des comptes aux

⁹³⁸ J.-P. Brouillaud, « Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ? », *op. cit.*

⁹³⁹ A. Dekeuwer, « Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », *op. cit.*, n°30.

⁹⁴⁰ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 250.

⁹⁴¹ C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, *op. cit.*, n°573, p. 385.

⁹⁴² W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°278, p. 379.

⁹⁴³ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 250.

⁹⁴⁴ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°278, p. 379.

⁹⁴⁵ G. Roujou de Boubée, « Fixation du point de départ du délai de prescription : une péripétie plutôt qu'un évènement », *Dalloz*, 2001, p. 2351.

⁹⁴⁶ Cass. Crim., 7 décembre 1967, *Bull. Crim.*, 1967, n° 119, *Dalloz*, 1968, p. 619, note J.M.R.

⁹⁴⁷ Cass. Crim., 10 août 1981, *Bull. Crim.*, 1981, n°244 ; *Gazette du Palais*, 1981, 2, p. 696, note J.C ; *Revue des sociétés*, 1983, p. 369, note B. Bouloc.

⁹⁴⁸ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, 2013, n°300, p. 231.

⁹⁴⁹ M.-A. Frison-Roche, « Abus de biens sociaux : quelles règles de prescription ? », *Le Monde*, 6 janvier 1996.

⁹⁵⁰ C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *op. cit.*

associés. Toutefois, elle a précisé que cette règle ne jouait pas « en cas de dissimulation »⁹⁵¹. Dans ce cas, le délit commence à se prescrire au moment où il est apparu et a pu être constaté dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique. Cette solution semble être depuis lors devenue la règle en ce qu'elle a été confirmée à maintes reprises⁹⁵². En principe, le délai de prescription court donc à partir du jour de la présentation des comptes annuels aux associés⁹⁵³. Ce n'est en revanche pas le cas lorsqu'il est avéré qu'il y a eu « dissimulation » de la part du dirigeant. Dans ce cas, c'est la solution dégagée en 1981 qui a vocation à s'appliquer. Cette jurisprudence pose donc le problème de savoir ce qu'il convient d'entendre par « dissimulation »⁹⁵⁴.

Il apparaît que cette notion est en définitive laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond⁹⁵⁵. Or, la Chambre Criminelle semble en retenir une conception si extensive que certains auteurs n'y voient rien de plus qu'une mise en œuvre concrète des exigences posées en 1981⁹⁵⁶. La Haute Juridiction n'hésite pas, en effet, à caractériser la dissimulation lorsque les opérations litigieuses étaient bel et bien inscrites dans les comptes annuels mais tellement « noyées dans les diverses écritures »⁹⁵⁷ que les associés n'avaient pas pu en avoir connaissance⁹⁵⁸. Une once de sévérité a pu apparaître de la part de la Cour de Cassation de sorte qu'elle a considéré que si les associés connaissaient le principe des malversations, la dissimulation n'est pas caractérisée même s'ils n'étaient pas informés des détails des agissements⁹⁵⁹. La jurisprudence a adopté en outre une position relativement sévère à l'égard de la négligence qui ne saurait retarder le point de départ du délai⁹⁶⁰.

Malgré tout, il ne fait nul doute que le régime de prescription applicable en matière d'abus de biens sociaux, au demeurant parfaitement *contra legem*⁹⁶¹, est très favorable à la répression. Cela est d'autant plus vrai que la Cour y applique aussi les règles « classiques » de retard du point de départ du délai, notamment en ce qui concerne les relations habituelles pour lesquelles la prescription ne court qu'à compter du dernier agissement⁹⁶². La règle liée au jour de la présentation des comptes n'apparaît pas, enfin, comme absolue et la Haute Cour semble parfois s'en affranchir. Dans une décision du 26 février 2007⁹⁶³, ce n'est pas le jour de la présentation des comptes qu'elle a retenu comme point de départ du délai mais la date de publication d'une sûreté à la conservation des hypothèques⁹⁶⁴.

⁹⁵¹ Cass. Crim., 5 mai 1997, *Revue des sociétés*, 1998, p. 127, note B. Bouloc ; *Bull. Joly Sociétés*, 1997, p. 953, note J.-F. Barbièri.

⁹⁵² A titre d'exemple : Cass. Crim., 14 et 28 juin 2006, *Droit pénal*, 2006, comm. 126, note J.-H. Robert ; Cass. Crim., 25 octobre 2006, *Droit pénal*, 2006, comm. 161, note J.-H. Robert.

⁹⁵³ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°771, p. 349.

⁹⁵⁴ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, 2013, n°301, p. 232.

⁹⁵⁵ W. Jeandier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°278, p. 380.

⁹⁵⁶ G. Roujou de Boubée, « Fixation du point de départ du délai de prescription : une péripétie plutôt qu'un évènement », *op. cit.*

⁹⁵⁷ Cf. C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *op. cit.*

⁹⁵⁸ Cass. Crim., 28 janvier 2004, *op. cit.* ; Cf également J.-H. Robert, « La recherche, par le prévenu, d'un intérêt personnel est l'un des éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux », note sous Cass. Crim., 4 novembre 2004, *op. cit.* : « En somme, parce que la dépense était petite, elle était passée inaperçue et fût pour cela déclarée « dissimulée ». De la sorte, les peccadilles se prescrivent moins vite que les gros péchés et les juges du fond peuvent déduire la dissimulation de n'importe quelle circonstance, à condition de prendre soin de s'expliquer de manière convaincante ».

⁹⁵⁹ Cass. Crim., 19 octobre 1999, *Droit pénal*, 2000, comm. n°35, obs. J.-H. Robert ; *Dalloz*, 2008, pan., p. 1575, obs. C. Mascala.

⁹⁶⁰ Cass. Crim., 9 janvier 2008, *Dalloz*, 2008, pan., p. 1575, obs. C. Mascala ; *Droit pénal*, 2008, comm. n°53, obs. J.-H. Robert ; *Lamy droit pénal des affaires*, mars 2008, p. 9 : la négligence du plaignant (co-associé du prévenu) qui n'avait jamais procédé à des vérifications des comptes et des documents sociaux, excluait le caractère clandestin de l'infraction et ne permettait pas, par conséquent, de décaler le point de départ du délai de prescription.

⁹⁶¹ En ce sens, C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *op. cit.*

⁹⁶² Cass. Crim., 8 octobre 2003, *Bull. Crim.*, 2003, n°184 ; *Droit pénal*, 2003, comm. 147, note J.-H. Robert ; *Revue des sociétés*, 2004, p. 155, note B. Bouloc ; *JCP G*, 2004, II, 10028, note S. Jacopin ; *Dalloz*, 2003, p. 2685, note A. Lienhard.

⁹⁶³ Cass. Crim., 26 février 2007, *Revue des sociétés*, 2007, p. 887, obs. B. Bouloc ; *Droit pénal*, 2007, Comm. n° 83, obs. J.-H. Robert ; *Dalloz*, 2008, pan., p. 1575, obs. C. Mascala.

⁹⁶⁴ C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Dalloz*, 2008, *Ibid.*

Si un tel régime de prescription peut être approuvé dans un objectif pur de répression, il doit néanmoins être condamné sur la base des principes fondamentaux du droit criminel français⁹⁶⁵. A l'appui de cette « dérogation », peut être avancée la fameuse maxime *contra non valentem agere, non currit prescriptio*⁹⁶⁶, c'est-à-dire le fait que l'on ne puisse opposer l'oubli à celui qui est empêché d'agir. Le caractère éminemment clandestin de l'abus de biens sociaux apparaît comme une raison suffisante à un tel retard du point de départ du délai. Mais ces arguments ne sauraient suffire. D'abord parce que la jurisprudence, de par son appréciation souveraine, ne traite pas de manière égale toutes les infractions « éminemment clandestines » de sorte que la corruption ne bénéficie pas de telles « largesses ». Ensuite parce que le juge ne devrait pas pouvoir se substituer de la sorte au législateur qui demeure pourtant obstinément hostile à une réforme législative en matière de prescription⁹⁶⁷. Or une réforme apparaît nécessaire, surtout pour les infractions les plus occultes pour lesquelles le délai de prescription de trois ans est inconcevable. Ce serait l'occasion pour le législateur de créer enfin une catégorie des infractions « occultes par nature » pour lesquelles un délai de prescription serait allongé. Des études ont été menées en ce sens mais jusqu'à présent aucune mesure législative n'a encore été adoptée⁹⁶⁸.

325. Recel d'abus de biens sociaux. L'infraction d'abus de biens sociaux détient cet autre intérêt en matière de corruption que les bénéficiaires des « largesses » d'un dirigeant peuvent être poursuivis au titre du recel d'abus de biens sociaux⁹⁶⁹. Tel est le cas de personnes qui, en connaissance de cause, profitent des cadeaux ou autres voyages d'agrément offerts par le dirigeant d'une société⁹⁷⁰. Lorsque l'usage abusif est effectué dans le cadre de relations corruptrices, le « corrompu » pourra être poursuivi pour recel d'abus de biens sociaux. Par conséquent, ces poursuites seront ouvertes alors même que l'infraction de corruption ne sera pas condamnable ou sera prescrite. Le délit de recel d'abus de biens sociaux ne répond pas aux mêmes conditions *rationae personae* que celles pendant longtemps applicables à la corruption passive. Le régime de prescription bénéficie par ailleurs des mêmes dérogations qu'en matière d'abus de biens sociaux puisque la Cour de Cassation a retenu, dans l'arrêt *Noir-Botton*, que « le recel du produit d'un abus de biens sociaux ne saurait commencer à se prescrire avant que l'infraction dont il procède soit apparue et ait pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »⁹⁷¹. De cette manière, une condamnation pour recel d'abus de biens sociaux sera possible alors même que le délit de corruption est lui-même prescrit. La Cour de Cassation a retenu, en outre, la possibilité d'un cumul des qualifications entre recel et corruption. Tel cumul a d'ailleurs été retenu à l'égard du maire corrompu dans l'affaire « Carignon »⁹⁷². A cette occasion, les prévenus avaient critiqué la Cour d'Appel d'avoir retenu le cumul de qualification. Ce à quoi la Cour de Cassation avait répondu très brièvement, considérant ces arguments comme étant « sans intérêt »⁹⁷³. Elle estime, à juste titre, que les qualifications pénales comportent des éléments

⁹⁶⁵ C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *op. cit.*

⁹⁶⁶ Cf A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n°770, p.351 et F. Stasiak, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 251.

⁹⁶⁷ C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *op. cit.*

⁹⁶⁸ A ce titre, la France avait notifié à l'OCDE, à l'occasion de la phase 2 sur l'intégration par le pays de la Convention de 1997, qu'elle avait pour projet d'allonger le délai de prescription pour les infractions occultes, le passant de trois à six ans et de mettre fin, par ce biais, à la jurisprudence actuelle (voir *infra* n°451). Le rapport Coulon, rendu au gouvernement en janvier 2008, contenait quant à lui des propositions similaires en proposant d'allonger le délai de prescription pour certaines infractions de la vie des affaires. La proposition était de fixer, en matière d'abus de biens sociaux, un délai de prescription de sept ans ; Cf J.-M. Coulon, « La dépenalisation de la vie des affaires », Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, *La Doc. Fr.*, 2008, p. 97-102.

⁹⁶⁹ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 249.

⁹⁷⁰ Cass. Crim, 9 avril 1996, *Bull. Crim.*, 1996, n°174.

⁹⁷¹ Cass. Crim, 6 février 1997, *op. cit.*

⁹⁷² Cass. Crim. 27 octobre 1997, *op. cit.*

⁹⁷³ B. Boulloc, « Confirmation sur le recel d'abus de biens sociaux : retour à 1992 sur l'acte contraire à l'intérêt social », note sous Cass. Crim, 27 octobre 1997, *Revue des sociétés*, 1997, p. 877.

constitutifs différents⁹⁷⁴. L'auteur ici, ne commet pas une mais deux infractions donnant lieu à un concours idéal. De surcroît, les intérêts protégés par les deux incriminations sont différents. L'abus de biens sociaux protège l'intégrité du patrimoine de la société et l'intérêt de celle-ci, tandis que le délit de corruption sanctionne les manquements au devoir de probité⁹⁷⁵. Par conséquent, on assiste à un dédoublement du risque pénal pour les activités de corruption qui ont été commises au travers d'un détournement préalable du patrimoine d'une société.

326. C'est donc à juste titre que le délit d'abus de biens sociaux est considéré comme véritable « délit obstacle » à la corruption. D'abord, il a permis jusqu'à la création du délit de corruption privée en 2005, de sanctionner une partie des actes de « corruption passive » commis dans un cadre sociétaire. C'est ainsi qu'un dirigeant a été condamné pour avoir passé des marchés sans profit pour la société mais simplement dans le but d'obtenir une commission⁹⁷⁶. Ensuite, le délit comporte des avantages non négligeables en matière de poursuite. Il permet de sanctionner tous les actes de corruption incriminés mais déjà prescrit au moment de leur découverte, soit directement, soit au visa du recel d'abus de biens sociaux. La preuve des abus est, par ailleurs, plus aisée à établir en ce qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un pacte occulte et non écrit⁹⁷⁷. Le détournement d'un actif de la société par un dirigeant laisse nécessairement une trace dans les documents comptables de cette dernière⁹⁷⁸. Enfin, certains agissements comportant des éléments d'extranéité peuvent être sanctionnés plus aisément sous l'angle de l'abus de biens sociaux que sous celui de corruption. Tel est le cas des situations dans lesquelles les dirigeants versent des commissions à l'international dans le but d'obtenir ou de conserver des marchés. Le délit d'abus de biens sociaux est, en effet, applicable aux seules sociétés de nationalité française. La nationalité d'une personne morale s'apprécie au regard de son lieu principal d'établissement⁹⁷⁹. En d'autres termes, selon l'article L210-3 du code de commerce, seules sont françaises les sociétés dont le siège social est en France et le délit d'abus de biens sociaux leur est applicable y compris lorsque l'usage abusif a été commis à l'étranger⁹⁸⁰. En ce sens, la Cour de Cassation retient non seulement le lieu du siège « légal » mais également celui du siège « réel » lorsqu'il apparaît que le centre économique des activités se trouve en France⁹⁸¹. A ce titre l'infraction peut s'appliquer à des détournements commis à l'étranger, dès lors que le siège social de la société ou du groupe de société est établi en France, même s'il ne s'agit pas là du lieu principal d'exploitation⁹⁸².

327. En outre, la loi du 6 décembre 2013⁹⁸³ a ajouté une circonstance aggravante au délit d'abus de biens sociaux qui en était jusqu'alors dépourvu. Elle consiste dans la réalisation ou la facilitation de l'usage illicite des biens ou du crédit d'une société « *au moyen, soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger, soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiduciaire ou institution comparable établis à l'étranger* ». En d'autres termes, l'abus de biens sociaux aggravé repose

⁹⁷⁴ *Ibid.*

⁹⁷⁵ A. Dekeuwer, « Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », *op. cit.*, n°30.

⁹⁷⁶ Cass. Crim, 23 janvier 1963, *op. cit.*

⁹⁷⁷ Voir *infra* n°462 et s.

⁹⁷⁸ SCPC, « Abus de biens sociaux », Fiche Pratique, SCPC, 2004, pp.1-3.

Fiche disponible en ligne sur http://www.justice.gouv.fr/art_pix/scpc2004-9.pdf.

⁹⁷⁹ C. Civ., art.1835 al. 1^{er}.

⁹⁸⁰ Cass Crim, 6 février 1996, *Bull. Crim.*, 1996, n°60, p.165.

⁹⁸¹ Cass. Crim, 31 janvier 2007, *op. cit.*

⁹⁸² Cass. Crim, 6 janvier 1998, *Revue des sociétés*, 1998, p.370, note R. Routier.

⁹⁸³ Loi, n° 2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *op. cit.*

sur l'extranéité des moyens employés pour la commission du délit⁹⁸⁴. La peine encourue pour le délit aggravé est de sept ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende. Une telle création est une preuve supplémentaire du fait que l'abus de biens sociaux a progressivement changé de nature. D'une infraction purement d'affaires, elle figure aujourd'hui dans la catégorie de la grande criminalité économique et organisée⁹⁸⁵.

328. En droit français, le délit d'abus de biens sociaux est donc incontestablement connexe à la corruption. En droit vietnamien, une infraction d'apparence proche de l'abus de biens sociaux est incriminée à l'article 165 du code pénal. Il s'agit de l'infraction de « mauvaise gestion économique volontaire ». Il s'agit d'une incrimination particulière qui s'inscrit dans un contexte d'économie planifiée à dominance publique. Le maintien d'une telle infraction dans l'arsenal répressif vietnamien pose de nombreuses interrogations dans le sens où l'économie ne cesse de se privatiser. Pour autant, cette infraction semble encore revêtir un intérêt particulier dans le cadre de la lutte contre la corruption

B- La particularité du délit vietnamien de mauvaise gestion économique volontaire

329. L'infraction dénommée « mauvaise gestion économique volontaire » est incriminée à l'article 165 du code pénal. Elle sanctionne le fait pour « *quiconque, par abus de ses fonctions ou de ses pouvoirs* » de déroger « *volontairement aux réglementations de l'Etat relatives à la gestion économique* ». Les peines applicables peuvent aller d'une rééducation sans détention jusqu'à vingt ans d'emprisonnement lorsque les conséquences engendrées sont considérées comme « *extrêmement graves* »⁹⁸⁶. Les peines sont notamment portées à douze ans d'emprisonnement lorsqu'il est avéré que l'auteur a agi « *dans un but d'enrichissement personnel* » ou qu'il a utilisé des « *manœuvres astucieuses* » pour parvenir à ses fins. Le dirigeant de l'entreprise concernée s'expose également à des peines complémentaires pouvant aller jusqu'à la confiscation de tous ses biens et l'interdiction d'exercer pour une période maximale de cinq ans⁹⁸⁷.

330. Cette infraction a été créée à l'origine pour sanctionner les irrégularités de gestion des entreprises. Elle part de l'idée que l'Etat, dans le cadre de son plan quinquennal, régule toute l'économie du pays et donne toutes les indications nécessaires à la « bonne gestion » économique des entreprises. Une mauvaise application de ces directives expose dès lors le dirigeant à des poursuites pénales. La pratique révèle cependant que cette infraction suscite aussi un intérêt dans le cadre de la lutte contre la corruption.

331. Premièrement, contrairement à la corruption passive, l'article 165 ne limite pas son champ d'application *rationae personae* aux seuls agents publics de sorte qu'il est théoriquement possible de condamner une personne de droit privé. Ici, il pourra s'agir d'un dirigeant d'entreprise privée qui se serait rendu coupable d'une mauvaise gestion par abus de pouvoirs.

⁹⁸⁴ H. Robert, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent . – A propos de la loi du 6 décembre 2013 », *JCP G*, 2014, n°6, doc. 182, n°18.

⁹⁸⁵ C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Dalloz*, panorama, 2014, *op. cit.*

⁹⁸⁶ C. Pén. Vn, art. 165§3 : « 3.L'infraction est punie de dix à vingt ans d'emprisonnement dès lors que la valeur des dommages causés est égale ou supérieure à 1.000.000.000 de dongs ou que l'infraction a causé toutes autres conséquences extrêmement graves. ».

⁹⁸⁷ C. Pén. Vn, art. 165§4 : « 4.L'auteur peut en outre être puni de la confiscation de tout ou partie de ses biens ou interdit d'exercer une fonction déterminée ou certaines activités pendant une durée de un à cinq ans. ».

332. Deuxièmement, la présence des circonstances aggravantes relatives à l'enrichissement personnel et à l'utilisation de manœuvres astucieuses revêt un intérêt particulier pour la condamnation de certains actes de corruption. La notion d'enrichissement personnel, tout d'abord, fait nécessairement écho à celle « d'enrichissement illicite ». Ainsi, bien qu'il soit à regretter qu'un tel comportement ne fasse pas l'objet d'une infraction autonome⁹⁸⁸, force est de constater que cette circonstance aggravante permet néanmoins de condamner un certain nombre de pratiques corruptrices non incriminées par ailleurs. Tel sera le cas du dirigeant qui dérogerait volontairement des directives étatiques dans la gestion de son entreprise en contrepartie du versement d'une commission. La notion relative aux manœuvres astucieuses, ensuite, permet de condamner un dirigeant qui aurait dérogé aux réglementations étatiques et dissimulé ses agissements. Tel pourrait être le cas si le dirigeant verse des commissions pour l'obtention ou la conservation de marchés. Le détournement des actifs de l'entreprise, préalable aux pratiques corruptrices, sera par ailleurs nécessairement jugé comme étant contraire à la bonne gestion économique.

333. Enfin, cette infraction revêt un avantage en matière de preuve. En droit vietnamien, la preuve d'un pacte corrupteur est tout aussi difficile à établir qu'en droit français⁹⁸⁹. Elle semble même plus difficile encore puisque l'antériorité du pacte corrupteur se révèle être une condition nécessaire de la répression⁹⁹⁰. La preuve relative à la mauvaise gestion économique volontaire semble donc bien plus aisée. Seuls deux éléments sont à établir : une dérogation aux règles économiques fixées par l'Etat et une volonté frauduleuse caractérisée par un abus de pouvoirs ou de fonctions. La réglementation étatique étant fixée de manière quinquennale et communiquée à toutes les entreprises, l'abus peut facilement être caractérisé.

L'intérêt de cette infraction en matière de corruption ne fait nul doute. Dans la mesure où les pratiques corruptrices sont réalisées au travers d'un cadre sociétaire, qu'elles soient actives ou passives, elles pourront aisément tomber sous le coup de l'article 165 du code pénal. La pratique démontre d'ailleurs son utilité.

334. L'infraction de gestion économique volontaire a été récemment utilisée pour la condamnation de l'ancien dirigeant de l'entreprise de construction navale Vinashin. Après une chute brutale de l'équilibre financier de l'entreprise, qui est aujourd'hui déficitaire de plusieurs milliards de dollars, des soupçons de corruption ont commencé à naître vis-à-vis de ses dirigeants. Parmi eux figuraient de hauts fonctionnaires vietnamiens⁹⁹¹ ainsi que le directeur de l'entreprise. Pour autant, aucune preuve formelle relative à des pratiques corruptrices n'a pu être rapportée. C'est pourquoi, le gouvernement vietnamien a décidé de poursuivre le directeur, Monsieur Pham Thanh Binh, pour le chef d'accusation de la violation aux réglementations de l'Etat afin qu'il puisse être tout de même condamné pour ses agissements⁹⁹². Cette infraction semble donc être considérée, en droit vietnamien, comme un véritable substitut de la corruption.

⁹⁸⁸ Voir *infra* n°349 et s.

⁹⁸⁹ Voir *infra* n°462 et s.

⁹⁹⁰ Les infractions vietnamiennes de corruption ne détiennent pas en effet, de manière aussi expresse, de caractère purement formel. Il ne semble pas pour autant que les infractions soient matérielles et qu'elles nécessitent une complète réalisation du pacte pour pouvoir être condamnables. Une partie du pacte semble, cependant, devoir être réalisé pour entraîner leur consommation.

⁹⁹¹ Dont le Premier Ministre actuel Nguyen Tan Dung qui, malgré cette affaire, a été reconduit dans ses fonctions lors de la dernière Assemblée Nationale quinquennale du Parti Communiste Vietnamien.

⁹⁹² Les irrégularités ont, notamment, été prouvées lors de l'acquisition d'un certain nombre de bâtiments à l'occasion desquels les transactions financières étaient particulièrement irrégulières ; Cf *Courrier du Vietnam*, « ouverture du procès Vinashin », *Courrier du Vietnam*, 27 mars 2012. Article disponible en ligne sur <http://lecourrier.vn/vn/lecourrier/fr-fr/details/1/politique/45587/ouverture-du-proces-de-vinashin.aspx>.

Mais si la mauvaise gestion économique présente des avantages pour la lutte contre la corruption, elle présente également de nombreux inconvénients.

335. Les faiblesses de cette infraction sont, d'une part, inhérentes à sa définition. Comme pour la majorité des infractions au Vietnam, la définition de l'article 165 du code pénal est manifestement insuffisante. Des précisions doivent être apportées quant à la notion de « réglementations de l'Etat » afin de pouvoir réellement en apprécier la portée. Le champ d'application *rationae personae* n'apparaît pas, en outre, aussi large qu'il n'y paraît. Comme soulevé, l'économie s'est fortement privatisée au cours des dernières années de sorte que les entreprises répondent désormais à une logique de marché plus qu'à une logique étatique de l'économie. Les réglementations étatiques s'effacent peu à peu au profit de la loi du marché et des réglementations commerciales internationales. Ainsi, bien que cela n'apparaisse pas dans la lettre de l'article 165, l'infraction n'aurait de portée que sur les entreprises publiques qui répondent encore du plan quinquennal fixé par le parti. Selon cette logique, seuls les dirigeants d'entreprises publiques seraient concernés par l'incrimination. La pratique semble d'ailleurs confirmer cette interprétation puisque aujourd'hui, seul l'ancien directeur de Vinashin, entreprise publique vietnamienne, a été condamné au visa de l'article 165 du code pénal. En ce sens, l'infraction de mauvaise gestion économique volontaire se détache clairement de l'abus de biens sociaux français, sans compter l'absence totale de responsabilité pénale des personnes morales en droit vietnamien. En conséquence, tous les actes de détournement ou d'abus de pouvoirs ne sauraient entrer dans le champ d'application de l'article 165 du code pénal. Encore faut-il, en effet, démontrer que l'acte contraire à l'intérêt de la société et effectué dans un intérêt personnel viole par ailleurs les réglementations étatiques.

336. Les faiblesses de cette infractions sont, d'autre part, révélées par l'utilisation qui en est faite. Il apparaît que la répression des auteurs de « mauvaise gestion économique volontaire » relève en réalité d'une certaine hypocrisie gouvernementale. Dans l'affaire « *Vinashin* », la condamnation de l'ancien directeur, Monsieur Thanh Pham Binh, au visa de l'article 165 du code pénal est plus due à une volonté de ne pas « rechercher » les preuves de corruption qu'à une véritable impossibilité. Comme évoqué, le véritable dirigeant de l'entreprise n'était autre que le Premier Ministre vietnamien, Monsieur Nguyen Tan Dung. L'éclatement du scandale a fait naître de sérieux soupçons de corruption à son égard allant jusqu'à pousser certains membres du parti communiste à demander sa démission ou du moins le non renouvellement de son mandat au congrès quinquennal de 2011. Contre toute attente, les luttes d'influence ont permis à M. Dung d'être renouvelé au poste de Premier Ministre⁹⁹³. Nouvellement « réélu », le Premier Ministre s'est donc servi de l'infraction de mauvaise gestion économique volontaire à deux desseins : pour que quelqu'un soit condamné dans cette affaire afin d'y mettre un terme et pour éviter que la condamnation soit au titre de la corruption afin d'évincer tous les risques d'une future condamnation à son égard⁹⁹⁴. Ces événements démontrent à quel point cette infraction est en réalité un outil politique utilisée à l'égard des scandales pour lequel il ne paraît pas souhaitable d'appliquer le terme de corruption. L'hypocrisie, ici, est révélée en ce que l'utilisation qui est faite de l'article 165 a pour vocation, non pas de réprimer plus sévèrement les auteurs de corruption, mais au contraire de les protéger.

⁹⁹³ M. Dung était également, à ce moment-là, soupçonné d'être mêlé à d'autres scandales de corruption, en particulier commis dans le cadre d'une autre entreprise publique navale vietnamienne, Vinalines, qui avait enregistré, en 2012, des pertes de 117 millions USD.

⁹⁹⁴ M. Dung a, d'ailleurs, fait l'objet d'une « réprimande » non publique par les autres membres du Polit-Buro (assemblée restreinte des plus hauts dirigeants de l'Etat, au nombre de 15, parmi lesquels figure le Premier Ministre). C'est également au regard des soupçons de corruption qui pesaient sur lui que le gouvernement, dans sa loi de modification de la loi contre la corruption de 2012 (*op. cit.*), a décidé que le Centre de lutte contre la corruption (CLC) ne serait, désormais, plus sous la tutelle du seul Premier Ministre mais du Polit-buro dans sa totalité (Voir *infra* n°682) ; Entretien mené avec Toward Transparency, Hanoi, vendredi 26 avril 2013.

337. Il ne fait nul doute que les autorités nationales ont rapproché des infractions préexistantes aux pratiques de corruption de sorte qu'elles sont parfois utilisées, si ce n'est en cumul, en lieu et place de la corruption. Une telle « extension » du domaine de ces infractions est controversée. En France, l'abus de biens sociaux apparaît aujourd'hui dénué de toute spécificité pour devenir une infraction « fourre-tout » applicable quand les faits ne peuvent être poursuivis sous aucun autre visa. Au Vietnam, la « mauvaise gestion économique volontaire » apparaît comme étant plus un instrument politique qu'un véritable allié de la lutte contre la corruption. Dans la lutte contre les pratiques corruptrices, l'application parfois *contra legem* d'infractions préexistantes n'apparaît donc pas comme une stratégie véritablement efficace. Du moins la situation n'est pas optimale. C'est pourquoi, il semble important d'envisager d'autres solutions permettant de condamner des pratiques de corruption lorsque ces dernières ne peuvent être prouvées ou sont prescrites. En droit international, une nouvelle infraction suscite un intérêt particulier : le délit d'enrichissement illicite. Ce délit apparaît pour la première fois dans la Convention de Mérida et a spécifiquement été créé pour pallier aux difficultés relatives à la preuve des infractions de corruption.

§2 – L'INTERET SUSCITE PAR L'INCRIMINATION DU DELIT D'ENRICHISSEMENT ILLICITE

338. La notion d'enrichissement illicite peut se définir comme l'augmentation substantielle du patrimoine d'un individu sans que ce dernier ne puisse fournir une justification raisonnable⁹⁹⁵. L'incrimination d'un tel agissement suscite un grand intérêt pour la lutte contre les pratiques corruptrices. Elle permet de surmonter les difficultés relatives à la preuve du pacte corrupteur quant à son existence et sa potentielle exécution.

339. L'infraction d'enrichissement illicite a été créée par la Convention des Nations Unies contre la corruption dont l'article 20 en donne une définition précise (A). Pourtant, malgré les avantages que représente cette infraction, aucune des législations nationales étudiées ne l'ont encore incriminé (B).

A- Une infraction expressément prévue dans la Convention des Nations Unies contre la corruption

340. L'article 20 de la Convention des Nations Unies incrimine le délit d'enrichissement illicite qui s'entend d'un acte intentionnel ayant abouti à « *une augmentation substantielle du patrimoine d'un agent public que celui-ci ne peut raisonnablement justifier par rapport à ses revenus légitimes.* »⁹⁹⁶. Cette infraction ne figure pas parmi les dispositions impératives du texte. La Convention n'émet à ce titre qu'une simple recommandation de sorte que son incrimination dans les législations nationales est laissée à la discrétion des Etats parties.

341. Ce délit vise donc à réprimer pénalement l'enrichissement sans cause ou, plus spécifiquement, les signes extérieurs de richesse qui n'ont pas de corrélation avec les revenus officiels d'un agent public. Il a, par ailleurs, spécifiquement été créé pour favoriser la lutte contre la corruption étant donné qu'il figure pour la première fois dans la Convention de Mérida.

⁹⁹⁵ Cf Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 20.

⁹⁹⁶ *Ibid.*

Au sens de l'article 20 de la Convention, la consommation de l'infraction est soumise à une condition préalable et trois éléments constitutifs.

342. Condition préalable. Le délit d'enrichissement illicite tel qu'incriminé par la Convention est soumis à une condition préalable *rationae personae* tenant à la qualité d'agent public de son auteur. Les personnes privées ne peuvent donc pas se rendre coupables de l'infraction. Ici la Convention vise prioritairement les agents publics nationaux, exclusif des agents publics étrangers. Le délit a donc été érigé avant tout pour alléger la charge de la preuve supportée par les autorités de poursuites en matière de corruption passive interne. De ce fait, lorsqu'un agent public est soupçonné d'être corrompu mais qu'aucun lien de causalité ne peut être établi formellement entre un accord et la perception de revenus illicites, le délit d'enrichissement illicite serait applicable. Pour autant, il ne s'agit que d'une recommandation *a minima* émise par la Convention. De ce fait, aucune restriction n'est apportée aux Etats pour élargir le champ *rationae personae* de leur incrimination nationale. En ce sens, la France pourrait parfaitement envisager de créer une infraction applicable sans restriction puisque la corruption passive a été élargie aux personnes privées depuis 2005.

343. Eléments matériels. Les éléments matériels de l'infraction sont au nombre de deux. Pour que l'infraction soit consommée, doivent être réunies : une augmentation substantielle du patrimoine d'un agent public et l'absence de justification raisonnable. La convention ainsi que ses deux guides d'application n'apportent cependant que très peu de précisions quant à la teneur de ces éléments.

344. Augmentation substantielle du patrimoine. L'agent public doit avoir bénéficié d'un enrichissement certain. « L'enrichissement » incriminé semble devoir être matériel ou, du moins, patrimonial puisque c'est sur cette base que vont se fonder les soupçons. Tous les avantages corruptifs ne peuvent donc être pris en compte dans le cadre de cette infraction. L'avantage doit avoir été préalablement versé au patrimoine de l'agent public. A ce titre, le voyage d'agrément, par exemple, ne pourra être pris en considération. L'augmentation du patrimoine doit également être substantielle. La Convention ne donne aucune précision quant à la cette notion. Il revient donc aux Etats de déterminer plus précisément ce qu'ils entendent par le terme « substantiel ». Le législateur pourra ainsi décider d'établir un barème seuil à partir duquel l'augmentation sera considérée comme substantielle ou laisser le soin à la jurisprudence d'apprécier souverainement cette condition. En toutes hypothèses, le délit d'enrichissement illicite, du fait de cet élément matériel, est particulier au regard des autres infractions relevant des pratiques corruptrices. Contrairement à la corruption, il ne s'attache pas aux moyens mais au résultat. La corruption passive, en effet, ne sanctionne pas directement l'enrichissement de l'agent public mais son manquement au devoir de probité de sorte qu'il est condamnable sans pour autant en avoir retiré profit. L'enrichissement illicite, au contraire, ne devient condamnable qu'à partir de la constatation d'une augmentation substantielle de son patrimoine. Qu'importe dès lors les moyens utilisés pour parvenir à cette situation du moment que l'agent n'est pas en mesure d'en justifier raisonnablement la provenance.

345. L'absence de justification raisonnable. L'agent public ne doit pas être en mesure de justifier raisonnablement la provenance de ces revenus pour que l'infraction puisse être matériellement consommée. La Convention n'apporte aucune précision quant à la définition de la « justification raisonnable ». Il appartient donc aux Etats de déterminer ce qu'ils entendent par ce terme. Dans tous les cas, la justification doit pouvoir se faire par l'apport de preuves relatives à l'origine légale des revenus supplémentaires. Pour que l'incrimination soit véritablement efficace, il apparaît cependant nécessaire que les Etats retiennent une

conception large de la notion de justification. A titre d'exemple, la justification de l'achat d'une voiture de luxe peut se faire légalement par la vente d'un immeuble. Pour autant, il apparaît fondamental de pouvoir également demander au prévenu de se justifier sur l'origine des fonds ayant permis d'acquérir préalablement l'immeuble pour apprécier le caractère raisonnable ou non de la justification.

346. L'incrimination du délit d'enrichissement illicite suppose un renversement de la charge de la preuve au profit des autorités de poursuites. Ce sera à l'agent public de prouver l'origine légale de l'augmentation substantielle de son patrimoine. Dans une certaine mesure il pèsera sur l'agent public une présomption de culpabilité. Pour autant, le Guide législatif pour l'application de la Convention précise que l'établissement d'une présomption de culpabilité n'est pas systématique. Les Etats peuvent mettre à la charge des autorités de poursuites la preuve de l'augmentation injustifiée du patrimoine de l'agent public. Ce ne sera donc que dans un deuxième temps, en défense, que ce dernier sera amené à apporter les justifications nécessaires à contrer les accusations⁹⁹⁷. Mais cette garantie n'est pas absolue et force est de constater que le délit suppose nécessairement un certain renversement de la charge de la preuve. Pour cette raison, l'article 20 de la Convention précise que l'incrimination de l'enrichissement illicite est recommandée sous réserve, pour le pays concerné, de ne pas être en contrariété avec « *sa constitution et ses principes fondamentaux* »⁹⁹⁸.

347. Intention. Comme la plupart des délits, l'enrichissement illicite est un délit intentionnel. L'intention apparaît clairement dans la définition de l'article 20 de la Convention. Aucune précision n'est apportée cependant quant à la nature du dol requis. L'analyse de l'article permet de penser que l'exigence d'une double intention est nécessaire : Un dol général relatif à l'intention délictueuse et un dol spécial d'enrichissement personnel.

L'infraction suscite dès lors un intérêt considérable dans le cadre de la lutte contre la corruption. Elle permet de s'affranchir des difficultés de preuves liées à l'établissement de relations corruptrices. Le délit, applicable au corrompu enrichi, est applicable en outre au blanchiment du produit de la corruption. L'avantage se situe essentiellement au regard du pacte corrupteur, occulte et non écrit, qui ne doit plus être établi. Cela est d'autant plus vrai pour les pays, comme le Vietnam, qui exigent encore l'antériorité du pacte corrupteur.

L'infraction est par ailleurs consommée par la seule absence de justification raisonnable relative à l'origine des revenus. Les autorités de poursuites doivent donc seulement relever que la justification est hasardeuse ou mensongère pour permettre une condamnation sans qu'il ne soit nécessaire de déterminer la provenance précise de l'augmentation substantielle⁹⁹⁹. La preuve du délit est encore simplifiée puisqu'elle résulte d'une simple « *opération comptable* » démunie de toute raison légale. La corruption, au contraire, nécessite que soit établie que les revenus du corrompus ont effectivement un lien de causalité avec une relation corruptrice. Telle « *facilité* » de condamnation est favorable à la répression. Elle est par ailleurs favorable à la prévention puisque l'augmentation du risque pénal pourrait avoir un effet dissuasif sur les auteurs. L'intérêt de cette infraction a d'ailleurs déjà séduit certains Etats parties qui l'ont intégré dans leurs systèmes répressifs comme Hong Kong¹⁰⁰⁰ ou encore la Zambie¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁷ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la Corruption », *op. cit.*, §297, p.109.

⁹⁹⁸ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 20 et *Ibid.*

⁹⁹⁹ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la Corruption », *op. cit.*, §296, p.109.

¹⁰⁰⁰ Région administrative spéciale de Hong Kong, ordonnance sur la prévention de la corruption, Chap. 201, sect. 10 ; *in* ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la Corruption », *op. cit.*, §296, p.109.

¹⁰⁰¹ Zambie, Loi relative aux pratiques de corruption, sect. 33 ; *in, Ibid.*

348. Malgré la séduction apparente de cette infraction, les Etats semblent majoritairement rester sur leur réserve quant à l'éventualité de l'incriminer à échelle nationale. Cette méfiance est regrettable. Pourtant ni la France ni le Vietnam n'ont encore pris le parti d'incriminer le délit d'enrichissement illicite.

B - L'absence regrettable de ce délit dans les systèmes nationaux français et vietnamien

349. A l'heure actuelle, ni la France ni le Vietnam n'ont pris le parti d'incriminer directement l'infraction d'enrichissement illicite dans leurs systèmes nationaux respectifs. Une telle situation apparaît regrettable au regard des avantages que représente le délit dans le cadre de la lutte contre les pratiques de corruption. L'efficacité que semble détenir l'enrichissement illicite en matière de simplification de la preuve en ferait un allié considérable combinant aspect répressif et dissuasif à l'égard des auteurs de corruption.

350. Pourquoi alors les deux Etats n'ont pas souhaité se doter d'un tel outil ? La France n'a pris aucune mesure à cet égard, ni en faveur de l'incrimination ni à son encontre. Le Vietnam semble en revanche avoir fermement et définitivement refusé d'incriminer un jour l'enrichissement illicite en émettant une réserve sur l'article 20 de la Convention. Le pays semble dès lors considérer que ces dispositions sont contraires à ses principes fondamentaux¹⁰⁰².

L'une des raisons qui pourrait expliquer un tel refus de la part des Etats peut être apportée par le degré de présomption de culpabilité que suscite le délit.

351. En droit français¹⁰⁰³ et, plus largement, dans tous les droits européens¹⁰⁰⁴, la présomption d'innocence représente un principe fondamental à valeur constitutionnelle. Elle se définit, en France, comme le fait qu'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit être considérée comme innocente jusqu'à qu'une décision irrévocable de culpabilité soit intervenue¹⁰⁰⁵. Ce principe entraîne, dès lors, une conséquence importante quant à la charge de la preuve qui doit peser sur le demandeur, c'est-à-dire le ministère public¹⁰⁰⁶.

352. Pour autant, nous avons assisté, pour certaines infractions, à l'établissement d'un degré plus ou moins important de présomption de culpabilité. La France n'hésite pas parfois à renverser substantiellement la charge de la preuve en matière pénale. Un tel renversement a d'ailleurs été validé à l'échelle européenne, notamment par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) dans le célèbre arrêt « *Salabiaku c/ France* »¹⁰⁰⁷. Dans sa décision, la Cour a admis la validité des « présomptions de culpabilité » au regard du principe fondamental de la présomption d'innocence, dans la mesure où il ne s'agissait que de présomptions simples

¹⁰⁰² Réserves émises par le Vietnam à l'occasion de la signature de la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003 disponibles sur <http://treaties.un.org>.

¹⁰⁰³ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC), 1789, art. 9. Cette déclaration détient une valeur constitutionnelle depuis l'intégration du préambule de la constitution dans le bloc de constitutionnalité par décision du Conseil Constitutionnel du 16 juillet 1971 (Décision, n°71-44 DC, « Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ») ; C. Pr. Pén., art. Préliminaire al. 2, créé par la loi du 15 juin 2000 (Loi, n°2000-516 « Loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », 15 juin 2000, *JORF*, n° 0138, 16 juin 2000, p. 9038).

¹⁰⁰⁴ Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CESDH), *Conseil de l'Europe, STE*, n°005, 4 novembre 1950, Art. 6§2.

¹⁰⁰⁵ La présomption d'innocence doit donc être appliquée jusqu'au dernier stade de la procédure, y compris devant la Cour d'Appel ; Cass. Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, *Bull. Civ.*, 1998, n°313, p.216.

¹⁰⁰⁶ Le doute profitant à l'accusé selon l'adage *in dubio pro reo*.

¹⁰⁰⁷ Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), 7 octobre 1988, « *Salabiaku c/ France* », série A, n° 141 ; Cf. M. Delmas-Marty, *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995, p.518.

susceptibles de preuves contraires. A partir du moment où le prévenu est en droit de se justifier, la Cour considère qu'il ne s'agit pas d'une contradiction au principe de présomption d'innocence. La seule conséquence est de renverser la charge de la preuve et non de considérer le prévenu comme coupable sans aucune décision irrévocable de culpabilité.

Le droit pénal français connaît, par conséquent, un certain nombre de présomptions de culpabilité. La plupart portent sur l'élément intentionnel. En droit pénal des affaires, et plus particulièrement dans le cadre du délit d'initié, le dirigeant est présumé avoir eu connaissance de l'information privilégiée¹⁰⁰⁸. Très peu de présomptions ont été établies, en revanche, sur l'élément matériel des délits. Au contraire de la Grande Bretagne,¹⁰⁰⁹ il n'existe pas de présomption de corruption à l'égard d'un agent public qui aurait reçu un don.

Comme la CEDH, le Conseil Constitutionnel est venu à son tour valider la régularité de ces présomptions au regard des principes fondamentaux français. Dans sa décision du 16 juin 1999¹⁰¹⁰, le Conseil a donc admis un possible renversement de la charge de la preuve à trois conditions : lorsque « *les faits, par leur apparence, rendent très vraisemblable l'imputabilité* », que les présomptions ne revêtent pas « *de caractère irréfragable* » et que le « *respect des droits de la défense [est] assuré* »¹⁰¹¹.

353. La pratique pénale française et les conditions posées par le Conseil Constitutionnel n'apparaissent donc pas incompatibles avec le renversement de la charge de la preuve que suscite le délit d'enrichissement illicite. Une telle incrimination est parfaitement envisageable dans ces conditions. D'ailleurs, la France n'ignore pas entièrement le concept de non justification des ressources impliquant un certain renversement de la charge de la preuve. En matière procédurale, le nouveau droit des confiscations pénales issu des lois de 2007 et 2012, permet la confiscation de biens dont le condamné ne peut en justifier valablement l'origine¹⁰¹². Il existe, en outre, un délit de non justification des ressources prévu à l'article 321-6 du code pénal. A l'image de l'enrichissement illicite, le délit suppose la constatation de ressources suspectes et l'absence de justification raisonnable quant à leur provenance. Le système est donc connu du droit français ce qui renforce notre interrogation. La non justification des ressources n'est, par ailleurs, pas applicable aux activités de corruption, du moins pas au même niveau que le serait l'enrichissement illicite. Il apparaît, en effet, que son domaine est particulièrement restreint. La consommation du délit est subordonnée à la condition que son auteur soit « *en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende* ». Telle condition fait de ce délit une infraction de conséquence subordonnée à la commission préalable d'une infraction¹⁰¹³. La non justification des ressources peut donc venir en aide à la lutte contre le blanchiment et le recel mais ne permet d'appréhender directement les corrompus.

¹⁰⁰⁸ CMF, art.L465-1.

¹⁰⁰⁹ Grande Bretagne, Prevention of corruption Act, 1916, section 2, c 64. La loi est disponible en ligne sur <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/6-7/64/section/2>.

¹⁰¹⁰ C. Constit., Décision n°99-411 DC, « Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs », 16 juin 1999, *JORF*, n°140, 19 juin 1999, p. 9018.

¹⁰¹¹ C. Constit., « Commentaire de la décision n°99-411 DC du 16 juin 1999 », *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, cahier n°7, p.1.

¹⁰¹² C. Pén., art. 131-21 al. 5. Voir *infra* n°582 et s.

¹⁰¹³ En ce sens, Cf L. Priou-Alibert, « Non justification des ressources : consécration de l'autonomie du délit », *Dalloz actualités*, 28 mars 2013.

354. Dès lors, pourquoi la France n'a-t-elle pas encore envisagé de créer un délit d'enrichissement illicite directement applicable aux affaires de corruption ? La raison ne peut raisonnablement se trouver dans l'impossibilité d'instituer un renversement de la charge de la preuve. Elle pourrait être plus simplement d'ordre purement « moral ». La pratique française démontre une certaine « pudeur » parfois déplacée au regard des revenus et du patrimoine, surtout des personnes publiques. Il apparaît tabou de « parler d'argent » et l'exposition publique du patrimoine d'un agent public est souvent perçue comme indécente. L'enrichissement illicite supposant que les autorités s'intéressent de près au patrimoine de ses auteurs est donc une idée qui semble déranger. Cette difficulté se retrouve d'ailleurs en matière fiscale avec la taxation des fameux « signes extérieurs de richesse »¹⁰¹⁴ qui n'est rien de plus que la traduction fiscale du concept criminel d'enrichissement illicite et qui fait débat. Le conseil constitutionnel, saisi par le biais d'une QPC¹⁰¹⁵, s'est d'ailleurs positionné à ce niveau en reconnaissant la possibilité pour le contribuable de justifier la disproportion entre ses revenus déclarés et son train de vie sans avoir à apporter la preuve de la manière dont il a financé ces biens. Une telle justification entraîne la suppression de la majoration due à une très grande différence entre les revenus et le train de vie¹⁰¹⁶. Le patrimoine d'une personne semble donc relever de sa vie privée et il apparaît difficile de le désacraliser pour incriminer son augmentation substantielle injustifiée.

Pourtant, cette pudeur déplacée et le maintien d'un tel tabou représentent un véritable frein à la lutte contre les pratiques corruptrices. Le refus d'incriminer l'enrichissement illicite alors même que le mécanisme existe déjà au travers de la non justification des ressources peut également être perçu comme un refus, de la part du législateur, de considérer la lutte contre la corruption comme une nécessité impérieuse et prioritaire. C'est, d'ailleurs, la position d'une partie de la doctrine française qui se dit en faveur de l'établissement d'un tel délit sur le territoire français¹⁰¹⁷.

355. En droit vietnamien, le principe de la présomption d'innocence figure très clairement à l'article 9 du Code de Procédure Pénale (CPPVn). Par ailleurs, les dispositions des deux Convention internationales relatives aux droits de l'Homme : La Convention sur les droits civils et politiques de 1966 et la Convention sur les droits économiques, politiques, sociaux et culturels de 1996, relatives à la présomption d'innocence, ont été intégrées en des termes généraux à l'article 72 de la Constitution de la République Socialiste du Vietnam¹⁰¹⁸. Sans nul doute, la présomption d'innocence est donc un principe constitutionnel en droit vietnamien et bénéficie, à ce titre, du « *plus haut niveau juridique en matière de procédure pénale* »¹⁰¹⁹. Le statut de la présomption d'innocence ne semble dès lors admettre aucune possibilité de dérogation. Le renversement de la charge de la preuve serait, en toute logique, inconstitutionnel en droit vietnamien. Cette constatation, bien que discutable au regard de la pratique des procès pénaux au Vietnam, semble ne pouvoir souffrir d'aucune exception

¹⁰¹⁴ CGI, art. 168.

¹⁰¹⁵ C. Constit., Décision n°2010-88 QPC, 21 janvier 2011, *JORF*, n°0018, 22 janvier 2011, p.1385.

¹⁰¹⁶ C. Constit., « Décision n°2010-88 QPC _ 21 janvier 2011 », Commentaire, *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, cahier n°32, p.14.

¹⁰¹⁷ C'est notamment la position de Me William Bourdon, président de l'association SHERPA. Interview réalisée à l'occasion de la présentation de l'Indice de Perception de la Corruption (IPC) 2012 par l'ONG Transparency International ; TI France, « Présentation de l'Indice de Perception de la Corruption (IPC) 2012 », *TI France*, Conférence, 5 décembre 2012, Paris.

¹⁰¹⁸ Constitution de la République Socialiste du Vietnam, *op. cit.*, art. 72: « No citizen shall be considered guilty and liable to punishment until a verdict has been reached by the Court and has come into effect. Citizens who are arrested, detained, brought to court and sentenced unlawfully are entitled to damage compensation and to rehabilitation of their honour. Anyone who in arresting, detaining, prosecuting or sentencing someone unlawfully causes damage to others must be sanctioned by law ».

¹⁰¹⁹ Dr. Ph. Van Tinh, « An increasing trend towards protection of Human rights in criminal justice : Vietnam adopts presumption of innocence principle », in Seminar of fair rights and human rights protection, *Norwegian center for Human Rights*, 2010, p.9. Contribution disponible en ligne sur

<http://www.jus.uio.no/smr/english/about/programmes/vietnam/docs/Presentation%20of%20Prof.Dr%20Pham%20Van%20Tinh.pdf>.

légale. Dans ces conditions, l'incrimination du délit d'enrichissement illicite semble effectivement inenvisageable. Ce sont d'ailleurs certainement ces mêmes raisons qui ont poussé le pays à émettre une réserve sur l'article 20 de la Convention.

356. Aucun des deux pays n'a donc pris le parti d'incriminer l'enrichissement illicite. Cette situation est regrettable au regard des avantages qu'offrent cette nouvelle infraction pour la lutte contre les pratiques de corruption. Parmi ces avantages, l'allègement de la charge de la preuve, voire son renversement, est le plus significatif. Cela aurait des conséquences notables sur l'effectivité des condamnations. Elle détiendrait en outre un aspect dissuasif non négligeable à l'égard des auteurs de corruption. Le Vietnam a définitivement renoncé à incriminer un jour ce type d'agissement considérant que l'infraction, telle que définie dans la Convention, vient à l'encontre de ses principes fondamentaux. Ce n'est pas le cas de la France qui s'est déjà positionnée en faveur d'un certain degré de présomptions de culpabilité. Le pays connaît d'ailleurs le mécanisme que suscite l'enrichissement illicite au travers de son délit de non justification des ressources. Pour autant, le législateur ne semble pas s'être encore penché sur la question de l'élargissement d'une telle infraction à des situations pour lesquelles l'auteur ne serait pas en relation avec l'auteur d'une infraction préalable. Ce n'est pas la position de la doctrine qui semble majoritairement favorable au concept de l'enrichissement illicite. A ce titre, des magistrats français ont expressément demandé au législateur la création d'un tel délit pour faciliter la répression de la corruption sur le territoire français¹⁰²⁰.

* *

*

357. L'analyse de l'étendue des dispositifs répressifs applicables aux pratiques corruptrices dans chacun des systèmes nationaux nous permet d'en conclure que l'essence même du phénomène de corruption fait l'objet d'une compréhension commune dans les deux législations étudiées. Néanmoins, le terme de ne bénéficie pas d'incriminations équivalentes selon le système considéré. La France a étendu son application à un grand nombre de situations impliquant des agents publics étrangers ou encore personnes privées. Ce n'est pas le cas du législateur vietnamien qui s'en tient à la conception classique de la corruption. Un tel traitement différentiel semble représenter un obstacle majeur pour la répression des ces activités à l'échelle supranationale. Il limite les « points de rencontres » entre les législations dans le cadre de la mise en œuvre d'une coopération internationale¹⁰²¹. Mais il ne s'agit pas de l'obstacle le plus insurmontable, du moins ce n'est assurément pas le plus urgent. La corruption doit avant tout pouvoir être réprimée sévèrement et efficacement à l'échelle interne avant qu'une coopération internationale aboutie ne soit envisagée. Une incrimination, aussi étendue qu'elle soit, ne peut être véritablement efficace que si elle fait l'objet d'une répression effective. Or, sur ce point il apparaît que le particularisme de la corruption en tant qu'infraction intrinsèquement occulte fait obstacle à la répression, c'est-à-dire, à l'application de sanctions pénales à l'égard des auteurs.

¹⁰²⁰ G. Lecalot, « Des magistrats demandent la création d'un délit d'enrichissement illicite », *France Info*, 27 juin 2012 ; article disponible en ligne sur www.franceinfo.fr ; *Transparence International France (TI France)*, « Agir contre la corruption : l'appel des juges contre la délinquance financière », *TI France*, 27 juin 2012, www.transparence-france.org.

¹⁰²¹ Voir *infra* n°976 et s.

TITRE 2 : LA DIFFICULTE DE MISE EN ŒUVRE DES SANCTIONS

358. Dans les deux systèmes étudiés, les infractions de corruption sont lourdement sanctionnées. En droit français, la corruption figure parmi les délits les plus graves. Les infractions de corruption interne et de corruption active de fonctionnaires étrangers sont punies d'une peine d'emprisonnement de dix ans, ce qui les place à la limite du crime. La corruption passive d'agents publics étrangers et les délits de corruption privée sont moins lourdement sanctionnés. Pour autant, en étant punis d'une peine d'emprisonnement de cinq ans, ils restent des délits graves. La loi du 6 décembre 2013¹⁰²² a, par ailleurs, considérablement alourdi les peines d'amende applicables à tous les délits de corruption. En droit vietnamien, les deux délits simples de corruption sont inclus dans la catégorie des délits graves. Mais les circonstances aggravantes, augmentant substantiellement le *quantum* de la peine, les classent rapidement dans la catégorie des délits extrêmement graves. En matière de corruption passive, par exemple, lorsque la valeur des biens reçus par le corrompu atteint 300 000 000 VND¹⁰²³, la peine applicable peut aller jusqu'à la peine de mort¹⁰²⁴.

359. Mais si les deux Etats s'accordent à considérer les pratiques corruptrices comme des agissements graves devant être sévèrement sanctionnés, du chemin reste à parcourir quant à l'applicabilité réelle des incriminations. L'essentiel n'est pas uniquement d'élever la corruption à la catégorie des infractions les plus graves. Il apparaît tout aussi fondamental de mettre en place des procédures adaptées pour la poursuite effective de leurs auteurs menant à une condamnation sévère. Or les pratiques corruptrices font partie de ces agissements intrinsèquement « occultes »¹⁰²⁵ qui nécessitent une attention particulière quant à leur répression. L'objectif est donc de détecter les infractions de corruption et de les poursuivre¹⁰²⁶.

360. La première difficulté est de détecter les activités corruptrices. Le caractère occulte du phénomène provient de l'aspect éminemment secret du « pacte corrupteur ». La corruption est une infraction commise par deux personnes au moins et agissant de concert¹⁰²⁷ avec un degré égal de culpabilité. Par conséquent, aucun n'a intérêt à ce qu'elle soit révélée au grand jour. La victime, quand il y en a une, ignore souvent que des opérations sont effectuées à son préjudice¹⁰²⁸. Les produits de la corruption sont également très occultes. Ils vont faire l'objet de dissimulation et de blanchiment afin que leur origine ne puisse être retracée. Toutes ces difficultés sont autant d'obstacles à la révélation de la corruption et au déclenchement des poursuites à l'encontre de leurs auteurs (Chapitre 1).

¹⁰²² Loi, n°2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière » *op. cit.*

¹⁰²³ Soit approximativement 10.345 euros.

¹⁰²⁴ C. Pén. Vn., art. 279 *in fine*. La Loi, n°13/2009/L-CTN, du 29 juin 2009 a substantiellement modifié le code pénal en abolissant la peine de mort pour un grand nombre d'infractions. Pour autant, au contraire de ce qui était initialement prévu, la loi n'a pas aboli la peine de mort en matière de corruption passive ; *in* N. Cong Hong, « Draft penal code amendments halve death penalties », *Vietnam Law and legal forum*, novembre 2008, pp. 9-11. La peine est toujours applicable mais jamais appliquée.

¹⁰²⁵ En ce sens, notamment, C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *op. cit.* : en ce qui concerne le report jurisprudentiel du délai de prescription pour les infractions d'affaires. Tel report est *contra legem* et le législateur doit prendre en compte la spécificité de cette catégorie d'infractions pour envisager un allongement légal du délai de prescription en raison de leur caractère occulte ; J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *op. cit.*, p. 1076 : « La corruption est l'une de ces infractions économiques qui se commettent dans la plus grande discrétion et que l'on nomme volontiers « infractions occultes » » ; SCPC, « Rapport annuel du Service central de prévention de la corruption », 1997, *op. cit.* : « La corruption est en général bien camouflée sous l'apparence de la légalité, très difficile à détecter ».

¹⁰²⁶ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 702.

¹⁰²⁷ M. Véron, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°543, p. 391.

¹⁰²⁸ J. Lelieur, « la prescription des infractions de corruption », *op. cit.*, p. 1076-1077.

361. La deuxième difficulté de taille tient à la conduite d'une procédure lorsque les activités ont pu être détectées. Il apparaît que les investigations policières ouvertes pour manquements au devoir de probité sont plus difficiles à diligenter que pour d'autres infractions d'apparence plus classiques¹⁰²⁹. Cela résulte de la nature même des infractions de corruption qui nécessitent des procédures adaptées pour assurer l'efficacité des poursuites¹⁰³⁰. En France des mesures ont été prises pour appliquer aux affaires de corruption un certain degré de procédures dérogatoires relatives à la criminalité organisée¹⁰³¹. Mais cela est loin de faire l'unanimité¹⁰³². Au Vietnam, il n'existe pas d'enquêtes spéciales adaptées à un ou plusieurs types de criminalité, de sorte qu'aucune mesure n'a été prise pour s'adapter aux spécificités des pratiques corruptrices. Mais, même lorsque des enquêtes parviennent à aboutir à un jugement, voire une condamnation, certaines sanctions applicables et nécessaires, telle que la confiscation des produits de la corruption, apparaissent très difficiles à mettre en œuvre en pratique. La difficulté s'accroît d'autant plus quand il s'agit de procéder au recouvrement et à la restitution des avoirs illicitement « détournés » de leur destination première. Toutes ces « étapes » de procédure représentent dès lors autant d'entraves à la condamnation effective et dissuasive des auteurs de corruption (Chapitre 2).

¹⁰²⁹ V. Lemoine, « Les aspects policiers de la lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 23.

¹⁰³⁰ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 702.

¹⁰³¹ V. Lemoine, « Les aspects policiers de la lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 24 ; H. Robert, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. – A propos de la loi du 6 décembre 2013 », *op. cit.*, n°30-32.

¹⁰³² En ce sens, P. Conte, « Le régime procédural de la criminalité organisée étendu à la corruption : l'exception tendrait-elle à devenir la règle ? », *Droit pénal*, 2008, n°1, étude 1.

CHAPITRE 1 : LES OBSTACLES RELATIFS AU DECLENCHEMENT DES POURSUITES

362. Le déclenchement des poursuites pour la répression des pratiques corruptrices peut s'avérer particulièrement difficile. De nombreux facteurs ralentissent voire anéantissent les chances d'aboutir à une condamnation effective qui se retrouve parfois réduite à une « peau de chagrin ».

363. Premièrement, comme soulevé, la corruption représente une série d'infractions qui se commettent dans la plus grande discrétion de sorte que l'on n'hésite pas à les qualifier comme étant intrinsèquement occultes¹⁰³³. En conséquence, il apparaît très difficile de pouvoir la détecter les pratiques corruptrices. Les auteurs de corruption n'ont aucun intérêt à révéler leurs activités, ce qui donne au pacte corrompé sa nature très secrète. Les produits de la corruption eux-mêmes sont occultes en ce qu'ils sont dissimulés et blanchis. L'obscurité du phénomène se retrouve donc renforcée par les activités de blanchiment des produits de la corruption. Cela sans compter les fameux centres financiers *offshore*, communément appelés « paradis fiscaux », qui jouent un rôle important dans la dissimulation des pratiques corruptrices ainsi que de leurs produits.

364. Deuxièmement, même détectées, les possibilités de poursuites contre ces activités sont parfois anéanties. Certains aspects procéduraux sont inadaptés aux spécificités de ces infractions. Tel est le cas, en France, de la prescription triennale qui y est appliquée. Elle est jugée bien trop courte pour assurer une poursuite effective des auteurs. On retrouve aussi des difficultés quant au degré de preuves exigé par l'incrimination. La France, comme le Vietnam, n'ont mis en place aucun renversement de la charge de la preuve en faveur des autorités de poursuites. Ces dernières doivent alors prouver l'existence du pacte corrompé et parfois même son antériorité.

La qualité de certains auteurs de corruption peut, en outre, représenter un frein aux poursuites¹⁰³⁴. Il n'est pas rare, en effet, que les auteurs de corruption bénéficient d'immunités, parlementaires ou diplomatiques, de sorte que toute poursuite à leur encontre est impossible. Parmi les mesures essentielles à la lutte contre la corruption, réduire l'impact des immunités, du moins parlementaires¹⁰³⁵, apparaît comme l'une des plus fondamentales. Mais même lorsque les auteurs ne bénéficient pas d'immunités, il n'est pas rare non plus, dans un contexte de corruption transnationale, que l'auteur soit de nationalité étrangère et/ou situé sur un territoire étranger. Lorsque les activités de corruption comportent un élément d'extranéité relatif à l'un des leurs auteurs, toute poursuite à leur encontre s'avère parfois impossible.

365. En conséquence, il apparaît que la corruption est en réalité un phénomène particulièrement indétectable (Section 1) et dont les spécificités réduisent, dans tous les cas, les possibilités de poursuites à l'encontre de ses auteurs (Section 2).

¹⁰³³ J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *op. cit.*

¹⁰³⁴ V. Lemoine, « Les aspects policiers de la lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 23

¹⁰³⁵ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 702.

SECTION 1: UN PHENOMENE PARTICULIEREMENT INDETECTABLE

366. Une activité de corruption repose toujours sur l'établissement d'un pacte entre le corrupteur et le corrompu, pacte qui porte sur les moyens de la corruption et sur la contrepartie attendue du corrompu¹⁰³⁶. Du fait de l'existence de ce pacte, par essence secret, certains auteurs n'hésitent pas à qualifier la corruption comme un phénomène occulte et indolore¹⁰³⁷. La corruption a cette forte tendance de souvent passer inaperçue et c'est la raison pour laquelle elle est qualifiée à juste titre de phénomène obscur (§1).

367. En plus d'être intrinsèquement occultes, les pratiques corruptrices empruntent également des « circuits » qui vont renforcer cet aspect. C'est notamment la fonction des fameux « paradis fiscaux ». Ces places financières ne sont pas uniquement utiles à la dissimulation et au blanchiment des produits de la corruption. Elles servent également à dissimuler les pratiques corruptrices elles-mêmes grâce à l'utilisation de sociétés-écrans ou autre prête-noms situés sur leurs territoires. Par conséquent, l'obscurité des pratiques corruptrices se trouve renforcée par le rôle des centres financiers *offshore* (§2).

§1 – L'OBSCURITE DU PHENOMENE

368. Comme soulevé, la corruption repose en réalité sur un accord en deux personnages également coupables qui participent au même concert frauduleux¹⁰³⁸. La révélation des pratiques corruptrices repose donc sur l'établissement de l'existence du pacte qu'aucun des deux intéressés ne souhaite voir étalé au grand jour. Or, non seulement les pratiques de corruption se réalisent à l'abri du grand public mais également à l'abri de leurs propres victimes. Dans un contexte commercial, par exemple, il n'est pas rare qu'elles aient lieu à l'insu de la majorité des membres de l'entreprise qui procède au paiement illicite¹⁰³⁹. Cet aspect fait du délit de corruption un délit intrinsèquement obscur (A).

369. En outre, les circuits de blanchiment vont venir « laver » l'origine corruptrice des revenus pour leur donner une apparence de totale légalité. De ce fait, le lien de causalité qui avait pu exister un temps entre les « relations » d'un auteur et des revenus d'origine douteuses, diminue au fur et à mesure que les fonds sont blanchis. Si les activités ne sont pas détectées très vite, les « traces » de toute relation corruptrice finissent par disparaître définitivement. L'obscurité du phénomène de corruption se trouve donc renforcée par les activités de blanchiment de ses produits (B).

A.- Un phénomène intrinsèquement obscur

370. Les délits de corruption sont qualifiés d'infractions « occultes et indolores » tant leur potentiel de discrétion est élevé (1). Comme il s'agit d'un phénomène particulièrement indétectable, les moyens traditionnels mis à la disposition des services d'enquêtes se révèlent

¹⁰³⁶ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°71, p. 74.

¹⁰³⁷ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *AJ Pénal*, 2006, n°5, p.198.

¹⁰³⁸ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, op. cit., n°1381, p. 620.

¹⁰³⁹ J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », op. cit.

souvent infructueux. Il existe toutefois des moyens permettant d'aboutir à la révélation du pacte de corruption (2).

1. Des délits occultes et indolores

371. La corruption est par essence un phénomène occulte et indolore¹⁰⁴⁰. Elle est occulte en considération de son caractère particulièrement indétectable. Elle est indolore eu égard à l'impossibilité pour la « victime » de corruption de déterminer précisément l'origine de son préjudice.

372. Un phénomène occulte. Le caractère occulte se retrouve à tous les stades de la réalisation du pacte corrompueur.

« La corruption est un délit occulte par nature car ni le corrupteur, ni le corrompu n'ont intérêt à se vanter d'avoir commis ce délit »¹⁰⁴¹.

373. La contraction du pacte est de nature très secrète. Comme soulevé, il ne fait jamais l'objet d'un écrit. Il s'établit par le biais d'ententes et de promesses purement verbales. Aucune des parties à cet accord n'a intérêt à ce qu'il soit révélé étant donné le risque pénal qu'elles encourent. Dans ces conditions il apparaît impossible d'en établir juridiquement l'existence à moins d'aveux ou de dénonciations. C'est également le cas lorsque la réalisation du pacte ne se fait pas comme convenu et que l'une des parties ne remplit pas ses obligations « contractuelles ». Il va de soi que la partie « lésée » ne sera pas en mesure d'agir en responsabilité contractuelle pour forcer l'exécution du pacte. Il paraît tout aussi incongru qu'elle porte plainte pour corruption puisqu'elle-même se mettrait en danger d'une condamnation pénale.

La réalisation de ce pacte s'effectue, de surcroît, au moyen de la fourniture d'une forme de « rémunération » elle aussi très occulte. Corrupteur et corrompu mettront tout en œuvre pour dissimuler cette contrepartie qui s'avère par ailleurs particulièrement « liquide ». Ce caractère est dû au fait que la contrepartie est mue par un impératif de discrétion. Elle est liquide en ce qu'elle va pouvoir faire l'objet d'une dissimulation rapide.

374. Cette dissimulation se trouve facilitée dans les pays en développement tels que le Vietnam. Dans ce pays le terme de « liquidité » des paiements reprend tout son sens en ce que toute transaction, même légale, se fait en espèces. Cela vaut pour les opérations quotidiennes mais également pour les plus onéreuses comme le paiement des salaires ou l'achat de biens immobiliers et autres biens de luxe. Les produits de la corruption bénéficient d'un potentiel énorme de dissimulation en se fondant directement dans la masse des espèces circulant sur le territoire.

375. Cette forte liquidité de paiements s'explique par la faible confiance que portent les vietnamiens au système bancaire. La dématérialisation de la monnaie est encore un phénomène relativement récent au Vietnam. Dès lors, bien que ce système soit en pleine expansion¹⁰⁴², les vietnamiens n'y accordent que peu d'intérêt et de confiance. Ils vont y préférer les moyens traditionnels de paiement et d'épargne comme l'achat de lingots d'or

¹⁰⁴⁰ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*

¹⁰⁴¹ *Ibid.*

¹⁰⁴² En ce sens, B. Toan Tran, « Analysis of the vietnamese banking sector with special reference to corporate governance », Dissertation, n°3412, *University of St Gallen*, Saigon, 2008, pp.1-215; N. Dang Thanh, « The performance of vietnamese banking system under financial liberalization : measurement using DEA », in 25th Australian finance and banking conference, *Sydney*, 6 juin 2012, pp.1-20.

pour les placer dans un coffre ou le fait de cacher une partie de leurs revenus sous leurs matelas. Les études révèlent ainsi que seuls 20 à 25% des vietnamiens détiennent un compte bancaire¹⁰⁴³. Parmi eux, l'immense majorité ne dispose que de cartes de débit. Plus de 80% des cartes de crédit, type Visa, délivrées au Vietnam, sont détenues par les résidents étrangers¹⁰⁴⁴. Or les cartes de débit ont pour seule fonction de permettre à leur utilisateur de retirer des espèces dans un distributeur de billet pour ensuite effectuer des achats en liquide.

Dans un tel contexte, le caractère occulte des pratiques corruptrices n'en est que plus accru. Il ne fait nul doute que la dissimulation des produits de la corruption paraît extrêmement aisée. Leur blanchiment paraît également facilité et plus direct en ce que les produits ainsi obtenus seront mêlés aux revenus légaux et directement employés dans les dépenses quotidiennes ou pour l'achat de biens plus onéreux.

376. En France, la « liquidité » des produits de la corruption est moins évidente car la nature des avantages peut être très variée. Pour autant, les espèces sont parfois préférées par les corrompus qui y voient un moyen d'éviter de laisser une trace « indélébile »¹⁰⁴⁵ dans le système bancaire. Dans ce cas de figure, la détection et la preuve de pratiques corruptrices relève d'une mission quasi-impossible. Sauf à constater la remise d'espèces dans le cadre d'un flagrant délit, « la preuve d'une corruption par remise d'espèces devient très aléatoire »¹⁰⁴⁶. Dans cette situation, comme au Vietnam, certains corrompus utiliseront ces revenus pour des dépenses quotidiennes sans attirer l'attention sur un train de vie trop élevé. Ils pourront également les déposer au fur et à mesure sur leurs comptes bancaires. Si les montants sont élevés, il pourra être demandé à l'individu d'en préciser l'origine. Néanmoins, ce dernier fournira des explications mensongères et cela ne fera que compliquer la tâche des enquêteurs qui devront en démontrer l'absence de véracité¹⁰⁴⁷.

377. La volatilité des espèces est une situation préoccupante pour le Vietnam qui l'a identifié comme l'un des obstacles majeur à la lutte contre la corruption et le blanchiment d'argent. Les incriminations restent, en effet, inapplicables faute de traçabilité des produits illicites. Afin de limiter ce phénomène, le gouvernement avait pris le parti, en 2006, d'agir en faveur de l'intégration de nouveaux moyens de paiements. Par un décret du 28 décembre 2006¹⁰⁴⁸, dit « décret 161 », le gouvernement a d'abord tenté de limiter les retraits d'espèces dans les distributeurs en fixant un plafond maximum de 30 millions VND¹⁰⁴⁹. Le lendemain, le 29 décembre 2006, une décision a été adoptée par le Premier Ministre pour équiper tous les commerces de dispositifs permettant le paiement par cartes de crédit. L'objectif était que 70% des commerces soient équipés d'ici à 2010. Malheureusement cet objectif n'a jamais été atteint. En 2013, plus de la moitié des commerces n'étaient toujours pas équipés. Parmi ces commerces figuraient les concessionnaires de véhicules, vecteurs importants du blanchiment d'argent. En outre, l'équipement est cher de sorte que les quelques commerces qui acceptent le paiement par cartes de crédit surfacturent toute opération de 3%. Dans ce contexte, le

¹⁰⁴³ L. Alejandro, E. Forden, E. Oh, J. Peterson, S. Pham, M. Reisman, G. Serletis, D. Vu et I. Wohl, «An Overview and Examination of the Vietnamese Service Sector », *U.S International Trade Commission*, Office of Industries, Working paper, 2012, p.23; U.S department of States, «2012 Investment climate statement - Vietnam », Rapport, *U.S department of States*, 2012. Rapport disponible en ligne sur <http://www.state.gov>.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*

¹⁰⁴⁵ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, p. 200.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*

¹⁰⁴⁷ *Ibid* : « Si le corrompu explique, sans rire, que l'argent provient d'économies constituées depuis la deuxième guerre mondiale en vue de préparer dans les meilleures conditions et pour ne pas être pris au dépourvu la troisième ou que l'argent provient du don manuel d'un aïeul décédé depuis, la charge de la preuve qui incombe à l'enquêteur devient insurmontable ».

¹⁰⁴⁸ Décret, n°161/2006/ND-CP, « Decree providing for cash payment », *Hanoi*, 28 décembre 2006.

¹⁰⁴⁹ Soit environ 1000 Euros.

gouvernement a envisagé à nouveau d'adopter un décret en 2013 pour tenter de limiter les transactions en espèces¹⁰⁵⁰.

378. Le versement de la contrepartie corruptrice en espèces correspond à l'idée première que chacun se fait de la corruption. Une illustration classique revient très souvent au Vietnam : celle de la relation corruptrice qui naît dans le cadre de l'administration vietnamienne entre un administré et un fonctionnaire. Il est courant, en effet, qu'un administré glisse « quelques billets de banque » entre les pages de son dossier pour assurer l'obtention plus rapide de quelque autorisation ou certificat. L'exemple type se retrouve dans le fait de dissimuler les billets dans les pages d'un passeport pour l'obtention d'un visa. La majeure partie du temps, ce sont des ressortissants vietnamiens qui agissent pour le compte d'étrangers en demande de visas et qui vont, par la suite, répercuter le prix de la commission sur le demandeur.

Mais le versement de la contrepartie, comme soulevé, ne se matérialise pas toujours par des espèces. C'est notamment le cas dans les pays développés comme la France dans lesquels la nature des avantages peut être extrêmement variée. Pour autant, toute rémunération doit rester « liquide ». Le terme, utilisé au sens figuré cette fois, signifie qu'elle doit répondre à l'impératif de dissimulation. Pour ce faire, les auteurs de corruption ont recours à de nombreuses techniques parfois très complexes. Dans ces situations, établir la preuve l'existence de relations corruptrices est un exercice tout aussi difficile pour les autorités de poursuites.

Parmi les techniques de dissimulation, deux types de montages peuvent être envisagés : les montages purement comptables effectués dans le cadre d'une société et les montages « juridico-financiers » faisant appel à des techniques juridiques complexes et internationalisées.

379. Concernant les montages comptables, deux techniques semblent être particulièrement appréciées des auteurs de corruption. Il s'agit, d'abord, du recours à la fausse facture. La facture est un outil permettant à un opérateur économique de constater par écrit les conditions dans lesquelles il a vendu des marchandises, loué des objets ou assuré certains services¹⁰⁵¹. L'établissement d'une facture fictive, c'est-à-dire ne correspondant pas à une opération réelle¹⁰⁵², permettra à l'auteur de corruption de « justifier » et de dissimuler des charges ou des revenus illicites. Pour ce faire, trois possibilités sont offertes : la facture sans contrepartie, établie pour une vente ou une prestation fictive¹⁰⁵³, la facture surévaluée¹⁰⁵⁴ ou encore la facture sous-évaluée¹⁰⁵⁵. L'avantage qu'offre cette technique est que d'un point de vue commercial et isolément considérées, ces pièces comptables¹⁰⁵⁶ peuvent parfaitement passer inaperçues. Seul un œil expert et une lecture « en parallèle » permettra de révéler l'absence ou l'illicéité de leur cause. « *C'est leur examen dans le contexte global du montage mis en place qui fait sauter aux yeux leur illicéité* »¹⁰⁵⁷. A titre d'exemple, le système de la facture surévaluée fait naître à l'égard de son auteur la délicate question relative à la récupération du surplus des sommes versées. En contrepartie, sera alors établie une facture purement fictive. Ce n'est qu'à la lecture conjointe des deux documents que pourront être révélés les paiements

¹⁰⁵⁰ Thanh Nien News, « Vietnam gov't seeks to restrict cash transactions », *Thanh Nien News*, 25 janvier 2013. Article disponible en ligne sur <http://www.thanhniennews.com/2010/pages/20130124-vietnam-wants-to-restrict-cash-payment.aspx>.

¹⁰⁵¹ S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 22^{ème} édition, 2014-2015, *op. cit.*, p. 423.

¹⁰⁵² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014, p.444.

¹⁰⁵³ C. Ducouloux-Favard, « Fausses factures et corruption », *Dalloz*, 1996, p.355.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵⁵ Cass. Crim., 20 juin 2007, *Dalloz*, 2008, pan., p. 1573, obs. C. Mascala.

¹⁰⁵⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 444.

¹⁰⁵⁷ C. Ducouloux-Favard, « Fausses factures et corruption », *op. cit.*, p.354.

occultes en « aller-retour »¹⁰⁵⁸. La question des fausses factures reste entière au Vietnam. D'une part car, comme étudié, le paiement de la corruption a rarement besoin de ce genre de stratagème pour pouvoir être dissimulé. D'autre part, la loi reste silencieuse sur le sujet des comptes falsifiés. Bien que le recours à cette technique semble être moralement réprimé¹⁰⁵⁹, aucune incrimination spécifique n'existe pour en interdire le recours. Au contraire de la France qui a créé le délit de faux à l'article 441-1 du code pénal.

380. La technique relative au recours à une « caisse noire » est également prisée des auteurs de corruption¹⁰⁶⁰. Une « caisse noire », ou « fonds noirs extra-comptables », peut se définir comme une réserve occulte constituée par le dirigeant d'une société et qui n'apparaît pas à son bilan¹⁰⁶¹. Elle se distingue, par cet aspect, des autres réserves d'une société : les réserves légales, les réserves statutaires et les réserves libres. Les dernières sont laissées à la disposition du dirigeant mais apparaissent dans les comptes et bilans de la société. Les réserves occultes ne font l'objet en soi d'aucune incrimination spécifique mais leur constitution est souvent révélatrice de pratiques frauduleuses. C'est le cas dans le fameux arrêt « *Rosemain* », par exemple, où une partie de la caisse noire avait permis de rémunérer des travailleurs dissimulés¹⁰⁶². Ces réserves, également appelées les *slush-funds* et alimentées grâce par une partie de l'actif de la société que le dirigeant soustrait discrètement, sont très attractives pour les auteurs de corruption. Elles permettent de continuer à verser des commissions à l'international pour l'obtention ou la conservation de marchés malgré l'incrimination dont ces pratiques font l'objet aujourd'hui. Le recours à cette technique en matière de corruption est d'ailleurs de notoriété internationale¹⁰⁶³.

381. Pour que ces montages comptables soient révélés, une étude approfondie de la situation financière de la société concernée est indispensable. Or telle analyse ne peut être déclenchée que dans certaines situations. Par exemple, s'il existe déjà des soupçons de corruption à l'égard de la société ou de son dirigeant ou encore, lorsque l'entreprise se trouve en situation de cessation de paiements. Cette dernière situation entraîne, en effet, l'ouverture d'une procédure collective et l'intervention d'un mandataire chargé de faire la lumière sur les comptes de l'entreprise. Mais en dehors de ces hypothèses, la dissimulation des pratiques frauduleuses peut être totale au point où même les associés peuvent ignorer entièrement les pratiques de corruption et les abus de biens sociaux commis par le dirigeant.

382. Il n'est pas rare également que les auteurs de corruption aient recours à des montages « juridico-financiers » complexes et internationalisés. Ces techniques font appel à toute l'ingénierie financière dont peuvent faire preuve les auteurs de corruption et les blanchisseurs pour la dissimulation de leurs pratiques. Parmi toutes les techniques existantes, il est indispensable de citer celle des sociétés-écrans. Comme énoncé, ces sociétés se caractérisent par leur objet purement fictif et par une absence totale d'*affectio societatis*¹⁰⁶⁴. La constitution de ce type de structure a été facilitée par l'assouplissement du droit des sociétés. La création

¹⁰⁵⁸ Pour une analyse détaillée de la fausse facture et des fraudes s'y afférant, notamment dans le cadre des pratiques corruptrices, Cf C. Mascala, *Fraudes et facturation*, Thèse, Université Bordeaux I, 1989, pp. 1-392.

¹⁰⁵⁹ La loi sur les entreprises de 2005 (Loi, n°60/2005/QH11, *op. cit.*) prévoit, en effet, que les entreprises doivent organiser la comptabilité; établir de manière sincère et exacte les rapports financiers (art. 9). Par ailleurs, le dirigeant d'une société mère est habilité à rédiger le rapport du groupe de sociétés. Pour ce faire, il se base sur les rapports établis par ses filiales lorsqu'il n'a pas de doute ou n'a pas eu connaissance de leur falsification (art. 148). L'interdiction de la falsification apparaît donc en filigrane du droit vietnamien des sociétés mais il n'existe pas de disposition venant condamner directement cette pratique.

¹⁰⁶⁰ Voir en ce sens, C. Mirieu de Labarre, « les caisses noires et le droit pénal des affaires », Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2000, n°288 et s., p. 192 et s.

¹⁰⁶¹ C. Mascala, « Droit pénal des affaires », Cours, Master 1 Droit privé – sciences criminelles, *op. cit.*

¹⁰⁶² Cass. Crim, 11 janvier 1996, *op. cit.*

¹⁰⁶³ Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centres financiers offshore : obstacles et solutions*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁶⁴ Voir *supra* n°240.

même d'une société-écran n'est pas en soi un délit. Elle représente toutefois un indice sérieux quant à l'illicéité de sa cause ou de son objet. A ce titre, « *ces sociétés n'ont souvent aucune activité économique (sociétés boîte aux lettres) ou si elles en ont une, c'est une activité de bluff (des études inutiles ou qui sont de la reprographie pure et simple). De surcroît, ces sociétés s'imbriquent dans d'autres sociétés actives et saines en un montage aussi varié que l'imagination de ceux qui les utilisent ou les conseillent.* »¹⁰⁶⁵. Il est tout aussi indispensable de mentionner les centres financiers *offshore*. Ils se définissent comme des territoires dont la législation bancaire est particulièrement souple et qui ne répondent pas aux exigences internationales de transparence¹⁰⁶⁶. Ces centres représentent donc un véritable « pain béni » pour les auteurs de corruption qui bénéficieront d'une discrétion et d'un secret bancaire absolu. Une fois de plus, la détention d'un compte à l'étranger, notamment dans un « paradis fiscal », n'est pas *ipso facto* prohibée mais elle sera souvent révélatrice d'activités frauduleuses¹⁰⁶⁷.

383. Dans les faits toutes ces techniques, à la fois comptables et juridico-financières, se combinent très souvent. La grande complexité de ces pratiques peut être illustrée au travers de la fameuse « affaire Elf »¹⁰⁶⁸. Dans son arrêt, la Cour de Cassation révèle l'utilisation d'un grand nombre de montages par le dirigeant aux fins de dissimulation. Les actifs détournés avaient été intégrés au patrimoine de sociétés-écrans dont le siège social était situé dans des centres *offshore*. Le dirigeant avait également ouvert de nombreux comptes à l'étranger. Grâce à tous ces montages, il avait pu verser de nombreuses commissions sur des comptes occultes. Outre la corruption, ces agissements caractérisaient également l'abus de biens sociaux pour lequel le dirigeant a été condamné¹⁰⁶⁹. Ces montages avait effectivement permis une telle dissimulation que les pratiques de corruption étaient déjà prescrites au moment de leur révélation. L'utilité du délit d'abus de biens sociaux est à nouveau constatée. Son régime dérogatoire de prescription permet de pallier aux défauts constatés pour la répression des délits de corruption¹⁰⁷⁰.

384. Au Vietnam, un certain nombre de montages peuvent également être observés. Bien que ces derniers ne soient pas aussi complexes que ceux observés en France, les auteurs font tout de même appel à un certain nombre de techniques afin de pouvoir dissimuler leurs pratiques. Une des techniques les plus connues est celle de « l'achat pour autrui ». Pour dissimuler leurs bénéfices, les corrompus vont acheter des biens, souvent immobiliers, au nom de leurs proches. Il n'est pas rare d'ailleurs qu'ils en confèrent l'utilisation à ces mêmes proches afin de ne pas attirer l'œil sur un train de vie trop dispendieux par rapport à leurs revenus officiels¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁵ C. Ducouloux-Favard, « Fausses factures et corruption », *op. cit.*, p. 354.

¹⁰⁶⁶ Voir *supra* n°239.

¹⁰⁶⁷ En ce sens, la loi française du 6 décembre 2013 met en place un système très intéressant. Il est ainsi prévu que le délit de fraude fiscale est aggravé lorsqu'il a été commis par le biais d'un compte détenu à l'étranger. Le législateur français n'interdit donc pas la détention de comptes à l'étranger mais révèle sa suspicion à l'égard de leurs détenteurs qui, souvent, utilise ce biais pour commettre une fraude fiscale. Cf Loi, n° 2013-1117, *op. cit.*, art.9, I, 2° modifiant CGI, art. 1741.

¹⁰⁶⁸ Voir *supra* n°320.

¹⁰⁶⁹ B. Bouloc, « Abus de biens sociaux : l'affaire Elf », note sous Cass. Crim. 31 janvier 2007, *Revue des sociétés*, 2007, pp. 379-400.

¹⁰⁷⁰ En effet, dans l'arrêt de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation du 31 janvier 2007, au moyen de défense des prévenus selon lequel : « la corruption d'un fonctionnaire national d'un autre Etat membre de l'Union européenne n'a été incriminée qu'à compter de la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000, sous l'article 435-3 du code pénal, de sorte que le versement d'une somme d'argent destinée à un décideur politique d'un Etat membre, pour obtenir des subventions ne pouvait, en 1992, caractériser un acte contraire à l'intérêt social, la contrepartie n'ayant alors, à cette époque, aucun caractère illicite », la Cour a répondu : « la cour d'appel, qui a répondu aux arguments péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous leurs éléments les infractions dont elle a déclaré les prévenus coupables, a justifié sa décision » ; Cass. Crim, 31 janvier 2007, *op. cit.*

¹⁰⁷¹ T. Van Dung, Professeur, Vice-directeur de la division du droit pénal, Département du droit pénal et administratif, Ministère de la justice, Interview du 2 mai 2013.

Cette technique, d'apparence simpliste, recouvre en réalité beaucoup d'avantages. D'une part, au Vietnam la « famille » est entendue *lato sensu* de sorte que les proches du corrompu peuvent être très nombreux. En ce sens, le délinquant pourra plus facilement dissimuler ses revenus en multipliant les achats au nom de différents proches. D'autre part, la loi vietnamienne ne permet pas de déterminer, après achat, le véritable propriétaire de biens acquis. D'abord car les achats étant effectués en espèces, il n'est pas possible de tracer le paiement. Ensuite parce que le droit vietnamien ne permet pas de contester la propriété d'un bien. Seul des aveux du corrompu permettra de révéler la propriété fictive des biens. En outre, seuls les biens pour lesquels la supercherie a été avouée pourront être confisqués dans le cadre d'une condamnation pénale¹⁰⁷².

385. Que le terme soit entendu au sens propre ou au sens figuré, la liquidité des transactions en matière de corruption est particulièrement forte ce qui donne à l'infraction son caractère occulte. Tant les espèces que les montages complexes ne laissent que peu de traces et seul l'œil avisé d'experts en la matière permettra de déceler des indices relatifs à des activités corruptrices. Mais, même en présence d'indices et de soupçons, les preuves juridiquement irréfutables restent très difficiles à établir. Comme évoqué, le versement d'espèces doit se constater dans le cadre d'un flagrant délit pour être prouvé. Cela nécessite donc la mise en place de procédures spécifiques en matière de surveillance et d'infiltration¹⁰⁷³. Lorsque l'on est en présence de montages juridico-financiers, il est indispensable d'avoir recours à des experts qui seuls seront en mesure de « recouper » des informations d'apparence légales dans le cadre d'une analyse isolée¹⁰⁷⁴. Enfin, malgré ce travail minutieux, la procédure se trouve souvent bloquée lorsque les produits ont été placés à l'étranger. Certaines banques refusent de coopérer et opposent le secret bancaire absolu. D'autres exigent des autorités d'enquête qu'elles fournissent, lors de leur demande, le nom de la banque, l'agence et le numéro de compte recherché. Autant d'informations que les autorités cherchent justement à prouver¹⁰⁷⁵.

386. Un délit indolore. La corruption est également un délit indolore et cet aspect découle directement de son caractère occulte. Lorsque les pratiques corruptrices font des « victimes », ces dernières ignorent le plus souvent qu'elles subissent un préjudice. Lorsqu'elles le réalisent, elles sont souvent dans l'impossibilité d'en déterminer la cause exacte. Si elles soupçonnent des activités de corruption, elles n'oseront pas toujours les dénoncer de peur d'être poursuivies pour dénonciations calomnieuses étant donné l'absence d'indices sérieux pour corroborer leurs allégations. C'est pourquoi, par exemple, un fournisseur de services, injustement évincé d'un marché public et soupçonnant des relations corruptrices entre le fournisseur choisi et l'administration émettrice de l'appel d'offre, préférera souvent un recours en annulation du contrat devant les juridictions administratives plutôt que déposer plainte auprès des juridictions répressives¹⁰⁷⁶.

387. Par conséquent, le « chiffre noir »¹⁰⁷⁷ de la corruption est extrêmement élevé par rapport à d'autres infractions. La plupart des infractions contre les biens (vol, escroquerie, abus de confiance..) et certaines infractions contre les personnes (viol...) vont être découvertes et poursuivies à l'occasion du dépôt de plainte de la part de la victime. Pour ces infractions, le

¹⁰⁷² *Ibid.*

¹⁰⁷³ Voir *infra* n°549 et s.

¹⁰⁷⁴ C. Ducouloux-Favard, « Fausses factures et corruption », *op. cit.*, p. 354.

¹⁰⁷⁵ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, p.200.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷⁷ Le chiffre noir en droit pénal représente toutes les infractions qui ont été commises mais qui n'ont pas été découvertes et qui restent alors inconnues des services de police. Il s'agit de ce que l'on nomme également « la criminalité réelle ». A ce titre, il doit se distinguer de la « criminalité apparente » : ensemble des infractions qui ont été découvertes mais qui ne sont pas encore poursuivies. Cf S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.* p.163 et 282.

chiffre noir dépend donc du fait que les victimes, bien que conscientes de leur préjudice, vont parfois renoncer à porter plainte pour quelconque raison (peur, honte ou crainte de représailles). En matière de corruption, le problème tient au fait que la victime peut ne pas se rendre compte qu'un acte de corruption s'est consommé à son préjudice¹⁰⁷⁸. Il se peut, dans certains cas, qu'il n'y ait pas de victime évidente du pacte de corruption. Tel est le cas du corrupteur, agissant en tant que personne privée, qui octroie un avantage au corrompu en puisant dans ses propres deniers, pour l'obtention plus rapide de quelconque document. Doit-on considérer que le pacte a fait une victime, outre la société dans son ensemble ? Peut-on considérer que le corrupteur s'est volé à lui-même ?

388. Comme soulevé, il est d'autres situations pour lesquelles les activités de corruption causent des préjudices évidents à autrui. Tel est le cas lorsque le corrupteur agit dans le cadre d'une société pour l'obtention ou la conservation d'un marché. En premier lieu, la société « corruptrice » elle-même pourrait être considérée comme victime étant donné le fait que son dirigeant a détourné son actif, de surcroît à des fins illégales. Mais tout le problème réside en ce que le dirigeant malhonnête est justement le représentant de la personne morale lésée. De ce fait, il paraît inconcevable qu'il porte plainte au nom de la personne morale pour détournement de ses actifs. En second lieu, les sociétés injustement évincées pourraient aussi être considérées comme victimes du pacte corrupteur. Mais comme soulevé, elles ne seront pas souvent en mesure de déterminer précisément l'origine de leur préjudice et encore moins d'apporter la preuve de quelconque corruption. Par ailleurs, même en l'absence de pratiques de corruption, rien ne garantit que l'entreprise évincée aurait pour autant obtenu le marché.

389. Au Vietnam, l'aspect indolore de l'infraction semble paradoxalement d'autant plus prononcé que les pratiques sont très répandues sur le territoire. Verser une commission pour l'obtention d'un marché ou pour l'octroi de quelconque document apparaît comme « normal » pour les ressortissants du pays. Cette habitude est perçue par les investisseurs étrangers, comme l'un des obstacles majeurs à la conduite des affaires dans le pays. Une grande majorité des dirigeants de sociétés étrangères avouent devoir verser systématiquement des commissions pour permettre l'obtention de marchés, voir même la simple prise en considération de leur candidature à un appel d'offre¹⁰⁷⁹. Mais, contrairement à ce que l'on pourrait envisager, le caractère indolore n'en est que plus accru car ces pratiques sont finalement acceptées comme une fatalité par les sociétés et font naître une certaine « solidarité » entre elles. Les dirigeants se déclarent, en effet, « obligés » de corrompre des hauts fonctionnaires s'ils souhaitent poursuivre leurs activités au Vietnam et sont conscients que la situation est la même pour toutes les entreprises. De ce fait, lorsque des concurrents sont favorisés à leur détriment, ils ne dénoncent pas les pratiques frauduleuses et ne demandent pas l'annulation de la procédure d'obtention. Ils ne perçoivent pas cette décision comme leur causant un préjudice et ne se considèrent pas comme victime de corruption. Il en est de même du côté des agents publics corrompus. Au Vietnam, l'obtention de toute fonction publique, surtout de haut rang, s'achète. Toute personne désireuse d'être dépositaire de l'autorité publique devra, en quelque sorte, acheter « sa charge »¹⁰⁸⁰. De ce fait, il apparaît normal de se « rembourser » par la suite et d'amortir l'investissement par le biais de pratiques de corruption. Ce fait avéré fait naître une solidarité entre fonctionnaires qui n'iront que très rarement dénoncer leurs homologues.

¹⁰⁷⁸ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, p.198.

¹⁰⁷⁹ U4 Expert Answer, « Overview of corruption and anti-corruption in Vietnam », *Anti-Corruption Resource Center*, Avril 2012, p. 2. Publication disponible en ligne sur <http://www.u4.no/publications/>.

¹⁰⁸⁰ Cette situation n'est d'ailleurs pas propre au Vietnam. Le fait, pour un fonctionnaire ou même un dirigeant politique, de corrompre pour accéder aux postes souhaités est également pratiqué dans de nombreux pays en développement. Cf L. Hors, « Lutter contre la corruption dans les pays en développement », *OCDE, L'observateur*, 2009, pp. 1-2.

390. Le délit est enfin indolore pour la société dont les fonds sont détournés par le dirigeant à des fins de corruption. Au Vietnam, la distinction entre le patrimoine de l'entreprise et celui de ses créateurs n'est pas aussi nette qu'elle ne l'est en droit français¹⁰⁸¹. Elle est encore moins nette pour les entreprises publiques étant donné que leur budget dépend directement du budget de l'Etat. Dans ce contexte, il est difficile d'envisager la « personne morale » comme véritable victime de la corruption. Cela est d'autant plus marqué que le droit pénal vietnamien ne reconnaît par la « personne morale » comme détentrice de droits et obligations¹⁰⁸². Cette difficulté apparaît très clairement dans le cadre du scandale de « *Vinashin* »¹⁰⁸³. Le dirigeant a été condamné pénalement mais la société n'a pas été, pour autant, considérée comme victime des détournements.

391. En tant que délit occulte et indolore, la corruption est très difficile à établir. Les autorités de poursuites se heurtent à de nombreux obstacles pour l'établissement de preuves suffisantes à leur poursuite et à leur condamnation. Quels sont les moyens utilisables pour permettre leur révélation ?

2. Les moyens de révélation du pacte de corruption

392. L'existence du pacte corrompeur en tant qu'élément constitutif de la corruption représente un frein important à la révélation des pratiques corruptrices. Il existe cependant des moyens à disposition des autorités de poursuite pour le découvrir.

393. La dénonciation. Le premier moyen consiste en la dénonciation des pratiques de corruption par les tiers qui en ont eu connaissance. En France, il s'agit du vecteur essentiel de révélation des pratiques corruptrices¹⁰⁸⁴. On entend par « tiers » toute personne extérieure au pacte de corruption. Il peut donc s'agir de simples citoyens mais également de toutes les personnes qui travaillent pour le compte de la personne morale impliquée dans les relations corruptrices. Le rôle de ces tiers est essentiel dans la lutte contre la corruption et il est mis en valeur dans les instruments internationaux tels que la Convention de Mérida¹⁰⁸⁵. A ce titre, le texte contient un certain nombre de dispositions impératives visant à renforcer le rôle des citoyens dans la lutte contre la corruption¹⁰⁸⁶ comme leur permettre l'accès à de nombreuses informations ou être sensibilisés aux menaces que représente la corruption¹⁰⁸⁷. La Convention prévoit par ailleurs des mesures relatives à la protection des dénonciateurs¹⁰⁸⁸, les fameux « lanceurs d'alerte ».

La dénonciation passe d'abord par un rejet général de toute une société donnée quant aux pratiques de corruption. Ce positionnement favorise, ensuite, la dénonciation par des particuliers de faits précis de corruption. C'est dans cette optique, et sous impulsion des avancées législatives américaines¹⁰⁸⁹, que la France a mis en place un système d'alertes professionnelles pour permettre aux dénonciateurs de révéler les activités de corruption sans

¹⁰⁸¹ Cf. Loi, n°60/2005/QH11, « Loi sur les entreprises », *op. cit.*

¹⁰⁸² La responsabilité de la personne morale n'existe pas au Vietnam et les seules victimes reconnues dans le code pénal vietnamien sont les victimes personnes physiques d'infractions pénales.

¹⁰⁸³ Voir *supra* n°334 et s.

¹⁰⁸⁴ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, p.198.

¹⁰⁸⁵ Convention des Nations Unies contre la Corruption, *op. cit.*

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, art. 13.

¹⁰⁸⁷ Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDD), « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, 2007, §47, p.19.

¹⁰⁸⁸ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 33.

¹⁰⁸⁹ Après l'adoption de la loi « *Sarbanes-Oxley* » mettant en place, aux Etats-Unis, le système du « *whistleblowing* » (le coup de sifflet) et visant à permettre aux salariés d'une entreprise de dénoncer, de bonne foi et de manière anonyme, les faits de corruption dont ils ont pu avoir connaissance dans le cadre de leurs relations professionnelles. Cf. *Sarbanes-Oxley Act*, n°107-204, *Public law*, July 30, 2002, 107th Congress.

risque de représailles¹⁰⁹⁰. Le Vietnam, quant à lui, a intégré, dans sa loi de 2005¹⁰⁹¹, des dispositions visant à inciter les citoyens à dénoncer les faits de corruption dont ils auraient connaissance¹⁰⁹². Mais le plus souvent les tiers vont ne pouvoir révéler que la « face immergée de l'iceberg ». Si leur dénonciation va permettre de déclencher des poursuites, leurs révélations ne seront pas pour autant suffisantes pour la condamnation des auteurs. La dénonciation ne représente alors que la base d'une enquête longue et difficile¹⁰⁹³ se heurtant à toutes les difficultés énoncées.

394. Les « repentis ». Pour éviter aux autorités de poursuites de se heurter aux difficultés procédurales relatives à la preuve de la corruption, le plus avantageux reste encore le système de l'aveu de la part d'un auteur de corruption. Ce dernier sera, en effet, en mesure de fournir tous les éléments essentiels à la condamnation des autres personnes impliquées dans la relation corruptrice. Mais l'obtention de ces aveux n'est pas chose aisée puisque « l'informateur » s'expose par ce fait à de lourdes sanctions pénales. C'est là tout l'intérêt de la mise en place d'un mécanisme permettant d'inciter les auteurs à se dénoncer en contrepartie de certains assouplissements.

395. En droit positif français, ce mécanisme s'est traduit par la création d'un statut spécifique de « repentis ». Le repentis, parfois qualifié de collaborateur de justice, peut se définir comme une personne qui, ayant participé à des activités criminelles, va accepter de coopérer avec les autorités judiciaires et policières pour la manifestation de la vérité en échange de l'obtention de certains avantages¹⁰⁹⁴. Le plus souvent, il s'agira d'une réduction de peine et du déclenchement, à leur égard, d'un dispositif de protection¹⁰⁹⁵. Ce n'est pas un mécanisme nouveau en droit français. Lors de l'adoption du nouveau code pénal, ce système avait été mis en place pour permettre aux auteurs de certaines infractions de se dénoncer en contrepartie d'une réduction de moitié de la peine encourue. Tel était le cas en matière de terrorisme¹⁰⁹⁶ ou de fausse monnaie¹⁰⁹⁷. Mais jusqu'en 2004, le statut de repentis répondait à un principe de spécialité. Si le statut n'était pas prévu par l'infraction commise par le « collaborateur », ce dernier ne pouvait pas espérer de réduction de peine pour ses aveux. La loi du 9 mars 2004¹⁰⁹⁸, dite Loi Perben II, a fait une première fois évoluer cette situation en créant un statut général de repentis à l'article 132-78 alinéa 2 du code pénal¹⁰⁹⁹. Le troisième alinéa du même article ouvrait également le statut aux personnes qui, par leurs aveux, empêchaient la commission d'une infraction connexe ou permettaient d'en identifier les auteurs¹¹⁰⁰. La loi a également assoupli les conditions d'accession à ce statut. Alors qu'avant 2004 trois conditions cumulatives étaient exigées de la part du « collaborateur »¹¹⁰¹, la loi du 9 mars 2004 n'exige

¹⁰⁹⁰ Voir *infra* n°800 et s.

¹⁰⁹¹ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*

¹⁰⁹² *Ibid.*, art.6.

¹⁰⁹³ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, p.198.

¹⁰⁹⁴ Sénat, « Les repentis face à la justice pénale », *Les documents de travail du Sénat*, Série législation comparée, n° LC 124, Juin 2003, p.5.

¹⁰⁹⁵ C. Pr. Pén., art. 706-63-1 relatif aux mesures de protection des repentis. Parmi ces mesures, figure, à titre d'exemple, le changement d'identité du bénéficiaire et une protection policière rapprochée pour éviter les représailles de la part des autres auteurs mis en cause par ses aveux.

¹⁰⁹⁶ C. Pén., art. 422-2.

¹⁰⁹⁷ C. Pén., art. 442-11.

¹⁰⁹⁸ Loi, n°2004-204, « Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », 9 mars 2004, *op. cit.*, art. 12-II.

¹⁰⁹⁹ C. Pén., art. 132-78 al. 2 : « Dans les cas prévus par la loi, la durée de la peine privative de liberté encourue par une personne ayant commis un crime ou un délit est réduite si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices ».

¹¹⁰⁰ Pour plus de détails sur la question des « repentis », Cf notamment, E. Dreyer, *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 2^{ème} édition, 2012, n°1513-1516, p. 991-994 ; J.-H. Robert, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis Droit, 6^{ème} édition, 2005, p. 406-407 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} édition, 2012, n°676, p. 562-563 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^{ème} édition, 2013, n°701-703, p. 541.

¹¹⁰¹ A titre d'exemple, en matière de fausse monnaie, l'article 442-10 du code pénal prévoyait trois conditions cumulatives pour son accès : la dénonciation aux autorités administratives ou judiciaires, la cessation des agissements incriminés et l'identification des auteurs. Le fait de dénoncer devait donc avoir un lien direct avec l'arrêt des comportements délictueux. L'aveu devait également conduire à l'identification de toutes les personnes impliquées dans la réalisation de l'infraction.

depuis lors que des conditions alternatives. Pour autant, la loi n'a pas généralisé entièrement le statut de repentant de sorte que ce dernier doit toujours être prévu spécifiquement pour les infractions auxquelles il est applicable. La loi a simplement offert une plus grande latitude au législateur¹¹⁰² afin de favoriser la généralisation des mesures de réduction de peines.

396. La question se pose quant à l'existence d'un statut de repentant pour les délits de corruption. Le législateur français s'y est pendant longtemps refusé allant jusqu'à créer des situations paradoxales notamment avec le régime applicable aux délits douaniers de corruption¹¹⁰³. Une partie de la doctrine s'était d'ailleurs positionnée à l'encontre d'une telle reconnaissance, considérant que cela n'était pas satisfaisant d'un point de vue d'équité et qu'un tel mécanisme ne pouvait conduire qu'à la mise en place d'un système d'impunités à l'égard de certains favorisés¹¹⁰⁴. Une autre partie, au contraire, s'était déclarée en faveur de l'application de ce statut à la corruption afin d'encourager ceux qui souhaitaient sortir d'un « système » de corruption à le faire en aidant à démanteler les réseaux sous-jacents¹¹⁰⁵. Cette vision emporte notre conviction. Bien que l'objectif de répression soit essentiel à la lutte contre la corruption, il apparaît parfois qu'un intérêt supérieur « collectif » prévaut sur l'intérêt particulier que la société peut avoir à condamner sévèrement un délinquant¹¹⁰⁶.

L'absence pendant très longtemps d'un tel statut en France en matière de corruption a souvent révélé son caractère préjudiciable. D'une part, lorsque les activités corruptrices étaient commises dans le cadre d'un abus de biens sociaux, le dirigeant n'avait aucun intérêt à révéler le « mobile » de ces détournements. Le délit de corruption, notamment de fonctionnaire national, est puni d'une peine d'emprisonnement de dix ans contre cinq ans pour le seul abus de biens sociaux. En l'absence de toute possibilité de voir sa peine réduite par la grâce de ses aveux, le dirigeant préférerait alors se taire et ne risquer que cinq années maximum d'emprisonnement¹¹⁰⁷. L'impossibilité de toute réduction de peine jouait donc un rôle dans la « surutilisation » de l'abus de biens sociaux en matière de corruption. D'autre part, cette lacune a été au centre des préoccupations à la suite de la fameuse Affaire « Cahuzac »¹¹⁰⁸ qui a relancé le débat sur l'efficacité des dispositifs visant à lutter contre la corruption et le blanchiment d'argent. L'absence de tout dispositif de repentant en matière de corruption a été identifiée comme un frein à la découverte et la poursuite effective des affaires de corruption¹¹⁰⁹.

397. C'est la raison pour laquelle, le législateur est intervenu et a créé, dans la loi du 6 décembre 2013¹¹¹⁰, un statut de repentant pour les auteurs de corruption. L'article 5 de la loi crée plusieurs articles du code pénal visant à réduire de moitié la peine privative de liberté au bénéfice de l'auteur ou du complice d'une des infractions de corruption concernées qui lui est

¹¹⁰² J.-F. Seuvic, « De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption des peines », *RSC*, 2004, p. 386.

¹¹⁰³ Un statut de repentant existe depuis longtemps à l'égard des douaniers corrompus pour les inciter à dénoncer leurs méfaits. Cf C. des Douanes, art. 59 al. 2.

¹¹⁰⁴ En ce sens, M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de Droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 700.

¹¹⁰⁵ En ce sens, A. Dekeuwer, « Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », *op. cit.* ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1407, p. 638.

¹¹⁰⁶ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°1516, p. 994.

¹¹⁰⁷ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, p.199.

¹¹⁰⁸ Jérôme Cahuzac, Ancien Ministre du Budget, a été accusé de détenir des comptes à l'étranger non déclarés en France. Le compte principalement visé était, au départ, situé en Suisse puis fermé par M. Cahuzac qui a, par la suite, transféré les fonds sur un autre compte à Singapour. Outre les suspicions tenant à l'existence même de tels comptes, de nombreuses questions restent en suspens sur l'origine des fonds qui y ont été déposés.

¹¹⁰⁹ L. Borredon, « Le rôle du nouvel office anticorruption en question », *Le Monde*, 10 avril 2013. Article disponible en ligne sur <http://delinquance.blog.lemonde.fr/2013/04/10/le-role-du-nouvel-office-anticorruption-en-question/>.

¹¹¹⁰ Loi, n°2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *op. cit.*

imputable¹¹¹¹. A ce titre, l'auteur ou le complice doit, par ses révélations, avoir permis de faire cesser l'infraction ou d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices. Nous assistons ici à une grande avancée législative pour la reconnaissance de la corruption en tant qu'infraction de criminalité organisée dont la lutte doit être considérée comme une « *grande cause nationale* »¹¹¹². Pour autant, cette création souffre déjà d'une lacune en ce qu'elle ne concerne pas les délits de corruption privée. Cette dernière catégorie apparaît comme étant la grande oubliée des avancées législatives pour l'application de dispositifs spécifiques procéduraux aux atteintes à la probité¹¹¹³. Est-ce là une volonté du législateur de considérer la corruption privée comme étant « moins grave » que les autres corruptions ou un oubli inexcusable de sa part ? Dans tous les cas, l'éclatement des infractions de corruption¹¹¹⁴ en autant de textes ne fait qu'accroître les risques de dissymétrie d'écriture¹¹¹⁵ et rallonger la liste des défauts du délit de corruption¹¹¹⁶.

398. Le droit pénal vietnamien semble lui aussi conférer un certain statut de repentir aux auteurs d'infractions qui viennent à se dénoncer. Le code pénal contient ainsi deux articles visant à permettre la réduction voire l'exonération de la peine lorsque l'auteur d'une infraction se dénonce volontairement auprès des autorités de poursuites et participe à la manifestation de la vérité. Tout d'abord, l'auteur est exonéré de toute peine lorsqu'avant la découverte de ses méfaits, il se dénonce, participe activement à l'enquête et contribue à en minimiser les conséquences¹¹¹⁷. Ensuite l'auteur d'une infraction peut bénéficier d'une réduction de peine dans plusieurs cas : lorsqu'il se dénonce volontairement, empêche « *les effets nuisibles de l'infraction ou atténue la gravité de ces effets* », répare volontairement les dommages causés par l'infraction ou remédie à ses conséquences : « *dépose avec honnêteté ou se repentit* » ou encore, lorsqu'il aide activement les autorités judiciaires et policières à la manifestation de la vérité¹¹¹⁸. Ces dispositions semblent conférer, au contraire du droit français, un statut général de repentir directement applicable à toutes les infractions du code pénal.

399. L'exonération de responsabilité n'est possible qu'à trois conditions cumulatives : lorsque l'infraction n'a pas été découverte par les services de police, lorsque l'individu se dénonce volontairement et lorsqu'il déclare les faits ou participe activement à la découverte de la vérité. Par déclaration, il semble qu'il faille entendre une déposition avec tous les détails nécessaires à l'enquête. Ainsi l'auteur doit véritablement collaborer avec les autorités pour permettre l'arrestation des éventuels autres coupables et la cessation des dommages liés à la commission de l'infraction. Par ailleurs, l'infraction ne doit pas encore avoir été découverte. Cette condition est particulièrement intéressante au regard du droit français qui n'ouvre pas cette possibilité aux infractions consommées¹¹¹⁹. Le législateur vietnamien semble ici avoir souhaité réduire le chiffre noir de la criminalité en offrant une exonération totale de responsabilité à l'auteur d'une infraction non révélée. Cette position semble favorable à la

¹¹¹¹ H. Robert, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. – A propos de la loi du 6 décembre 2013 », *op. cit.*, n°29.

¹¹¹² Terme utilisé par l'ONG Transparency International ; in Transparency International France (TI France), *Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence, la démocratie avance, TI France*, Rapport 2012, pp.1-30.

¹¹¹³ Voir *infra* n°551, 552 et 566 et s.

¹¹¹⁴ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1387, p. 625.

¹¹¹⁵ M. Segonds « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *op. cit.*, p. 1068-1083.

¹¹¹⁶ W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *op. cit.*

¹¹¹⁷ C. Pén. Vn., art. 25§2.

¹¹¹⁸ C. Pén. Vn., art. 46.

¹¹¹⁹ Des causes d'exemption sont toutefois ouvertes en cas de tentative lorsque l'auteur a permis, par sa dénonciation, d'empêcher la réalisation de l'infraction. Tel est le cas, par exemple, en matière de terrorisme, complot, trahison, espionnage. Cf J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°674, p. 561.

lutte contre la corruption étant donné son caractère occulte. D'un autre côté, exonérer entièrement de sa responsabilité l'auteur de pratiques corruptrices peut également avoir pour effet d'amenuiser la gravité de ses agissements. Il ne faudrait pas que cette exonération puisse s'apparenter à quelconque système de « confessionnal » qui, dans la religion catholique, permet de commettre des pêchés, d'aller se confesser pour s'en absoudre pour ensuite en commettre à nouveau. Cette option est donc intéressante dans la mesure où un certain contrôle est appliqué sur le repentir afin de le dissuader d'agir à nouveau contre la loi pénale.

L'atténuation de responsabilité est ouverte lorsque l'infraction a déjà été découverte par les autorités de poursuites. Les conditions relatives à l'application du statut de repentir à l'auteur sont assouplies par rapport à celles de l'exonération puisqu'il s'agit de conditions alternatives. Le *quantum* de la réduction de peine, quant à lui, n'est pas mentionné dans l'article. Il semble que cette décision revienne aux juges du fond comme le suggère l'article 47 du code pénal¹¹²⁰.

400. En outre, l'article 289 *in fine* créé un régime spécial de « repentir » pour les auteurs de corruption active¹¹²¹. Les conditions relatives à l'exonération totale de responsabilité sont assouplies par rapport au droit commun puisque seule la révélation avant la découverte des faits est nécessaire. Le législateur vietnamien semble donc avoir voulu inciter celui qu'il considère comme le « maillon faible »¹¹²² de la chaîne de corruption à dénoncer le corrompu. En droit vietnamien plus qu'en droit français, la révélation des actes de corruption semble être plus importante que l'objectif pur de répression de tous les auteurs. Aucune disposition spéciale n'existe, en revanche, pour la corruption passive. Dans ce cas, seul le droit commun des articles 25 et 46 du code pénal trouve à s'appliquer. Le droit pénal vietnamien considère, en effet, la corruption passive comme plus grave et ne doit bénéficier, en ce sens, d'aucun assouplissement spécial quant à sa répression. Ces dispositions sont confirmées dans la loi contre la corruption de 2005¹¹²³.

401. En matière de corruption, l'objectif de révélation semble primer sur celui de la pure répression. Le caractère éminemment occulte de l'infraction additionné à son aspect indolore pour ses victimes représente une sérieuse entrave à sa poursuite et sa condamnation. C'est la raison pour laquelle il paraît judicieux de permettre à une partie des auteurs d'être moins sévèrement condamnés pour permettre de faire la lumière sur les pratiques et poursuivre toutes les personnes impliquées « dans les réseaux sous-jacents »¹¹²⁴. Le droit pénal vietnamien semble véritablement se positionner en faveur de cette analyse en allant jusqu'à prévoir une exonération totale de responsabilité dans certaines situations. Le droit pénal français reste encore mu par l'objectif de répression mais semble aujourd'hui avoir saisi l'importance d'accorder certains assouplissements pour pouvoir continuer de poursuivre cet objectif. « Délivrer les langues » en contrepartie d'une réduction de peine n'est pas uniquement essentiel à la révélation de l'existence d'un pacte corrupteur par essence secret. Cela paraît également fondamental pour pouvoir « tracer » les produits de la corruption. L'obscurité de l'infraction de corruption est, en effet, renforcée par le blanchiment qui est opéré sur ses

¹¹²⁰ C. Pén. Vn., art. 47 : « En présence de deux circonstances atténuantes au moins, définies au paragraphe 1 de l'article 46 du présent code, le tribunal peut prononcer une peine inférieure au minimum de l'échelle de peines applicable mais celle-ci doit appartenir à l'échelle directement inférieure prévue au même article. Dès lors que l'article concerné ne prévoit qu'une seule échelle ou que l'échelle applicable est la moins élevée parmi celles prévues au même article, le tribunal peut prononcer une peine inférieure au minimum de l'échelle applicable ou une peine appartenant à une autre catégorie de peines plus légères. Les motifs de l'allègement de la peine doivent être expressément mentionnés dans la décision de condamnation ».

¹¹²¹ C. Pén. Vn., art. 289 *in fine* : « Toute personne qui a commis la corruption active et qui a fait volontairement l'aveu de son infraction avant que cette dernière soit découverte, peut être exonérée de sa responsabilité pénale et bénéficier de la restitution de tout ou partie des biens donnés pour la corruption active ».

¹¹²² Terme utilisé par E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n°1515, p. 993.

¹¹²³ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », op. cit., art. 4.

¹¹²⁴ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, op. cit., n°1407, p. 638.

produits.

B- Une obscurité renforcée par les activités de blanchiment des produits de la corruption.

402. Le blanchiment est le processus qui consiste à masquer l'origine illégale des produits issus d'activités criminelles de manière à pouvoir les réinjecter dans l'économie et les utiliser pour des activités licites¹¹²⁵. Comme soulevé, les produits de la corruption ne font pas exception¹¹²⁶. Les auteurs de corruption ont la plupart du temps recours aux circuits de blanchiment afin de dissimuler leurs pratiques et de donner une apparence légale à leurs revenus. Le recours à ce processus représente dès lors un obstacle supplémentaire à la répression. Une fois intégré dans le circuit, le produit de la corruption perd peu à peu toute trace de son origine illicite. Sa traçabilité devient quasi-impossible pour les autorités en charge de recueillir la preuve de la contrepartie corruptrice. Les blanchisseurs utilisent, en effet, des circuits financiers particulièrement complexes pour parvenir à leurs fins (1). Ils font par ailleurs largement appel à des systèmes laxistes et/ou corrompus pour augmenter le pouvoir de discrétion de leurs activités(2).

1. La complexité des circuits financiers empruntés par les blanchisseurs

403. Pour pouvoir condamner les auteurs de corruption, les autorités de poursuites doivent nécessairement rapporter la preuve de leur existence. Lorsque le pacte de corruption est révélé et qu'il témoigne du versement d'un avantage de la part du corrupteur au corrompu, l'enjeu est donc de retrouver la trace de cette « rémunération ». Or cette « *contrepartie corruptrice* » a, le plus souvent, déjà été blanchie au moment de la découverte des activités délictueuses¹¹²⁷. *De facto* les autorités de poursuites se retrouvent dans l'obligation d'enquêter sur le processus de blanchiment pour remonter jusqu'à l'origine des fonds et apporter la preuve qu'un avantage a bien été versé ou perçu.

404. Tout comme la corruption, le blanchiment doit être classé dans la catégorie des délits particulièrement occultes. Son « chiffre noir » est l'un des plus élevés. Cela s'explique par l'essence même du phénomène qui utilise tous les moyens légaux pour parvenir à ses fins. Le fait de pouvoir, parfois en un seul « clic », transférer des fonds à l'autre bout de la planète rend impossible l'évaluation du phénomène à l'échelle mondiale¹¹²⁸. Les statistiques les plus récentes estiment le poids du blanchiment planétaire entre 2% et 5% du PIB mondial¹¹²⁹.

405. La raison d'une telle obscurité tient à l'imagination des blanchisseurs. Ils ne cessent de rechercher des méthodes innovantes afin d'exploiter au mieux les faiblesses du système économique et financier et toujours garder une longueur d'avance sur les enquêteurs¹¹³⁰. L'époque du schéma traditionnel du blanchiment par lequel des billets en petites coupures

¹¹²⁵C. Cutajar, « Blanchiment. – Eléments constitutifs. – Répression », *op. cit.*, p. 3 ; P. Nérac, « La répression de l'infraction générale de blanchiment », *op. cit.*

¹¹²⁶Voir *supra* n°225 et s.

¹¹²⁷C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, p.199.

¹¹²⁸J-L Herrenschmidt, « Le blanchiment dans les circuits financiers mondiaux », in P. Khan et C. Kessedjian, *L'illicite dans le commerce international*, *op. cit.*, p.308.

¹¹²⁹GAFI, « Le GAFI renforce la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme », *Site officiel du GAFI*, Paris, 26 février 2012.

¹¹³⁰OCDE, « Le manuel de sensibilisation au blanchiment de capitaux à l'intention des vérificateurs fiscaux », Centre de politique et d'administration fiscale, *OCDE*, 2009, p.14.

étaient transportés par les fameux « *porteurs de valises* » est désormais révolue¹¹³¹. L'évolution des technologies, le développement du système financier international et de la monnaie virtuelle ont considérablement modifié les schémas de blanchiment et raffiné les montages juridico-financiers qui sont toujours plus complexes. L'objectif reste en revanche inchangé et consiste toujours à justifier l'origine de revenus illicites. Quelques illustrations permettront d'avoir une meilleure idée du niveau de complexité de ces « nouveaux » montages.

Rappelons à ce stade que le blanchiment est traditionnellement « scindé » en trois étapes successives : le placement, la dissimulation et la conversion. Ce n'est qu'à l'issue de l'ultime étape que le produit pourra être utilisé en toute sérénité par les auteurs de corruption¹¹³². Or il apparaît dans la pratique que ces trois étapes ne sont pas aussi distinctes que les textes veulent bien nous le suggérer¹¹³³.

406. Force est d'abord de constater que la rémunération des pratiques illégales se fait encore essentiellement en espèces. La corruption n'échappe pas à cette préférence puisque le « liquide » reste encore le moyen de paiement le plus discret. Il est donc souvent préféré lorsque l'avantage versé par la corruption est une commission¹¹³⁴. Mais le paiement en espèce pose la délicate question de son utilisation. Si cela ne pose pas de problème évident au Vietnam, la France en revanche ne permet pas le paiement en espèces au-delà d'un certain montant¹¹³⁵. Ces « petites coupures » doivent donc être intégrées dans le circuit financier. Pour cela il est important de pouvoir les placer sur un compte bancaire. Cette procédure est risquée en ce qu'elle peut éveiller les soupçons et conduire au déclenchement de la procédure déclarative à laquelle les banques sont soumises¹¹³⁶. L'idée est donc de fractionner les dépôts afin de ne pas éveiller les soupçons dans la mesure où la banque n'a pas de vision globale de l'ensemble des opérations.

407. Mais le fractionnement seul n'est pas suffisant dans le sens où la banque pourra aisément repérer la multiplicité des opérations. La première technique, appelée « *smurfing* » ou « schtroumpfage » en français, consiste donc à multiplier l'ouverture des comptes bancaires dans des banques différentes et fractionner les montants des dépôts¹¹³⁷. La connexité des dépôts paraît de ce fait bien moins aisée à établir d'autant que le blanchisseur aura souvent recours à des tiers « complices » qui ouvriront des comptes à leur nom en contrepartie de commissions.

408. Ce procédé contient néanmoins des limites en ce que les relations entre les différents protagonistes sont directes. Le lien entre ces différentes personnes peut être relativement aisément établi. La technique du « *spamming* » permet de contourner ce problème. Elle consiste en l'envoi massif de spams¹¹³⁸ afin de proposer à des particuliers totalement étrangers

¹¹³¹ P. Moulette, « Blanchiment de capitaux : les dernières tendances », *l'Observateur de l'OCDE*, n°220, avril 2000. Article disponible en ligne sur http://www.observateurocde.org/news/archivestory.php/aid/204/Blanchiment_de_capitaux:_les_derni_E8res_tendances.html.

¹¹³² Voir *supra* n°223 et 254.

¹¹³³ Cf J.-F. Thony et J.-P. Laborde, « criminalité organisée et blanchiment », *op. cit.*, p. 414-415

¹¹³⁴ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, p.200.

¹¹³⁵ Le montant est fixé à 3000 euros ; Cf CMF, art. D112-3.

¹¹³⁶ La procédure liée à la déclaration de soupçon a été rendue encore plus stricte depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 30 janvier 2009 (Ord., n°2009-104, « Ordonnance relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme », 30 janvier 2009, *JORF*, n°026, 31 janvier 2009, p.1819.) transposant la 3^{ème} directive européenne sur la prévention contre le blanchiment de 2005 (Directive du Parlement européen et du Conseil, n°2005/60/CE, « Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », 26 octobre 2005, *JOCE*, n° L309, 25 novembre 2005, p. 0015-0036). Voir *infra* n°1152 et s.

¹¹³⁷ C. Cutajar, « Le blanchiment », *Petites Affiches*, 18 juin 2008, n°122, p.6.

¹¹³⁸ La Commission Nationale Informatique et Liberté (CNIL) définit le Spam comme : « l'envoi massif, et parfois répété, de courriers électroniques non sollicités, à des personnes avec lesquelles l'expéditeur n'a jamais eu de contact et dont il a capté l'adresse électronique de façon irrégulière ». Définition disponible en ligne sur <http://www.cnil.fr/les-themes/conso-pub-spam/halte-au-spam/definitions/>.

de faire transiter des fonds sur leurs comptes personnels moyennant une commission comprise entre 5% et 8% des transactions. Le GAFI a dénommé cette technique le « *cuckoo smurfing* »¹¹³⁹, qui peut se traduire par « schtroumpf coucou ». Le principe est le même à l'exception que les individus qui joueront le rôle du « coucou » n'auront aucun lien direct avec les blanchisseurs. L'envoi de spams peut, par ailleurs, s'accompagner de virus informatiques permettant de capter les données bancaires du destinataire. Le blanchiment pourra être procédé même sans son consentement et s'accompagner d'autres fraudes à ses dépens. Le banquier du client « lésé » ou un peu trop naïf pourra détecter les anomalies sur le compte de son client mais il lui sera très difficile de déterminer l'origine et la destination exactes de ces fonds. En outre, les montants étant parfois relativement peu élevés, il est important que le banquier connaisse bien son client pour être en mesure de détecter des mouvements anormaux sur son compte.

409. Pour contourner la problématique relative au dépôt d'importantes sommes en espèces sur des comptes bancaires, d'autres techniques s'offrent aux blanchisseurs comme le fait de les injecter dans le chiffre d'affaire d'un commerce. Pour ce faire, les commerces suscitant beaucoup de paiements en liquide sont très attractifs. Tel est le cas par exemple des laveries automatiques, marchands de journaux, pizzérias ou encore des hôtels. Plus récemment, des activités de blanchiment ont été découvertes au travers de cybercafés¹¹⁴⁰. De manière plus « sophistiquée », les blanchisseurs peuvent également avoir recours aux établissements de jeux tels que les casinos. Soit en tant que client par l'achat et la revente de jetons, soit en tant que propriétaire pour la justification de revenus. Les casinos font d'ailleurs l'objet, parmi d'autres institutions, d'une attention particulière de la part des organismes chargés de la lutte contre le blanchiment. Ils ont ainsi été identifiés dans la recommandation n°22 du GAFI¹¹⁴¹ ou encore, dans la directive européenne de 2005¹¹⁴² transposée en France par l'ordonnance du 30 janvier 2009¹¹⁴³.

D'autres secteurs se sont également révélés très sensibles au blanchiment. C'est notamment le cas du marché de l'art dans lesquels les acquisitions et ventes se font souvent dans le « feutré », c'est-à-dire en toute discrétion avec une place très importante à l'anonymat et au paiement en espèces. Le marché de l'art est particulièrement sensible, d'autant que certaines œuvres peuvent atteindre des prix extrêmement élevés. Plus récemment, nous assistons à la sensibilisation du secteur du sport et, plus particulièrement, celui du football. Le football génère beaucoup d'argent que ce soit par les paris, les ventes de places pour les matchs, les produits dérivés mais également dans les clubs, notamment à l'occasion de transferts de joueurs qui peuvent s'évaluer en millions de dollars¹¹⁴⁴. Le football est donc un secteur dans lequel les blanchisseurs peuvent aisément investir les fonds d'origine illicites pour en retirer des gains considérables et directement justifiables¹¹⁴⁵.

410. Une fois intégrés dans le circuit bancaire ou financier, les fonds vont ensuite devoir faire l'objet de dissimulation pour perdre toute trace de leur origine. Pour ce faire, les blanchisseurs ne sont pas, une fois de plus, à court d'idée et utiliseront toutes les techniques les plus

¹¹³⁹GAFI/FAFT, « Money laundering & terrorist financing typologies », Rapport, 2004-2005, GAFI/FAFT, 10 juin 2005, p. 18-19.

¹¹⁴⁰ TRACFIN, *Rapport d'activité 2011*, TRACFIN, p. 11.

¹¹⁴¹ GAFI, « Les recommandations du GAFI », *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, GAFI, février 2012, R. n°22 (ex. R n°12).

¹¹⁴² Directive, n°2005/60/CE, « Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme », *op. cit.*

¹¹⁴³ Ord., n°2009-104, « Ordonnance relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme », *op. cit.*

¹¹⁴⁴ A ce titre, le Président de la ligue de football professionnel, M. Frédéric Thiriez, déclarait en novembre 2014 que la corruption était « un poison mortel pour le foot » ; cf Les Echos, « Corruption : « un poison mortel pour le foot » d'après Thiriez », *Les Echos*, 18 novembre 2014.

¹¹⁴⁵GAFI/FATF, « Money Laundering through the Football Sector », *FATF Report*, juillet 2009, pp.1-42.

complexes qui leur sont offertes. C'est là que se trouve la principale difficulté en matière de corruption. Une fois intégré dans le système bancaire, les produits de la corruption emprunteront des circuits légaux et se mêleront aux fonds licites.

« Il est notoire que l'évolution des techniques financières et boursières qui vise à créer des produits de plus en plus élaborés, traités en temps réel dans un cadre dématérialisé, offrent des perspectives insondables de blanchiment [...] »¹¹⁴⁶.

De ce fait, tous les moyens sont donc utilisables comme, par exemple, les instruments de paiements tels que les chèques, les lettres de change ou encore la conversion en devises étrangères¹¹⁴⁷.

411. Parmi les moyens qui s'offrent aux blanchisseurs, ceux garantissant un complet anonymat du donneur d'ordre sont incontestablement les plus prisés. Certaines techniques vont garantir l'anonymat par la grâce d'un schéma complexe. Certaines entités juridiques comme les fiducies¹¹⁴⁸, établissements ou fondations ou encore certaines sociétés en commandite fournissent suffisamment d'opacité pour dissimuler la véritable identité du donneur d'ordre. Il en est de même de certains services financiers internationaux¹¹⁴⁹. Mais il n'est pas toujours nécessaire de faire appel à de tels montages. Le droit français offre la possibilité de recourir à des contrats de représentation légaux et courants. Le contrat de mandat, par exemple, donne la possibilité au donneur d'ordre de se faire représenter par un mandataire qui agit au nom et pour le compte du mandant. Ce contrat n'est cependant pas le plus « avantageux » pour les blanchisseurs puisque le nom du bénéficiaire effectif de l'opération sera révélé dans le cadre de l'exécution du contrat. Mais d'autres contrats, en revanche, garantissent un parfait anonymat. Tel est le cas du contrat de commission par lequel le commissionnaire agit en son nom et pour le compte du commettant. Le commissionnaire est personnellement tenu des engagements pris et n'est pas tenu de révéler qui est le donneur d'ordre. Tel est le cas également de la déclaration de command, qui s'effectue dans le cadre d'une vente aux enchères publiques. La commandé déclare qu'il agit pour autrui mais n'est pas tenu de révéler son identité. Plus loin encore, si dans les trois jours à compter de l'adjudication, le nom du command n'est pas révélé, c'est le commandé qui est déclaré adjudicataire et l'opération masque définitivement l'identité du donneur d'ordre¹¹⁵⁰.

412. Par ces techniques légales, les sphères financières licites et illicites se fondent parfaitement de sorte qu'il devient quasi-impossible de les distinguer. Ce phénomène d'interconnexion ne fait que s'accroître avec l'internationalisation et l'entière dématérialisation des moyens de paiements. La création de nouveaux services entièrement dématérialisés représentent, à ce titre, un atout considérable pour les blanchisseurs. Les services bancaires en ligne (les fameuses e-banque) qui se développent à grande vitesse¹¹⁵¹ offrent, par exemple, de nombreux avantages. D'une part, elles peuvent être domiciliées à l'étranger, notamment sur des territoires dont la réglementation est très souple au regard de la

¹¹⁴⁶ J-L Herrenschmidt, « Le blanchiment dans les circuits financiers mondiaux », in P. Khan et C. Kessedjian, *L'illicite dans le commerce international*, op. cit., p.312.

¹¹⁴⁷ C. Mascala, « Droit pénal des affaires », Cours, Master 1 Droit privé – sciences criminelles, op. cit.

¹¹⁴⁸ La fiducie ou *trust* est un montage complexe permettant de dissimuler l'identité de la personne qui en est à l'origine. Son appréhension peut varier considérablement selon les Etats, passant d'un régime opaque dans certains paradis fiscaux à une relative transparence en droit français ; c/P.-H. Gout, « La pénalisation des activités financières illicites », Thèse, *Université Toulouse 1 – Capitole*, 2011, n°156, p. 140.

¹¹⁴⁹ Assemblée Nationale, « Déclaration de Paris contre le Blanchiment », *Conférence des Parlements de l'Union Européenne contre le blanchiment*, Compte Rendu, *Assemblée Nationale*, 7-8 février 2002, p.93. Déclaration disponible en ligne sur <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/blanchiment-compte-rendu-francais.asp>.

¹¹⁵⁰ C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », op. cit., n°16 ; C. Mascala, « Le blanchiment : les évolutions en matière de blanchiment », op. cit. ; C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », op. cit., p. 80-81.

¹¹⁵¹ E. Vernier, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, Dunod, 2^{ème}ed., 2008, p.91.

provenance des fonds. D'autre part, les blanchisseurs n'ont plus besoin de se déplacer physiquement de sorte qu'ils peuvent échapper à la législation bancaire d'un pays sans pour autant avoir besoin d'en sortir. Le développement, en parallèle, de la monnaie électronique accroît ce phénomène de dématérialisation. C'est le cas du désormais célèbre *bitcoin*¹¹⁵² qui peut, pour son utilisation sur le marché réel, s'échanger en devises nationales¹¹⁵³. Or cette monnaie n'a, au départ, aucune matérialité. L'origine de tels revenus est des plus opaques puisque le *bitcoin* s'accompagne d'un anonymat et d'un cryptage informatique qui vont protéger ses détenteurs¹¹⁵⁴. L'avantage pour les blanchisseurs est considérable. Un site illégal de vente en ligne de stupéfiants avait d'ailleurs adopté cette monnaie comme moyen unique de paiement¹¹⁵⁵. Le problème qui se pose aujourd'hui est que l'utilisation de cette monnaie est désormais possible sur le marché réel. Elle peut s'échanger en devises nationales ou encore se « matérialiser » sur des cartes prépayées¹¹⁵⁶ utilisables pour des achats de la vie quotidienne.

413. Toutes ces techniques, et nous sommes loin d'en avoir dressé une liste exhaustive, vont être combinées dans l'objectif de dissimulation la plus totale. Le but ultime du blanchisseur est bien sûr de « brouiller les pistes ». Une technique permet d'illustrer l'ingéniosité des blanchisseurs en la matière. Il s'agit de la « classification de Jurado » qui a notamment été utilisée par le cartel de Cali, une des plus importantes organisations de trafic de stupéfiants de Colombie du XX^{ème} siècle. Les produits issus du trafic de stupéfiants étaient ainsi placés depuis la Colombie au Panama. Ils étaient ensuite virés sur le compte d'un prête-nom en Allemagne puis vers un autre compte à Monaco qui reversait les sommes reçues sur des comptes de sociétés-écrans basées en Suisse, au Luxembourg et au Lichtenstein. Enfin, l'argent était renvoyé sur un compte en Autriche. Une fois ces multiples transactions effectuées, les fonds étaient renvoyés en Colombie par des sociétés européennes sous la forme de dividendes perçus grâce à des investissements industriels¹¹⁵⁷.

414. Enfin, les blanchisseurs font également preuve d'une imagination débordante pour la réintégration des fonds blanchis dans le système économique. Pour ce faire, il n'est pas rare qu'ils aient recours à de nombreux investissements pour justifier de l'origine de leurs revenus. En ce sens, les blanchisseurs vont souvent procéder à des rachats de sociétés¹¹⁵⁸ ou des acquisitions immobilières par le biais de techniques comme celle du « prêt garanti »¹¹⁵⁹. Dans cette configuration, le blanchisseur va acquérir un immeuble en contractant un emprunt et en se faisant cautionner par sa banque *offshore* qui détient les fonds blanchis. Une fois l'immeuble acquis, il cesse de verser ses mensualités de sorte que la banque va demander à la caution de verser le reste du montant dû. Puis le blanchisseur revend l'immeuble¹¹⁶⁰.

415. En France, deux organismes ont été créés pour tenter de rétablir une traçabilité des produits illégaux. Le Fichier des Comptes Bancaires (FICOBA), créé en 1982, recense les références de tous les comptes bancaires qui ont été ouverts sur le territoire national. Les établissements bancaires doivent, sous peine d'amende, déclarer toute ouverture, modification

¹¹⁵² Le *bitcoin* est une monnaie virtuelle, qui peut être qualifiée de « virale » (les *bitcoins* se dupliquant automatiquement). Elle aurait été créée en 2009 en *peer-to-peer* (donc non émise ni tracée par une autorité centrale), la masse monétaire se développant au fur et à mesure que le réseau s'accroît. L'objectif du *bitcoin* est de réaliser des échanges directs, anonymes et sûrs grâce à un système de cryptographie asymétrique. Il peut être échangé ou créé automatiquement et le logiciel fourni par *bitcoin* permet le suivi des transactions par l'utilisateur et lui sert également de porte-monnaie virtuel ; in TRACFIN, *Rapport d'activité 2011*, op. cit., p.22-23.

¹¹⁵³ *Ibid.*

¹¹⁵⁴ E. Vernier, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, op. cit., p.91.

¹¹⁵⁵ TRACFIN, *Rapport d'activité 2011*, op. cit., p.22-23.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, p.18.

¹¹⁵⁷ E. Vernier, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, op. cit., p.93-94.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 97.

¹¹⁵⁹ Voir *supra* NBP n°556 et 683.

¹¹⁶⁰ C. Mascala, « Droit pénal des Affaires », Cours, Master 1 Droit privé – sciences criminelles, op. cit.

ou clôture des comptes qu'ils gèrent¹¹⁶¹. La Plateforme d'Identification des Avoirs Criminels (PIAC), créée en 2005 et placée au sein de l'Office Central pour la Répression de la Grande Délinquance Financière (OCGRDF)¹¹⁶², est spécialisée dans l'identification des patrimoines des délinquants afin de permettre la saisie et la confiscation de leurs avoirs. Malgré leur grande utilité, ces institutions ne sont pas suffisantes pour identifier tous les avoirs illicites.

416. Le blanchiment des produits de la corruption est encore plus opaque au Vietnam. Le pays n'a pas encore créé d'organisme analogue à ceux précédemment énoncés. En outre, comme soulevé, les blanchisseurs n'ont pas besoin d'avoir recours à de tels montages pour pouvoir utiliser les produits de la corruption en toute impunité. Parmi les techniques qui s'offrent à eux, beaucoup sont en réalité utilisées par la majorité des ménages vietnamiens. Tel est le cas, notamment, de l'achat de lingots d'or. L'achat et la revente d'or se fait quotidiennement par la plupart des ressortissants vietnamiens voulant épargner une partie de leurs revenus. A Hanoi, la capitale du pays, une rue entière est dédiée aux commerces spécialisés dans la vente et le rachat de lingots d'or. Aucune justification spécifique n'est à fournir pour ce type de transaction tout à fait banale. Il en est de même pour la conversion de devises. La plupart des bijouteries du pays exercent en parallèle des activités de change. Ces activités se développent car les banques et changeurs officiels n'ont pas l'autorisation de changer des Vietnam Dong en devises étrangères à défaut de présentation d'un document attestant la sortie du territoire du demandeur. Tout ce système avéré mais extérieur aux banques, échappe donc à tout contrôle étatique. De ce fait, il est utilisé par tous y compris par les blanchisseurs en quête de dissimulation de leurs revenus. Dans un tel contexte, le blanchiment est extrêmement aisé et impossible à détecter.

417. Que ce soit par des moyens très sophistiqués ou plus artisanaux¹¹⁶³, le blanchiment d'argent est un phénomène d'une extrême complexité et parfaitement opaque. Lorsque les produits de la corruption sont blanchis, cette dernière en est indubitablement que plus occulte encore. Mais les montages complexes ne sont pas la seule explication à l'opacité du blanchiment. Il apparaît également que les blanchisseurs vont souvent préférer les territoires corrompus et/ou laxistes pour y domicilier leurs activités afin de garantir la plus grande discrétion.

2. L'utilisation de systèmes laxistes et/ou corrompus à des fins de blanchiment.

418. Les blanchisseurs sont parfaitement internationalisés. Pour mener à bien leurs activités, ils ne vont pas hésiter à faire appel au mécanisme de « *jurisdiction* » ou « *forum shopping* »¹¹⁶⁴. En d'autres termes, ils choisissent bien souvent de domicilier leurs activités dans la juridiction la plus avantageuse pour eux. Or, en matière de blanchiment, les juridictions les plus avantageuses sont bien sûr celles qui offrent la plus grande discrétion possible. Il s'agit donc des territoires laxistes du point de vue de la réglementation bancaire et financière ainsi que des territoires à haut niveau de corruption dans lesquels le silence pourra

¹¹⁶¹ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, p.200.

¹¹⁶² F. Zocchetto, « Proposition de loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », Rapport fait au nom de la commission des lois, *Sénat*, Rapport n°328, 24 février 2010, II, A. Rapport disponible en ligne sur <http://www.senat.fr/rap/109-328/109-328.html>.

¹¹⁶³ En matière de blanchiment, il n'est pas rare qu'une distinction soit faite entre le blanchiment primaire ou artisanal et le blanchiment sophistiqué en fonction des moyens employés. Ainsi, dans les pays développés comme la France où l'on retrouve une utilisation massive de montages financiers complexes, nous pouvons considérer que le système de blanchiment sophistiqué est utilisé en forte majorité. En revanche, dans les pays en développement comme le Vietnam où les paiements se font encore beaucoup en espèces, nous assistons plutôt à des techniques de blanchiment artisanales, c'est-à-dire moins complexes, par l'utilisation directe des espèces pour l'achat de biens, l'achat d'or, le recours aux gains de jeu, la constitution de sociétés etc. Cf. E. Vernier, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, *op. cit.*, p. 55-110.

¹¹⁶⁴ En ce sens, M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p.699.

aisément être acheté. C'est là que les blanchisseurs vont trouver les « complicités multiples » nécessaires à leurs activités¹¹⁶⁵. Le blanchiment se nourrit donc de la corruption. Il se nourrit également des places financières dont la réglementation fiscale, commerciale et bancaire est fortement en deçà des standards internationaux ou dont les dispositifs de lutte contre le blanchiment sont inefficaces¹¹⁶⁶.

419. Le lien étroit qui relie systèmes laxistes et/ou corrompu avec le blanchiment fait l'objet d'une préoccupation particulière de la part du GAFI¹¹⁶⁷ qui a démontré en ce sens que la lutte contre la corruption a des conséquences directes sur la lutte contre le blanchiment¹¹⁶⁸ notamment en privant les blanchisseurs d'une partie des refuges dont ils bénéficient par leur évasion. L'avantage le plus évident de ces territoires sont les garanties qu'ils offrent à leurs clients telles que l'anonymat, l'absence de toute vérification quant à l'origine des revenus, un secret bancaire absolu et, parfois plus généralement, un secret professionnel étendu et absolu¹¹⁶⁹. Ces garanties s'accompagnent évidemment d'une coopération internationale inexistante ou très insuffisante¹¹⁷⁰.

420. Pour autant, il est important de faire une différence entre ces territoires. Tous n'offrent pas toujours un cumul de toutes les garanties. Par ailleurs, même si la démarche de ces territoires peut être condamnable, il existe une différence fondamentale entre les places financières *offshore* et les territoires volontairement non coopératifs. Les places financières *offshore* sont, comme soulevé, des territoires offrant aux investisseurs, des avantages en matière fiscale, commerciale et bancaire¹¹⁷¹. Elles n'ont pas été établies *ab initio* pour favoriser les activités de blanchiment mais pour attirer les investisseurs. Elles représentent cependant *de facto* un paradis pour les blanchisseurs du fait de la souplesse de leurs réglementations. Les autres territoires « volontairement non coopératifs » ne sont pas *de jure* des centres financiers *offshore*. Il ne s'agit pas, en effet, de territoires dont la réglementation a été élaborée spécifiquement pour attirer les investisseurs. En revanche, leur volonté d'attirer les capitaux étrangers les a conduits à ne pas adopter de mesures suffisantes contre le blanchiment et ne pas vérifier l'origine des fonds investis. Ainsi, le GAFI élabore-t-il, chaque année, une « liste noire » des Etats jugés comme non coopératifs. Cette liste fait état des analyses effectuées et recense les pays dont les défaillances sur la réglementation contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ont été jugées comme particulièrement dangereuses¹¹⁷².

421. En 2013, le Vietnam a été intégré à cette fameuse liste noire¹¹⁷³. Ses progrès dans la lutte contre le blanchiment ont été jugés insuffisants. En tant que juridiction jugée dangereuse, le pays a été listé parmi les juridictions présentant le plus haut niveau de risque, aux côtés de l'Iran et de la République démocratique de Corée¹¹⁷⁴. Les raisons d'une telle insuffisante

¹¹⁶⁵ SCPC, « Blanchiment et corruption », Rapport, SCPC, 2003, p.1.

¹¹⁶⁶ Banque Mondiale/FMI, « Guide de référence sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme », Banque Mondiale/FMI, 2ème éd., 2006, p. 1-9.

¹¹⁶⁷ GAFI, « Le blanchiment de capitaux, qu'est-ce que c'est ? », Site Officiel du GAFI. Article disponible en ligne sur <http://www.fatf-gafi.org/fr/pages/foireauxquestionsfaq/blanchimentdecapitaux/>.

¹¹⁶⁸ Financial Action Task Force (FATF/GAFI), « Corruption, A reference guide and information note », Rapport, FATF/OECD, 2012, pp.1-9.

¹¹⁶⁹ C. Chavagneux et R. Palan, *Les paradis fiscaux, La découverte*, coll. Répères, 3^{ème} éd., 2012, p. 11-12.

¹¹⁷⁰ E. Rossidou-Papakyriacou, « La coopération internationale dans la lutte contre la corruption du point de vue du centre offshore », in Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centre financiers offshore : obstacles et solutions*, op. cit., p.59.

¹¹⁷¹ *Ibid.*

¹¹⁷² GAFI, « Juridictions à haut risque et non coopérative », Site officiel du GAFI, juin 2013. Liste disponible en ligne sur <http://www.fatf-gafi.org/fr/themes/juridictionsahautrisqueetnoncooperatives/documents/compliance-june-2013.html>.

¹¹⁷³ GAFI, « Improving Global AML/CFT Compliance: On-going process », Site officiel du GAFI, 21 juin 2013. Document disponible en ligne sur <http://www.fatf-gafi.org/fr/themes/juridictionsahautrisqueetnoncooperatives/documents/compliance-june-2013.html>.

¹¹⁷⁴ C. Batt, UNODC/World Bank AML/CFT Advisor, entretien du vendredi 3 mai 2013.

étaient multiples. En premier lieu, le pays est connu pour son niveau élevé de corruption¹¹⁷⁵. Il paraît donc aisé d'y acheter les « complicités multiples » nécessaires aux activités de blanchiment. En deuxième lieu, le Vietnam a semblé pendant un temps être volontairement non coopératif par une politique visant à attirer les investisseurs étrangers quels qu'ils soient. A ce titre, il s'est longtemps refusé à vérifier l'origine des capitaux investis sur son territoire. C'est ainsi que les Etats Unis ont découverts que des capitaux iraniens fortement liés au terrorisme avaient pu être investis au Vietnam¹¹⁷⁶. Lorsque le pays a été listé au GAFI beaucoup d'analyses ont été élaborées sur son intention réelle vis-à-vis du blanchiment. Certains ont avancé l'ignorance du pays au regard de ces nouveaux phénomènes financiers. Il est vrai que le pays ne s'est internationalisé que depuis 2007 et n'a peut-être pas encore pris conscience des risques que représente le blanchiment à l'échelle internationale. D'autres, en revanche, ont considéré qu'il s'agissait là d'une véritable volonté de la part du gouvernement de se placer en tant que territoire refuge pour tous les capitaux. C'est malheureusement cette deuxième hypothèse qui a semblé prévaloir. Le Vietnam a donc pu être perçu, du moins jusqu'en 2013, comme un véritable « Etat voyou ». Cette hypothèse était renforcée par le peu d'informations que daignait fournir le pays sur l'origine des fonds présents sur son territoire et son manque de coopération¹¹⁷⁷. L'opacité dont faisait preuve le Vietnam était à tel point que les Etats-Unis ont décidé d'essayer de « contourner » la voie diplomatique en créant une succursale de banque nationale au Vietnam chargée de collecter des informations et de vérifier l'origine des fonds susceptibles d'être envoyés vers les Etats Unis¹¹⁷⁸.

422. Aujourd'hui le GAFI a « sorti » le Vietnam de la liste noire. Lors de l'adoption de la liste de 2014, le Vietnam a ainsi été entièrement retiré de toutes les listes et n'est plus soumis à aucun processus de surveillance. L'organisation soulève, en effet, des progrès significatifs accomplis par le pays, notamment avec l'adoption de la nouvelle loi sur la prévention du blanchiment et son décret d'application en vigueur depuis fin 2013. Pour autant cette sortie définitive paraît un peu trop rapide puisque même en présence d'un cadre législatif satisfaisant, le pays n'a pas réglé toutes les problématiques inhérentes aux activités de blanchiment. Il reste à déterminer si la loi et son décret sont correctement appliqués, si le niveau de corruption tend à baisser par le biais de politiques préventives et répressives appropriées et si le laxisme dont le pays a pu faire preuve quant à l'origine des fonds investis a aujourd'hui disparu. En ce sens, le Vietnam est encore une juridiction à haut risque en matière de blanchiment.

423. En outre, force est de constater que parmi les juridictions jugées comme dangereuses en matière de corruption, aucune n'est un centre financier *offshore*¹¹⁷⁹. En revanche, toutes sont connues pour leur haut niveau de corruption¹¹⁸⁰. Cela tend à considérer que les blanchisseurs vont finalement préférer les territoires corrompus aux territoires légalement laxistes pour le

¹¹⁷⁵ Le Vietnam, est par exemple, chaque année, classé parmi les pays les plus corrompus dans l'Indice de Perception de la Corruption (IPC) élaboré par l'ONG Transparency International ; in Transparency International (TI), « Indice de Perception de la Corruption (IPC) 2012 », « Indice de perception de la corruption 2013 » et « Indice de perception de la corruption 2014 ». IPC disponible en ligne sur le site officiel de l'ONG.

¹¹⁷⁶ En ce sens, C. Batt, UNODC/World Bank AML/CFT Advisor, entretien du vendredi 3 mai 2013. Mais le Vietnam n'est pas le seul dans cette situation. Certains Etats « dans le seul souci d'attirer et de recevoir des capitaux pour le besoin de leur économie, ont négligé l'importance, et par là même, les conséquences, de la provenance de ces actifs ». Cela a notamment été la situation de la Russie ; in S. Ledan, « Le droit pénal et les mouvements de capitaux », Thèse, *op. cit.*, n°89, p. 80-81.

¹¹⁷⁷ C. Batt, *Ibid.*

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ Les pays figurant sur la liste noire du GAFI sont l'Iran, la République populaire démocratique de Corée (Corée du Nord), l'Equateur, l'Ethiopie, l'Indonésie, le Kenya, le Myanmar, le Nigéria, le Pakistan, Sao Tomé-et-Principe, la Syrie, la Tanzanie, la Turquie, le Vietnam et le Yémen. Cf GAFI, « Juridictions à haut risque et non coopérative », *op. cit.*

¹¹⁸⁰ A titre d'exemple, si l'on se réfère à l'IPC 2012 (*op. cit.*) ; le Pakistan, le Kenya et le Nigéria sont au 139^{ème} rang sur 174 des pays les plus corrompus, l'Iran est au 133^{ème} rang, la Syrie au 144^{ème} rang, le Myanmar au 172^{ème} rang et la Corée du Nord au 174^{ème} rang. Tous les pays figurant sur la liste noire du blanchiment sont donc particulièrement mal positionnés en matière de corruption.

développement de leurs activités. Mais si les territoires corrompus peuvent représenter plus d'avantages que les centres *offshore*, ils n'offrent toutefois pas toujours la stabilité économique et financière que recherchent les blanchisseurs. Les centres financiers *offshore*, en revanche, offrent cet avantage. Bien que la majorité d'entre eux ne détiennent aucune volonté manifeste d'attirer les produits illicites, ils ont fait des garanties d'anonymat et de discrétion un véritable « fonds de commerce » très attractif pour les blanchisseurs. Cette position, bien qu'autrefois défendable pour des raisons purement commerciales, devient aujourd'hui dangereuse. Le manque de transparence dont ils font preuve est très préoccupant du point de vue de la lutte contre le blanchiment et la corruption.

« *La problématique des paradis fiscaux et judiciaires ou centres offshore [...] est sans aucun doute l'un des ressorts fondamentaux de la lutte contre la corruption. Les centres Offshore jouent en effet un rôle central dans le blanchiment d'argent, l'évasion fiscale et l'absence de transparence des flux financiers.* »¹¹⁸¹.

§2 – LE RÔLE DES CENTRES FINANCIERS OFFSHORE DANS LA DISSIMULATION DES PRATIQUES CORRUPTIVES

424. Un centre financier *offshore* peut se définir comme « un pays, un territoire ou une zone dans lesquels une réglementation ou un régime fiscal particulier est appliqué aux activités économiques ou financières qui y sont implantées lorsque ces activités sont réalisées en dehors du pays, du territoire ou de la zone »¹¹⁸². Ces territoires, plus communément appelés « paradis fiscal », offrent de nombreux avantages aux investisseurs étrangers. Ces avantages se situent non seulement sur le plan fiscal mais également en matière de discrétion. Leur rôle en matière de corruption et de blanchiment est avéré¹¹⁸³. Ils favorisent, notamment, la dissimulation des pratiques de corruption et de leurs produits (A).

425. Les politiques bancaires et financières appliquées par les centres financiers *offshore* semblent représenter l'une des plus grandes menaces pour la prolifération des pratiques corruptrices. Leur existence est de plus en plus contestée au plan international car ils offrent plus de dangerosité qu'ils n'apportent de véritables avantages pour la sécurité financière. Face au renforcement de la lutte internationale contre la corruption et le blanchiment, les centres financiers *offshore* sont de plus en plus entachés de discrédit (B).

A - L'avantage des paradis fiscaux en matière de dissimulation

426. Un centre financier *offshore* est un Etat ou un territoire qui offre aux non-résidents, c'est-à-dire aux étrangers, des avantages commerciaux et fiscaux afin d'attirer les investisseurs¹¹⁸⁴.

¹¹⁸¹ Transparency International France (TI France), « Paradis fiscaux et judiciaires », *TI France*, Site officiel. Article disponible en ligne sur http://www.transparency-france.org/ewb_pages/p/paradis_fiscaux_judiciaires.php.

¹¹⁸² F. Bordas, « Devoirs professionnels des établissements de crédit. – Blanchiment et terrorisme », *JCL Banque-crédit-bourse*, Fasc. 142, 31 octobre 2002, p. 8.

¹¹⁸³ De nombreux professionnels et organisations internationales ont démontré que les paradis fiscaux représentaient étaient largement utilisés en matière de blanchiment et de corruption à échelle internationale. Cf notamment : GAFI, « Les recommandations du GAFI », *op. cit.* ; TI France, « Paradis fiscaux et judiciaires », *op. cit.* ; Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centres financiers offshore : obstacles et solutions*, *op. cit.* ; Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, spé. art. 14 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op.cit.*, n°423, p. 160 ; C. Ducouloux-Favard, « Deux types de criminalité organisée : mafia et corruption, leurs points de rencontre », *Dalloz*, 2008, p. 1097 ; B. Pereira, *Les entreprises et le risque pénal, les essentiels de la gestion*, *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁸⁴ E. Rossidou-Papakyriacou, « La coopération internationale dans la lutte contre la corruption du point de vue du centre offshore », in Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centre financiers offshore : obstacles et solutions*, *op. cit.*, p.58-59.

Sur ces territoires, deux régimes juridiques cohabitent. Le premier, pour les résidents, est souvent comparable à tous les autres pays par l'application de politiques fiscales semblables. Le second, pour les non-résidents, s'affranchit d'un certain nombre de règles prudentielles et de transparence à la condition que les activités qui y sont domiciliées se pratiquent en dehors des rivages du pays¹¹⁸⁵.

De tels centres n'ont pas pour vocation *ab initio* d'aider les « criminels dans leurs activités illicites »¹¹⁸⁶. Certains territoires se sont établis au départ dans le seul but d'attirer les investisseurs, de se développer économiquement et de créer de l'emploi. Mais les avantages qu'ils offrent ont en réalité conduit à la création d'une certaine forme « d'enclave » ou de « refuge » permettant à ceux qui viennent s'y immatriculer de se soustraire aux lois d'autres Etats grâce à une législation favorable aux étrangers¹¹⁸⁷. Parmi les investisseurs les plus intéressés se trouvent bien sûr les blanchisseurs qui bénéficient régulièrement de tous ces avantages pour dissimuler les produits illicites, notamment issus des activités de corruption¹¹⁸⁸.

427. La notion de « paradis fiscal » est une notion très encadrée. Dix critères ont été définis pour déterminer si un pays ou un territoire pouvait être considéré comme tel. Parmi ces critères, le premier essentiel est relatif à une taxation faible voire nulle pour les non-résidents¹¹⁸⁹. Parmi les autres critères, figurent de nombreux avantages comme la garantie d'une stabilité économique élevée, une réglementation simplifiée pour la création d'entités économiques, mais aussi et surtout, une garantie relative à un haut degré de confidentialité.

L'avantage en matière fiscale et commerciale est essentiel. Les centres financiers *offshore* sont dénommés « paradis fiscaux » en ce qu'ils n'imposent pratiquement aucune taxation aux sociétés qui y sont implantées. Le processus de blanchiment pouvant parfois être très onéreux, une diminution voire une totale exonération fiscale peut être un argument particulièrement attrayant pour en réduire le « coût ».

Les paradis fiscaux favorisent aussi la création d'entreprises sur leurs territoires grâce à une procédure d'enregistrement très souple et très rapide ainsi qu'une liberté totale de mouvement des capitaux internationaux. Ils offrent, par ailleurs, aux investisseurs des garanties de stabilité économique, politique et financière. La plupart de ces territoires sont parties à des accords bilatéraux signés avec d'autres Etats à fiscalité normale afin d'éviter la double imposition¹¹⁹⁰.

428. Mais l'avantage le plus recherché par les blanchisseurs et auteurs de corruption est bien sûr celui relatif à un haut degré de confidentialité quant aux opérations. Les paradis fiscaux offrent tous des garanties de secret bancaire renforcé accompagné d'un secret professionnel étendu. Les établissements bancaires et financiers ainsi que les professions libérales sont tenus à la plus grande discrétion. Non seulement ils ne fournissent aucune information d'un client à un autre client, mais ils ont surtout l'interdiction de communiquer quelque information à leurs propres gouvernements, que ce soit sur l'identité d'un client ou sur l'origine et la nature

¹¹⁸⁵ M. Koutouzis et J.-F. Thony, *Le blanchiment, Que sais-je ?*, 2005, p.56-57.

¹¹⁸⁶ E. Rossidou-Papakyriacou, « La coopération internationale dans la lutte contre la corruption du point de vue du centre offshore », in Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centre financiers offshore : obstacles et solutions*, op. cit., p.59.

¹¹⁸⁷ M. Koutouzis et J.-F. Thony, *Le blanchiment*, op. cit., p.57 ; A. – F. Zaher, « Le blanchiment de l'argent et la recherche des produits de l'infraction », Thèse, op. cit., p. 103.

¹¹⁸⁸ E. Rossidou-Papakyriacou, « La coopération internationale dans la lutte contre la corruption du point de vue du centre offshore », in Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centre financiers offshore : obstacles et solutions*, op. cit., p.59.

¹¹⁸⁹ Situation qui peut provenir soit d'un héritage historique (exemple, Monaco ou Andorre) mais qui, plus généralement est le résultat d'une stratégie (notamment les Caraïbes et les territoires appartenant à la Couronne Britannique comme Jersey).

¹¹⁹⁰ C. Chavagneux et R. Palan, *Les paradis fiscaux*, op. cit., p.10-12.

d'une opération. Ces places garantissent donc un haut degré d'anonymat accompagné d'une confidentialité quasi-absolue. Ce sont autant d'attraits pour les criminels notamment pour la « *couverture et la protection des opérations* » que ces places offrent pour le blanchiment et autres fraudes financières¹¹⁹¹.

429. L'anonymat, tout d'abord, peut se traduire concrètement par la possibilité d'ouvrir un compte bancaire entièrement anonyme avec pour seul identifiant, un numéro d'immatriculation¹¹⁹². Le recours technique se fait toutefois de plus en plus rare. Le plus souvent, l'anonymat sera garanti par la mise en place de procédures simplifiées pour les montages juridiques tels que la création de sociétés-écrans ou le recours à un prête-nom afin de dissimuler l'identité du bénéficiaire effectif des opérations¹¹⁹³. De telles pratiques sont ostensiblement en contradiction avec les obligations internationales en matière de transparence. A titre d'exemple, la recommandation n°10 du GAFI¹¹⁹⁴ interdit aux établissements bancaires et financiers de détenir des comptes anonymes ou ouverts sous des noms « manifestement fictifs »¹¹⁹⁵. L'identification des clients et la vérification des opérations effectuées est désormais une obligation absolue dans la lutte contre le blanchiment et la corruption¹¹⁹⁶. La Convention de Mérida, quant à elle, impose aux Etats parties de mettre en place un dispositif complet visant à l'identification précise des clients de tout établissement bancaire ou financier¹¹⁹⁷. En ce sens, il est fait interdiction absolue aux Etats de détenir des « comptes anonymes »¹¹⁹⁸. Cette interdiction est d'ailleurs élargie à toutes les sociétés commerciales dont « *un chiffre d'affaire élevé et des volumes importants rendent probable le blanchiment d'argent* »¹¹⁹⁹, notamment dans le cadre de la corruption d'agents publics étrangers¹²⁰⁰. En plus de se situer largement en deçà des exigences internationales, une telle garantie d'anonymat favorise l'évasion fiscale. Par ce biais, les investisseurs étrangers peuvent aisément se soustraire aux lois de leurs Etats d'origine. Certains territoires se défendent d'ailleurs sur ce point en opposant le fait qu'il n'y ait jamais eu l'obligation, pour un Etat, de faire respecter les lois fiscales d'un autre Etat¹²⁰¹. Mais une telle position volontairement « dérogatoire » aux droits des pays *on shore*¹²⁰² et aux standards internationaux en la matière peut tout de même s'apparenter à de la mauvaise foi.

430. La confidentialité, ensuite, se traduit comme soulevé par un secret bancaire absolu et un secret professionnel étendu. Dans certaines situations, la loi va jusqu'à interdire les établissements et professionnels concernés à divulguer quelque information à leurs propres gouvernements. La garantie de confidentialité est donc double. D'une part, les établissements ne divulguent aucune information aux autres personnes ou institutions, y

¹¹⁹¹ E. Rossidou-Papakyriacou, « La coopération internationale dans la lutte contre la corruption du point de vue du centre offshore », in Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centre financiers offshore : obstacles et solutions*, op. cit.

¹¹⁹² A titre d'exemple, la Suisse admettait cette possibilité jusqu'en 1991.

¹¹⁹³ Cette garantie d'anonymat et les offres de « dissociation » entre les comptes bancaires et l'identité des personnes font, d'ailleurs, la fierté des centres qui le prônent afin de faire la publicité de leurs territoires et d'attirer les investisseurs.

¹¹⁹⁴ GAFI, « Les recommandations du GAFI », op. cit., R. 10 (ex R. 5).

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, §1.

¹¹⁹⁶ Financial Action Task Force (FATF/GAFI), « Corruption. A reference guide and information note on the use of the FAFT Recommendations to support the fight against corruption », op. cit., p. 4.

¹¹⁹⁷ Convention des Nations Unies contre la Corruption, op. cit., art. 14.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, art. 14 §1 a).

¹¹⁹⁹ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », op. cit., § 141-142, p. 50-51.

¹²⁰⁰ *Ibid.*

¹²⁰¹ M. Koutouzis et J.-F. Thony, *Le blanchiment*, op. cit., p.58.

¹²⁰² C'est l'appellation donnée à tous les Etats ou territoires appliquant des règles en matière économique, bancaire et fiscale conformes aux standards internationaux sans octroi d'avantages démesurés pour l'implantation de sociétés, par opposition au terme *offshore* qu'il n'est plus nécessaire de définir ; Cf. E. Rossidou-Papakyriacou, « La coopération internationale dans la lutte contre la corruption du point de vue du centre offshore », in Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centre financiers offshore : obstacles et solutions*, op. cit.

compris aux autorités de poursuites qui se voient opposer le secret bancaire absolu. D'autre part, les gouvernements eux-mêmes ignorent ces informations de sorte qu'ils ne sont pas en mesure de coopérer avec les autorités d'enquête et de poursuites, notamment étrangères, même s'ils le souhaitaient. Ces dispositions sont, bien sûr, en totale contradiction avec tous les instruments internationaux qui ont pour principal objectif d'harmoniser les législations nationales pour la mise en place d'une coopération internationale aboutie et efficace¹²⁰³.

431. Tous ces avantages se posent donc en faveur des blanchisseurs et autres auteurs d'infractions, comme la corruption. Ces places financières offrent de larges possibilités pour la dissimulation des produits illégaux. Cet aspect n'est d'ailleurs pas ignoré des territoires concernés. Certains vont jusqu'à « vanter » les garanties offertes en matière de dissimulation, de confidentialité ainsi que leur refus de coopérer avec les autorités légales étrangères. D'autres sont en revanche plus discrets, voire « honteux » de se voir associés au blanchiment. Trois catégories de centres financiers *offshore* peuvent être distinguées. La première regroupe les territoires considérés comme « exhibitionnistes » qui avancent leurs avantages en matière de discrétion et leur refus de toute coopération comme argument de « publicité » à l'égard des investisseurs étrangers. La deuxième regroupe les territoires « prudes » offrant de manière plus discrète tout ou partie des avantages précités mais qui ne revendiquent pas pour autant le fait de se soustraire aux autorités étrangères. La troisième regroupe les territoires « honteux » qui garantissent des avantages en matière fiscale et de secret bancaire mais qui, par ailleurs, vont se doter d'une législation anti-blanchiment conforme aux normes du GAFI. Ces territoires restent intégrés à la liste des paradis fiscaux puisqu'en réalité et de manière insidieuse, ils vont faire en sorte que leur législation anti-blanchiment soit inopérante dans la pratique¹²⁰⁴.

432. Lutter efficacement contre les pratiques de corruption et leur blanchiment nécessite d'agir en faveur de la transparence financière de ces territoires. Cet aspect de la lutte est bien connu des institutions nationales et internationales spécialisées en la matière. Le GAFI, l'OCDE, l'ONG Transparency International mais aussi les Nations Unies ont tous réalisé de nombreux travaux afin d'accroître la transparence des paradis fiscaux et de dissuader les investisseurs de s'y implanter. Toutes ces institutions œuvrent afin de jeter un véritable « discrédit international » sur ces territoires et force est de constater que des résultats sont d'ores et déjà visibles. Aujourd'hui, le seul fait de détenir un compte dans un territoire officiellement reconnu comme « paradis fiscal » fait peser sur son détenteur de sérieux soupçons relatifs à des activités de blanchiment ou de corruption. En France nous avons d'ailleurs assisté à un très bon exemple de ce discrédit au travers de la désormais célèbre affaire « Cahuzac ». Cette affaire, révélée par les médias, a débuté par la découverte du fait que l'ancien Ministre délégué au budget, Jérôme Cahuzac, détenait des comptes bancaires non déclarés en Suisse puis à Singapour. Cette seule révélation a été suffisante pour mener à sa destitution sans considération de la véritable origine des fonds¹²⁰⁵. Dès lors, la seule détention de comptes non déclarés dans un paradis fiscal représente des indices suffisamment graves de blanchiment ou de corruption pour mener à la mise en examen de leur titulaire. A échelle internationale, le discrédit ainsi jeté a poussé les territoires concernés à réagir. L'un des critères essentiel pour un paradis fiscal est désormais de « détenir une bonne image de

¹²⁰³ Plus particulièrement, l'article 40 de la Convention des Nations Unies contre la corruption (*op. cit.*) fait par exemple obligation aux Etats de ne pas opposer un secret bancaire absolu qui aurait pour effet d'entraver gravement les autorités de poursuite dans leur recherche de la vérité. Cette même règle est réitérée à l'article 55 relatif à l'entraide judiciaire entre Etats dans le cadre de la coopération internationale.

¹²⁰⁴ J. de Maillard, « La coopération judiciaire relative aux activités dans les zones offshore : propositions de solutions », in Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centre financiers offshore : obstacles et solutions*, *op. cit.*, p. 80-81.

¹²⁰⁵ S. Laurent, « Si vous n'avez rien suivi de l'affaire Cahuzac », *Le Monde*, rub. Politique, 2 avril 2013. Article disponible en ligne sur http://www.lemonde.fr/politique/article/2012/12/10/si-vous-n-avez-rien-suivi-de-l-affaire-cahuzac_1804062_823448.html.

marque », c'est-à-dire de faire en sorte que son nom ne soit pas trop associé à des opérations de blanchiment et de corruption¹²⁰⁶.

433. Il est essentiel, dès lors, de déterminer l'origine et les conséquences de l'apparition d'un tel discrédit international des centres financiers *offshore*.

B - La montée d'un discrédit international envers ces institutions

434. De nombreux facteurs sont à l'origine du discrédit international jeté sur les paradis fiscaux. La crise économique a, directement ou indirectement, fait éclater de nombreux scandales « politico-financiers » à travers la planète. Beaucoup d'entre eux ont révélé des pratiques douteuses dans lesquels les centres financiers *offshore* avaient joué un rôle important. Ces événements ont marqué la fin d'une ère de tolérance dans laquelle de nombreux avantages économiques et financiers étaient réservés à une poignée de privilégiés. Mais si l'existence même des paradis fiscaux fait depuis très longtemps débat, la montée du discrédit s'est opérée de manière progressive.

435. Jusqu'en 2009, le discours des Etats à l'égard de ces places financières et visant à les discréditer était souvent « *sans conviction ni persévérance* »¹²⁰⁷. La condamnation des pratiques déloyales qu'utilisaient les paradis fiscaux ne se faisait qu'à « demi-mot » de sorte qu'en réalité ils étaient plus ou moins tolérés. Les Etats ne voyaient en ces territoires qu'une sorte de privilège accordé aux plus fortunés dont les conséquences néfastes étaient limitées au seul manque à percevoir en matière d'imposition. De ce fait, les actions visant à lutter contre ces places financières étaient, jusqu'à cette date, relativement isolées et sans grand impact.

En 1998, l'OCDE a pour la première fois tenté de définir précisément la notion de « paradis fiscal » en dégagant quatre critères. Ces quatre premiers critères étaient : un taux d'imposition particulièrement faible voire inexistant à l'égard des investisseurs étrangers, l'absence de politiques permettant l'échange d'informations (non coopération avec les autorités étrangères et pratique du secret bancaire absolu), l'absence de transparence des activités de ces places et l'absence d'activités substantielles sur leur territoire¹²⁰⁸. Parmi ces quatre critères, la condition substantielle était celle relative à la faiblesse du taux d'imposition, les trois autres critères étaient alternatifs. Par ce travail de définition, l'OCDE a souhaité combattre en priorité les territoires les plus récalcitrants qui ne donnaient même pas « *l'illusion qu'ils sont prêts à coopérer* »¹²⁰⁹. La première condamnation internationale des paradis fiscaux était donc tournée vers les territoires exhibitionnistes¹²¹⁰.

436. En 2000, L'OCDE a entrepris d'identifier plus spécifiquement les pays et territoires « non coopératifs », ceux qui s'opposaient à toute coopération avec les autorités étrangères pour la poursuite des infractions économiques et financières. L'organisation a donc dressé pour la première fois une « liste noire »¹²¹¹ des paradis fiscaux établie sur la base des quatre

¹²⁰⁶ C. Chavagneux et R. Palan, *Les paradis fiscaux*, op. cit., p.12.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, p.79.

¹²⁰⁸ OECD, « Countering Offshore tax evasion », OCDE, Rapport, 28 septembre 2009, p.11. Rapport disponible en ligne sur <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/42469606.pdf>.

¹²⁰⁹ *Ibid.*, p.9.

¹²¹⁰ J. de Maillard, « La coopération judiciaire relative aux activités dans les zones offshore : propositions de solutions » ; in Conseil de l'Europe, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centre financiers offshore : obstacles et solutions*, op. cit., p. 80-81. Voir *supra* n°428.

¹²¹¹ La première liste établie par l'OCDE ne sera appelée plus communément « liste noire » qu'à partir de 2009, lorsque la lutte contre les paradis fiscaux aura pris un essor plus important.

critères précités¹²¹². La première liste noire contenait une trentaine d'Etats considérés comme « paradis fiscaux non coopératifs »¹²¹³. Si cette liste a eu un fort impact sur les Etats désignés¹²¹⁴, la volonté de l'OCDE n'était pas pour autant de les discréditer directement. L'unique objectif de l'organisation était de contraindre les paradis fiscaux à s'engager dans un processus plus coopératif. Une fois de plus, la liste ne visait que les places les plus agressives. La même année, le GAFI a lui aussi entrepris d'établir une « liste noire » des paradis fiscaux. Elle a été publiée pour la première fois en juin 2000¹²¹⁵ et répertoriait quinze « pays et territoires non coopératifs »¹²¹⁶. Les critères utilisés par le GAFI étaient beaucoup plus nombreux car ils résultaient directement des 40 recommandations élaborées par l'organisation¹²¹⁷. Cette liste existe encore à ce jour. Elle est mise à jour chaque année et produit toujours un impact conséquent sur les territoires concernés. Par ces travaux, les deux organisations ont entamé le processus visant à combattre les paradis fiscaux. A partir des années 2000, a commencé la période du « name and shame » (nommer pour faire honte) au cours de laquelle les organisations internationales n'ont cessé d'exercer une pression politique pour accentuer la lutte contre la finance *offshore*¹²¹⁸.

437. En 2009, le discrédit international des paradis fiscaux va prendre un nouvel essor à l'occasion du G20. Cette réunion des vingt Etats les plus puissants de la planète était la première après l'éclatement de la crise des *subprimes*¹²¹⁹. En conséquence, elle a été consacrée à la régulation financière pour tenter d'endiguer la crise mondiale qui se propageait à travers le monde. L'évènement va marquer un tournant considérable dans la lutte contre les paradis fiscaux. Ces derniers vont être expressément désignés comme « refuge » pour les fonds illicites provenant de la fraude fiscale ou encore de la corruption. Il n'est dès lors plus question d'accorder quelconque tolérance à l'égard de leurs pratiques. En conséquence, de nouvelles listes des paradis fiscaux ont été dressées¹²²⁰. L'OCDE a, en effet, pris le parti de dresser trois listes de paradis fiscaux à partir de 2009 : une liste « blanche » des pays appliquant correctement les standards internationaux en matière de transparence et de coopération, une liste « grise » des pays qui ont accepté les standards internationaux mais qui ne les appliquent pas encore et une liste « noire » des pays les moins coopératifs. En avril 2009, lors de la première publication de ces trois listes, quatre pays figuraient dans la liste noire et trente-huit dans la liste grise¹²²¹. L'objectif souhaité du « name and shame » ne s'est

¹²¹² OCDE, « Progrès dans l'identification et l'élimination des pratiques fiscales dommageables », Rapport pour la réunion du conseil au niveau des ministres de 2000 et recommandations du Comité des affaires fiscales, OCDE, Rapport, 2000, p.6.

¹²¹³ *Ibid.*, p.19.

¹²¹⁴ En effet, à l'occasion de la publication de ce rapport, la majorité des Etats présents dans la liste de l'OCDE se sont engagés, entre 2000 et 2002, à prendre des mesures visant à établir plus de transparence et de coopération afin de ne plus y figurer. Seuls six Etats furent plus « tardifs » à réagir mais tous ont pris des mesures entre 2000 et 2009 afin de pouvoir « sortir de la liste ». Cela démontre une certaine crainte de la part des Etats d'un discrédit international. Cf OCDE, « Liste des paradis fiscaux non coopératifs », Site officiel de l'OCDE ; disponible en ligne sur <http://www.oecd.org/fr/pays/monaco/listedesparadisfiscauxnoncooperatifs.htm>.

¹²¹⁵ GAFI, « Review to identify non cooperative countries or territories: Increasing the worldwilde effectiveness of Anti money-laundering measures », GAFI, Rapport, juin 2000, pp.1-24. Rapport disponible en ligne sur <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/1999%202000%20NCCT%20ENG.pdf>.

¹²¹⁶ Cette liste se dénomme désormais liste des « juridictions à haut risque et non coopératives » ; le Vietnam y figure depuis le début de l'année 2013.

¹²¹⁷ Pour plus de détails sur tous les critères utilisés par le GAFI dans l'élaboration de sa première « liste noire » : GAFI, « Report on Non Cooperative Countries and Territories », GAFI, 22 février 2000, pp. 1-13. Rapport disponible en ligne sur <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Initial%20Report%20on%20NCCTs%202000.pdf>.

¹²¹⁸ C. Chavagneux et R. Palan, *Les paradis fiscaux*, op. cit., p. 85.

¹²¹⁹ Les *subprimes* sont des crédits immobiliers gagés sur le logement de l'emprunteur (principe de l'hypothèque), avec un taux d'emprunt fixe les premières années, puis variable au cours du temps. L'octroi de subprimes s'est particulièrement développé aux Etats-Unis de 2001 à 2006, période au cours de laquelle le volume des crédits accordés à des emprunteurs peu ou moyennement solvables a atteint 640 milliards de dollars. Les prêts *subprimes* étaient considérés comme risqués mais globalement sûrs et rentables, tant que le prix de l'immobilier américain connaissait une hausse rapide et continue. Mais les ménages surendettés se sont retrouvés, de plus en plus, en défaut de paiement et leurs biens saisis par les banques ne pouvaient pas se revendre à cause d'une chute du prix de l'immobilier sur le marché américain. Cette situation a donc entraîné, à partir de 2007, une crise financière sans précédent. Source <http://economie.trader-finance.fr/subprimes/>.

¹²²⁰ C. Chavagneux et R. Palan, *Les paradis fiscaux*, op. cit., p. 94-95.

¹²²¹ *Ibid.*

pas fait attendre. Les pays répertoriés ont, pour la plupart, fortement réagi à un tel discrédit à leur égard. La Suisse, par exemple, qui avait été intégrée à la liste grise, a très mal vécu une telle « exposition internationale ». Le pays a sans délai entrepris toutes les démarches pour « sortir de la liste ». Ce qui a d'ailleurs été effectif dès septembre 2009, soit seulement cinq mois après sa publication¹²²². Par la suite, en 2010, l'OCDE a tenté d'accroître la transparence des Etats par l'élaboration d'un modèle de convention fiscale¹²²³. L'objectif était d'aboutir à une harmonisation des politiques étatiques, notamment en matière de double imposition, et de lutter contre l'évasion fiscale. En 2012, l'organisation a entrepris de modifier l'article 26 de son modèle de convention afin de favoriser et accroître l'échange de renseignements en matière fiscale¹²²⁴. L'OCDE souhaitait donc en priorité mettre un terme au phénomène d'évasion fiscale qui convergeait systématiquement vers les paradis fiscaux.

438. Malgré les efforts du G20 et de l'OCDE, de nombreuses critiques ont été formulées sur les mesures précitées. La plupart dénonçaient un manque de mesures et une attitude beaucoup trop souple à l'égard des territoires concernés. Les listes de l'OCDE, comme le modèle de convention, ont été jugés insuffisants pour lutter efficacement contre les centres financiers *offshore*. Le réseau « Tax Justice Network » (TJN), spécialisé dans la lutte contre les paradis fiscaux et l'évasion fiscale, a formulé l'une des critiques les plus sévères à l'égard de l'OCDE¹²²⁵. D'une part, les quatre critères dégagés en 1998 étaient, selon TJN, insuffisants et ne permettaient pas d'inclure tous les paradis fiscaux. D'autre part, la liste noire n'était, selon le réseau, qu'une façade puisqu'elle s'est très rapidement vidée de sa substance. La liste est, depuis 2009, entièrement vide car les quatre pays initialement inclus en sont sorti à peine une semaine après sa publication. Si pour certains une sortie si rapide n'était autre que la preuve de la prise de conscience des Etats concernés et le signe de leur engagement à améliorer leur transparence¹²²⁶, ce n'est pas l'avis de TJN. Le réseau considère, au contraire, que l'OCDE a adopté une politique encore trop tolérante à l'égard des places financières *offshore*. L'organisation a fait de sa liste noire une « coquille vide » alors que beaucoup de territoires sont très loin d'avoir adopté de mesures satisfaisantes visant à respecter les standards internationaux. Des critiques ont également été formulées à l'encontre du modèle de convention qui, toujours selon TJN, ne fait aucun obstacle à l'évasion fiscale. Au contraire, le modèle semblerait favoriser le développement des « niches fiscales »¹²²⁷. En d'autres termes, le travail de l'OCDE n'a pas permis de mettre fin aux politiques d'opacité et de non coopération pratiquées par les paradis fiscaux¹²²⁸.

439. Malgré ces critiques, le travail de l'OCDE et du G20 a tout de même été à l'origine de la montée du discrédit international des paradis fiscaux. La politique du « *name and shame* » semble avoir relativement fonctionné. Une nouvelle offensive a cependant été lancée par les

¹²²² La documentation française, « La Suisse sort de la « liste grise » des paradis fiscaux », *La Doc. Fr.*, rub. Chronologies, 25 septembre 2009. Article disponible en ligne sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/chronologies/la-suisse-sort-de-la-liste-grise-des-paradis-fiscaux/>.

¹²²³ OCDE, « Modèle OCDE de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune – différentes versions disponibles », OCDE, Site officiel.

¹²²⁴ OCDE, « Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE et du commentaire s'y rapportant », OCDE, 17 juillet 2002, pp. 1-20.

¹²²⁵ S. Piel, « Qu'est-ce qu'un paradis fiscal ? », *Le Monde*, rub. Economie, 18 août 2011. Article disponible en ligne sur http://www.lemonde.fr/economie/article/2011/08/18/qu-est-ce-qu-un-paradis-fiscal_1561157_3234.html.

¹²²⁶ C'est, par exemple, la position de M. Angel Gurría, Secrétaire Général de l'OCDE, qui se félicite des engagements pris par les Etats qui figuraient sur la liste « noire » en 2009 et du fait que cette liste soit désormais vide. Cf BBC, « OECD removes tax havens from list », *BBC News*, Site officiel, 7 avril 2009 ; OCDE, « Quatre pays supplémentaires s'engagent à se conformer à la norme fiscale de l'OCDE », OCDE, Site officiel, 7 avril 2009.

¹²²⁷ Tax Justice Network (TJN), « Lee Sheppard : don't sign OECD model tax treaties », *TJN*, 31 mai 2013. Article disponible en ligne sur <http://taxjustice.blogspot.ch/2013/05/lee-sheppard-dont-sign-oecd-model-tax.html>.

¹²²⁸ C. Chavagneux, « La lutte du G20 contre les paradis fiscaux est-elle efficace ? », *Alternatives économiques*, 12 mars 2012. Article disponible en ligne sur <http://alternatives-economiques.fr/blogs/chavagneux/2012/03/12/la-lutte-du-g20-contre-les-paradis-fiscaux-est-elle-efficace/>.

Etats-Unis au travers de la lutte contre la corruption transnationale. En 2010, les Etats Unis ont adopté le *Foreign Account Tax and Compliance Act* (FATCA) obligeant les banques étrangères à communiquer au gouvernement l'identité de leurs clients américains¹²²⁹. Le texte fait également obligation à toute personne détenant un compte aux Etats-Unis, de déclarer tous leurs revenus issus d'activités *offshore*¹²³⁰. Ces dispositions démontrent la volonté des Etats-Unis de mettre fin à la pratique du secret bancaire et de l'anonymat utilisés par les places *offshore* véritables complices, voire instigatrices, du phénomène d'évasion fiscale¹²³¹. Cette offensive a également été menée par l'ONG Consortium International de Journalistes d'Investigation (ICIJ) qui a mené de nombreuses enquêtes afin de mettre à jour les paradis fiscaux¹²³². ICIJ a révélé l'existence de liens étroits entre des filiales *offshore* implantées dans des paradis fiscaux et de grandes entreprises multinationales avec, dans certains cas, la présence de bénéficiaires « *mystérieux* »¹²³³. La publication de cette enquête en avril 2013 a fait l'effet d'une bombe sur la scène internationale. Les détenteurs de comptes *offshore* ont été exposés publiquement et le mépris de la société internationale à l'égard de ces pratiques s'est enfin fait largement entendre. Cette enquête a notamment révélé que BNP Paribas et Crédit Agricole, deux grandes banques françaises, ont aidé à la création de sociétés *offshore* à Jersey, dans les Iles Vierges, aux Caraïbes et en Asie¹²³⁴. L'atteinte à la réputation des personnes ainsi exposées a été telle que quelques dirigeants de grands groupes économiques seraient venus « *pleurer* » auprès de l'ONG afin que leurs noms n'apparaissent pas¹²³⁵. L'ère du « *name and shame* » semble bel et bien terminée. Elle a laissé la place à une période de véritable lutte contre les pratiques *offshore*. Preuve en est que cette enquête, dénommée *Offshore leaks*, s'est attaquée aux investisseurs et non plus uniquement aux places financières elles-mêmes. Le but est de porter atteinte à la réputation des personnes ayant recours aux avantages qu'offrent les paradis fiscaux. En France, une illustration parfaite de ce phénomène peut être donnée au travers de l'affaire « *Cahuzac* ».

440. Des conséquences de ces avancées ont très été rapidement visibles. Le 2 mai 2013, le gouvernement britannique, traditionnellement très tolérant sur la question du secret bancaire en vue de protéger la City, a obligé huit des zones *offshore* placées sous sa souveraineté¹²³⁶, à fournir des informations sur leurs comptes bancaires¹²³⁷. Le monde semble désormais tendre vers une interdiction unanime du secret bancaire absolu. A la suite de la décision britannique, certains théoriciens ou journalistes n'ont d'ailleurs pas hésité à annoncer la fin tant attendue du secret bancaire et le début d'une ère de coopération et de communication¹²³⁸. Le FATCA joue un rôle dans cette évolution. Il apparaît comme un texte très contraignant obligeant toutes les banques étrangères à transmettre au fisc américain (IRS) toutes les informations financières relatives aux contribuables américains ayant des comptes à l'étranger¹²³⁹. De ce fait, de nombreux Etats ont renoncé à pratiquer le secret bancaire. Le Luxembourg a mis en

¹²²⁹ Le Monde, « Pas de quartier contre les paradis fiscaux », *Le Monde*, éditorial, 3 mai 2013. Article disponible en ligne sur http://www.lemonde.fr/idees/article/2013/05/03/pas-de-quartier-contre-les-paradis-fiscaux_3170477_3232.html.

¹²³⁰ Internal Revenue Service (IRS), « Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) », IRS, site officiel, www.irs.gov.

¹²³¹ L'évasion doit être distinguée de l'infraction de fraude fiscale. L'évasion fiscale est le fait de se soustraire, par le biais d'opérations diverses, à l'application de la loi fiscale en général, ou à un tarif d'impôt en particulier, sans pour autant transgresser la lettre de la loi. Cf S. Guinchard et T. Debard, *lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 409. Ce phénomène est tout de même à combattre quand il part d'une réelle intention délictueuse de la part du contribuable qui multiplie les montages et utilise à outrance les paradis fiscaux pour se soustraire entièrement au paiement de ses impôts.

¹²³² L. Millot, « Offshore Leaks, c'est ici et maintenant », *Libération*, 14 avril 2013.

¹²³³ Le Monde, « offshore Leaks : la base de données ouverte au public », *Le Monde*, 15 juin 2013.

¹²³⁴ *Ibid.*

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ Exemples de centres *offshores* placés sous la souveraineté du gouvernement britannique : Bermudes, Iles Caïmans, Iles Vierges Britanniques, Jersey, Guernesey, Gibraltar.

¹²³⁷ Le Monde, « Pas de quartier contre les paradis fiscaux », op. cit.

¹²³⁸ La revue Alternatives économiques a titré, par exemple, un de ses articles annonçant la fin du secret bancaire. Cf Alternatives Economiques, « Europe : vers la fin du secret bancaire ? », *Alternatives économiques*, n°321, février 2013.

¹²³⁹ A. Michel et P. Ricard, « En Europe, le secret bancaire craque sous pression américaine », *Le Monde*, 11 avril 2013.

place, depuis 2013, un système visant à l'échange automatique des données bancaires concernant les non-résidents¹²⁴⁰. L'Autriche, qui a tenté de résister, a finalement renoncé également à son secret bancaire. Aujourd'hui ce serait la Suisse et même Singapour qui seraient sur la voie de la renonciation¹²⁴¹.

441. Dans le cadre de la lutte contre la corruption plus précisément, l'ONG Transparency International lutte également contre les paradis fiscaux. Elle a créé, en 2008, une plateforme relative aux paradis fiscaux et judiciaires (FPJ). Plus qu'un discrédit, l'ONG œuvre pour l'interdiction totale de ces places financières sur la scène internationale en prônant la mise en place des mesures de sanctions envers tout organisme qui aurait son siège dans une de ces juridictions¹²⁴². L'organisation se félicite donc de ces dernières évolutions. Le président de l'ONG, Daniel Lebègue, déclarait à ce titre, lors d'une conférence en 2013, « *On a fait plus de chemin en une semaine qu'en vingt ans* »¹²⁴³.

442. Ces évolutions ont également produit des effets au niveau purement juridique. Dans une décision du 25 avril 2013¹²⁴⁴, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) s'est positionnée en faveur de l'interdiction du secret bancaire absolu. Dans l'affaire qui lui avait été soumise, une société danoise établie à Gibraltar dénommée Jyske exerçait des activités en Espagne sous le régime de la libre prestation de service, c'est-à-dire sans n'y détenir aucun établissement. La cellule de renseignements financiers (CRF) espagnole, le Servicio Ejecutivo lui avait demandé, en 2007, de fournir un certain nombre de renseignements, notamment concernant l'identification de certains clients, car elle soupçonnait que cette société soit utilisée à des fins de blanchiment. La société a refusé de révéler l'identité des clients considérant qu'elle n'avait aucun établissement en Espagne et que Gibraltar pratiquait le secret bancaire absolu. La décision de la CJUE, dans cette affaire, a été très ferme puisque, se fondant sur l'article 22§2 de la directive de 2005 (la 3^{ème} directive européenne)¹²⁴⁵, elle a considéré que le secret bancaire n'était pas opposable par une société, même placée sous le régime de la libre prestation de services, lorsque les activités de cette dernière s'exercent sur le territoire d'un Etat Membre qui ne le pratique pas et dont la CRF demande des renseignements aux fins de lutte contre le blanchiment¹²⁴⁶. Par ailleurs, il ne s'agit pas, ici, d'une restriction de la libre prestation de services puisque cette « exception » est justifiée pour raison impérieuse de lutte contre le blanchiment de capitaux. Cette décision est très intéressante puisque la CJUE a opéré, ici, une interprétation très extensive de l'article 22§2 de la directive 2005/60 qui prévoit que les établissements et les personnes doivent fournir les renseignements demandés par la CRF sur le territoire de l'Etat Membre sur lequel ils se trouvent¹²⁴⁷.

443. Plus qu'une simple interdiction du secret bancaire absolu, il semble que nous dirigeons désormais vers une interdiction totale des paradis fiscaux. Ce mouvement vers l'illégalité des places *offshore* est très perceptible puisque la frontière entre évasion fiscale frauduleuse et simple détention d'activités économiques dans des territoires plus attractifs devient de plus en

¹²⁴⁰ Le Monde, « Pas de quartier contre les paradis fiscaux », *op. cit*

¹²⁴¹ M. Hoffstetter, « La Suisse et Singapour pourraient enterrer le secret bancaire », *Le Monde*, 6 mai 2014.

¹²⁴² TI France, « Recommandations et travaux de la plateforme FPJ », *TI France*, rub. Crise financière et paradis fiscaux et judiciaires, Site officiel.

¹²⁴³ Le Monde, « Pas de quartiers contre les paradis fiscaux », *op. cit*.

¹²⁴⁴ CJUE, 25 avril 2013, aff.C212/11, « *Jyske bank Gibraltar Ltd/ Administracion del estado* ».

¹²⁴⁵ Directive, n°2005/60/CE, « Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », *op. cit*.

¹²⁴⁶ Actualités du droit Lamy, « CJUE : nouvelles précisions sur le blanchiment de capitaux », *Lamy*, Droit pénal des affaires. Site officiel www.actualitesdudroit.lamy.fr.

¹²⁴⁷ Directive, n°2005/60, « Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », *op. cit.*, art. 22§2.

plus mince. La France, par exemple, va dans le sens de cette interdiction. Dans la loi du 14 mars 2012¹²⁴⁸, le législateur français avait pour la première fois créé une circonstance aggravante de la fraude fiscale lorsque les faits avaient été « réalisés ou facilités au moyen soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis dans un Etat ou un territoire qui n'a pas conclu avec la France, depuis au moins cinq ans au moment des faits, une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale française, soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable établis dans l'un de ces Etats ou territoires »¹²⁴⁹. Cette circonstance aggravante s'est endurcie avec l'adoption de la loi du 6 décembre 2013. Désormais, le seul fait de détenir un compte à l'étranger est une circonstance aggravante de la fraude fiscale sans considération de l'existence d'accords avec le territoire concerné. La peine d'amende a également été portée au double de celle prévue en 2012¹²⁵⁰.

Ces nouvelles dispositions sont le reflet du sentiment actuel que la société civile porte sur l'existence de comptes à l'étranger. Le seul fait de détenir un compte à l'étranger, souvent entendu comme le fait d'utiliser les avantages d'un paradis fiscal, est un acte suspicieux. Une personne qui a investi dans un paradis fiscal n'est plus digne de confiance. Elle est directement considérée comme corrompue et malhonnête. Les travaux menés par toute la communauté internationale visant à lutter contre les centres financiers *offshore* ont donc atteint leur but. Nous assistons, aujourd'hui, à un véritable discrédit accordé à tout ou partie des territoires qui ne favorisent pas l'échange d'informations, pratiquent le secret bancaire absolu et n'ont aucune politique visant à la vérification de l'origine des fonds qui y sont déposés. Le discrédit est également jeté sur les utilisateurs des paradis fiscaux, *ipso facto* considérés comme malhonnêtes puisqu'ils dissimulent une partie de leurs revenus dans ces territoires. Il se pourrait, à terme, que nous assistions à une véritable interdiction, pour tous les territoires, de se soustraire aux réglementations internationales sous peine de sanctions.

* * *

*

Les mesures mises en œuvre pour discréditer les paradis fiscaux et les obliger à plus de transparence pourraient dès lors avoir un effet positif en matière de corruption. L'aspect occulte de l'infraction serait limité en ce que les produits de ces pratiques ne pourraient plus être aussi aisément dissimulés. Pour autant, l'infraction reste intrinsèquement occulte. Sa détection reste un exercice difficile voire impossible pour les autorités de poursuites. Pourtant, elle est essentielle à la répression. L'un des objectifs majeur en matière de corruption est, comme le soulignent certains auteurs, de détecter et de poursuivre¹²⁵¹ les infractions. Mais, force est de constater que même lorsque des activités de corruption ont pu être détectés, les possibilités de poursuites sont souvent réduites par de nombreux facteurs faisant obstacle à toute condamnation.

¹²⁴⁸ Loi, n° 2012/354, « Loi de finances rectificative pour 2012 », 14 mars 2012, *JORF*, n° 0064, 15 mars 2012, p.4690.

¹²⁴⁹ *Ibid.*, art.15.

¹²⁵⁰ Loi, n°2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière », *op. cit.*, art. 9.

¹²⁵¹ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 702.

SECTION 2 : DES POSSIBILITES DE POURSUITES REDUITES

444. Le caractère éminemment occulte de l'infraction de corruption fait de sa détection l'objectif majeur en matière de répression. Le plus difficile pour la condamnation des pratiques corruptrices est, effectivement, de les détecter tant elles sont secrètes et indolore. Pour autant, une fois l'infraction révélée, il arrive que les poursuites soient en réalité impossibles pour plusieurs raisons.

445. Certaines de ces raisons tiennent aux particularités de l'incrimination des délits de corruption. Le délai de prescription est très bref, du moins en droit français. Par conséquent, certaines activités de corruption se révèlent alors qu'elles sont déjà prescrites. Le degré de preuve qu'il convient de recueillir est aussi particulièrement élevé de sorte que certaines poursuites doivent être abandonnées pour insuffisance de preuves.

D'autres raisons tiennent à la particularité de certains auteurs de corruption. Les infractions de corruption, notamment passive, ne peuvent pas être commises par tout le monde. La qualification donnée, avec humour, au délit d'abus de biens sociaux considéré comme un « *un délit aristocratique* »¹²⁵² est parfaitement transposable à la corruption passive. Le corrompu doit détenir un pouvoir de décision qu'il échange contre rémunération. A ce titre, il n'est donc pas rare que l'auteur de corruption soit en réalité un haut fonctionnaire de l'Etat, voire un dirigeant et qu'il bénéficie à ce titre d'une immunité totale de juridiction. L'impact du régime des immunités en matière de corruption n'est pas négligeable et cette situation est préoccupante¹²⁵³.

Il peut donc exister, d'une part, des entraves tenant aux particularités des incriminations de corruption (§1) et, d'autre part, des entraves tenant à la qualité des auteurs de corruption (§2).

§1 – LES ENTRAVES TENANT AUX PARTICULARITES DES INCRIMINATIONS DE CORRUPTION

446. Toutes les infractions pénales, en France comme au Vietnam, sont soumises à un régime procédural particulier. Les deux pays appliquent un délai de prescription au cours duquel l'infraction doit être découverte et poursuivie. L'écoulement du délai entraîne l'extinction de l'action publique et rend toute poursuite impossible¹²⁵⁴. En outre, les deux pays s'en remettent à des autorités de poursuites pour recueillir les preuves nécessaires à la condamnation des auteurs d'infractions. Ces autorités sont le Ministère public et le juge d'instruction en France ainsi que le Parquet pour le Vietnam. Elles sont en charge de prouver l'élément matériel et intentionnel des infractions découvertes ainsi que leur imputabilité.

Toutes les infractions répondent à ce même régime procédural quelle que soit leur nature. Pourtant, cette uniformisation est préjudiciable en matière de corruption. Les particularités du phénomène, notamment son caractère très occulte, nécessiteraient un régime plus adapté. En conséquence, les chances de poursuites s'en trouvent considérablement réduites. Il apparaît, d'une part, que le délai de prescription applicable en matière de corruption est inadapté aux

¹²⁵² J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, op. cit., n°293, p. 473.

¹²⁵³ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », op. cit., p. 702.

¹²⁵⁴ S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 722

spécificités du délit (A) et, d'autre part, que le degré de preuve nécessaire à l'établissement de l'infraction est trop élevé (B).

A - Une prescription mal adaptée

447. En France, les infractions de corruption sont intégrées à la catégorie des délits étant donné qu'elles sont punies d'une peine d'emprisonnement d'un maximum de dix ans¹²⁵⁵. En conséquence, elles sont soumises à une prescription triennale¹²⁵⁶ dont le délai commence à courir, en principe, au moment de leur commission¹²⁵⁷ c'est-à-dire lorsque les éléments constitutifs sont établis¹²⁵⁸.

448. Au Vietnam, la classification des infractions est très différente de la classification française. Les infractions sont réparties en quatre catégories : les infractions peu graves, punies d'un maximum de trois ans d'emprisonnement, les infractions graves punies d'un maximum de sept ans d'emprisonnement, les infractions très graves entre huit et quinze ans d'emprisonnement et les infractions extrêmement graves punies par un nombre d'années d'emprisonnement supérieur à quinze ans et pouvant aller jusqu'à la réclusion criminelle à perpétuité ou la peine capitale¹²⁵⁹. Le régime de prescription suit cette classification. Il va de trois ans pour les infractions peu graves à vingt ans pour les infractions extrêmement graves¹²⁶⁰. Les infractions simples de corruption sont punies d'un emprisonnement maximal de sept ans pour la corruption passive¹²⁶¹ et six ans pour la corruption active¹²⁶², ce qui les classe dans la catégorie des infractions graves. En conséquence, la prescription est de dix ans¹²⁶³ et commence à courir au jour de la commission de l'infraction. La prescription décennale ne vaut cependant que pour les infractions simples. Les causes d'aggravations augmentent substantiellement le *quantum* de la peine de sorte que les infractions peuvent être punies d'une peine de réclusion criminelle à perpétuité voire de la peine capitale ce qui porte le délai de prescription à vingt ans¹²⁶⁴.

Les délais de prescription en droit français et vietnamien varient considérablement. La prescription française paraît, en comparaison, beaucoup trop brève.

449. La brièveté du délai français de prescription en matière de corruption n'est pas compensée par le même mécanisme jurisprudentiel que celui appliqué en matière d'abus de biens sociaux ou d'abus de confiance. La Cour de Cassation n'a pas souhaité reporter le point du départ du délai de prescription au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. Cette sévérité explique en partie la « dérive » constatée vers l'incrimination plus accueillante d'abus de biens sociaux¹²⁶⁵. Par conséquent, le délai commence logiquement à courir au moment de la consommation de

¹²⁵⁵ C. Pén., art. 131-3 et 131-4.

¹²⁵⁶ Cf notamment, A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op.cit., n°465, p.181 ; B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion*, op. cit., p. 172 ; F. Baillet, « Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires », op. cit., J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », op. cit., p. 1076 ; W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », op. cit., n°23 ; R. Salomon, « La rigueur du droit pénal de la probité publique », op. cit., n°29.

¹²⁵⁷ W. Jeandidier, *Ibid.*

¹²⁵⁸ F. Baillet, « Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires », op. cit.

¹²⁵⁹ C. Pén. Vn., art. 8.

¹²⁶⁰ C. Pén. Vn., art. 23.

¹²⁶¹ C. Pén. Vn., art. 279.

¹²⁶² C. Pén. Vn., art. 289.

¹²⁶³ C. Pén. Vn., art. 23.

¹²⁶⁴ Bien que la peine de mort semble aujourd'hui avoir disparu pour les infractions économiques telles que la corruption. Néanmoins, elle figure toujours dans la lettre des articles 279 et 289 du Code pénal vietnamien.

¹²⁶⁵ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2013, n°98, p.78.

l'infraction. A ce titre la jurisprudence semble cependant appliquer une certaine dérogation. Comme soulevé la corruption est un délit formel, consommé par la seule proposition ou acceptation de la part de son auteur. En toute logique, le délai de prescription devrait donc courir au jour de sa commission, c'est-à-dire au jour de la proposition ou de l'acceptation¹²⁶⁶. Ce n'est pas l'avis de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation qui a fixé le point de départ du délai de prescription, non pas au jour de l'accord illicite, mais au jour de la perception de l'avantage par le corrompu¹²⁶⁷. En d'autres termes, le délai ne commence pas à courir au jour de la commission de l'infraction, la collusion, mais au jour de l'exécution de l'accord illicite¹²⁶⁸. Cette solution conduit à retarder *sine die* le point de départ de la prescription lorsque la corruption passive est consommée par la seule sollicitation du corrompu¹²⁶⁹. La position est la même en matière de corruption active. Lorsque la conclusion du pacte corrupteur n'est pas suivie d'effets, le délit est *de facto* imprescriptible. La corruption est également un délit instantané, consommée dès la conclusion du pacte corrupteur. Le délai de prescription devrait dès lors commencer à courir à compter de ce jour. Mais en cas de remises successives, la Cour de Cassation considère que chaque remise constitue l'expression d'une criminalité globale¹²⁷⁰. De ce fait, la corruption reste un délit instantané mais il « *se renouvelle à chaque exécution du pacte* »¹²⁷¹ de sorte que le délai de prescription commence à courir à la date du dernier versement¹²⁷². Cette solution a été réaffirmée par la Haute Juridiction dans l'arrêt « *Carignon* » du 27 octobre 1997¹²⁷³. Cette jurisprudence a par la suite été étendue à la corruption active¹²⁷⁴. Dans ce cas, le délai de prescription ne court qu'à compter du dernier « versement » de l'avantage consenti au corrompu¹²⁷⁵.

Cette jurisprudence invite à une interprétation mitigée. Elle semble se justifier dans un souci d'efficacité de la répression¹²⁷⁶. Premièrement, il est extrêmement fréquent, du moins dans le domaine commercial, que la relation de corruption s'étale dans le temps. Si l'on s'en tenait au jour de la conclusion de l'accord illicite, il deviendrait impossible de poursuivre certaines infractions de corruption pourtant encore en cours d'exécution. Deuxièmement, il est très difficile, voire impossible, d'établir formellement la date du pacte de corruption. Si le délai de prescription devait être fixé à cette date, il serait impossible de déterminer à partir de quand il a commencé à courir. Troisièmement, il semble que l'infraction de corruption ait été conçue comme étant entièrement consommée au jour de la formation du pacte et non de son exécution dans le but de faciliter la répression. Il serait alors paradoxal que la répression trouve un obstacle supplémentaire en l'institution de la prescription¹²⁷⁷.

¹²⁶⁶ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 79.

¹²⁶⁷ Cass. Crim, 13 décembre 1972, *Bull. Crim.*, n°391.

¹²⁶⁸ B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion*, *op. cit.*, p. 172 ; J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *op. cit.*, n°8.

¹²⁶⁹ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op.cit.*, n°465, p. 181 ; R. Salomon, « La rigueur du droit pénal de la probité publique », *op. cit.*, n°29.

¹²⁷⁰ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Ibid.*

¹²⁷¹ Cass. Crim, 6 février 1969 ; 1969, n° 67, *JCP G*, 1969, II, 16004, note P. Maistre du Chambon ; *RSC*, 1969, p. 871, obs. A. Vitu. ; Cass. Crim, 9 novembre 1995, *Bull. crim.*, 1995, n°346 ; *JCP G*, 1996, IV, 513 ; *Dalloz*, 1996, somm. 259, obs. J. Pradel.

¹²⁷² A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op.cit.*, n°465, p. 181 ; M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, 2013, n°98, p. 79 ; B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion*, *op. cit.*, p. 172 ; F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 79 ; R. Salomon, « La rigueur du droit pénal de la probité publique », *op. cit.*, n°23 ; A. Dekeuwer, « Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », *op. cit.*, n°32 ; J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *op. cit.*, n°8.

¹²⁷³ Cass. Crim, 27 octobre 1997, *op. cit.*

¹²⁷⁴ Cass. Crim, 8 octobre 2003, *Bull. Crim.*, 2003, n°185 ; *Dalloz*, 2004, juris., 3023, note M. Segonds ; *Droit pénal*, 2004, comm. 16, obs. M. Véron ; Cass. Crim, 15 décembre 2004, n°03-83474, inédit ; Cass. Crim, 29 juin 2005, *Bull. crim.*, 2005, n°200 ; *Dalloz*, 2005, IR, 2338.

¹²⁷⁵ J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *op. cit.*, n°8.

¹²⁷⁶ B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion*, *op. cit.*, p. 172.

¹²⁷⁷ J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *op. cit.*, n°9.

450. Mais un tel positionnement jurisprudentiel engendre, dans la pratique, de nombreux inconvénients. D'une part, l'existence d'un « *paiement corruptif* » est justement une donnée inconnue au commencement de l'enquête en matière de corruption¹²⁷⁸. Parfois des pactes corrupteurs peuvent être révélés sans qu'il ne soit établi qu'ils aient été suivis d'effet. L'avantage a, par essence, été dissimulé et blanchi. La fixation du point de départ du délai de prescription sur le versement de l'avantage jette dès lors un sérieux aléa pour les autorités de poursuites. Si, au cours de l'enquête, il est établi que des paiements ont bien eu lieu mais qu'ils ont été versés plus de trois ans après la découverte des faits, tout le travail d'investigation se trouve réduit à néant. Par ailleurs, cette solution est injuste envers les auteurs de corruption puisque celui qui aura simplement sollicité ou accepté la proposition pourra être poursuivi toute sa vie tandis que l'auteur qui aura matériellement manqué à ses obligations ne pourra être condamné passé le délai de trois ans. D'autre part, le caractère habituel ou instantané des relations corruptrices sont des informations qui peuvent n'apparaître qu'au cours de l'enquête. Ainsi, une relation *a priori* isolée et prescrite peut, si une enquête est ouverte, s'avérer être une relation d'habitude. On ne peut considérer, par ailleurs, qu'il y a « criminalité globale » que lorsque le corrompu se trouve dans une relation corruptrice habituelle avec un seul corrupteur. Tel n'est pas le cas lorsque l'on se trouve en présence de plusieurs corrupteurs successifs. Dans cette situation, seuls les paiements de moins de trois ans seront condamnables¹²⁷⁹. Enfin, un tel assouplissement ne répond pas à toutes les difficultés posées par le court délai de prescription. Il ne faut pas perdre de vue que l'opération de corruption se déroule parfois en un seul trait de temps. Dans ce cas, si les faits n'ont pas été découverts dans les trois ans suivant leur commission, ils sont prescrits¹²⁸⁰. En d'autres termes, la jurisprudence a, une fois de plus, transgressé le principe de légalité en matière de prescription¹²⁸¹ mais en adoptant, cette fois, une solution qui n'est pas pleinement satisfaisante d'un point de vue de la répression. La corruption étant indubitablement une infraction occulte, la question se pose de savoir pourquoi la Cour de Cassation n'a pas opté pour une solution analogue à celle appliquée en matière d'abus de biens sociaux. La raison d'une interprétation purement *contra legem* du régime de prescription en matière d'abus de biens sociaux n'était-elle pas, justement, parce que l'infraction a vocation à être occulte¹²⁸² ?

451. La meilleure solution serait donc que le législateur français décide d'allonger le délai de prescription, du moins pour la catégorie des infractions « occultes » du droit pénal des affaires, ce qu'il s'obstine à ne pas faire jusqu'à présent¹²⁸³. Seule une réforme législative permettra de mettre fin à une position jurisprudentielle *contra legem* se heurtant au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale et à cette disparité de régimes entre infractions occultes. En matière de corruption, en tout cas, une prescription triennale est largement insuffisante. Cette insuffisance a d'ailleurs été soulevée par l'OCDE lors de l'évaluation du pays sur la mise en œuvre de la Convention de 1997¹²⁸⁴. Cette évaluation s'est, jusqu'à présent, déroulée en trois phases. Dès la phase 2, en 2004, l'OCDE avait soulevé que le délai de prescription français en matière de corruption était trop restrictif pour une détection et une poursuite efficaces des faits de corruption transnationale. A ces critiques, la France avait répondu qu'elle comptait, en matière économique et financière, mettre fin à la jurisprudence actuelle visant, dans certains cas, à retarder le délai de prescription au moment de la

¹²⁷⁸ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, p.199.

¹²⁷⁹ *Ibid.*

¹²⁸⁰ J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *op. cit.*, n°10.

¹²⁸¹ B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion*, *op. cit.*, p. 172 ; J. Lelieur, *Ibid.*, n°9.

¹²⁸² C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *op. cit.* ; M. Pralus, « Contribution au procès du délit d'abus de biens sociaux », *op. cit.*, p. 87.

¹²⁸³ C. Mascala, *Ibid.*

¹²⁸⁴ OCDE, « Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption », OCDE, octobre 2012, §128 à 130, p.54.

découverte des infractions. En retour, elle s'engageait à allonger le délai de prescription pour les délits d'affaires de trois à six ans. Un projet de loi a été initié en ce sens en 2010 mais il a subi de nombreuses critiques, notamment de la part de la Cour de Cassation. Elle y percevait une véritable remise en cause du délai de prescription qui profiterait majoritairement aux auteurs d'infractions économiques et financières. Le projet a finalement été abandonné ce qui a valu de nouvelles critiques de la part de l'OCDE lors de la phase 3 de l'évaluation en 2012 et son suivi en 2014.

Par la brièveté de son délai de prescription, la France ne respecte pas les dispositions impératives de la Convention OCDE relatives à la corruption transnationale qui prévoient que les Etats doivent accorder « *un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites relatives à cette infraction* »¹²⁸⁵. De ce fait, la France ne respecte pas non plus les dispositions impératives de la Convention de Mérida qui demandent aux Etats de prévoir un « *long délai de prescription dans lequel les poursuites sont engagées* »¹²⁸⁶. Selon la Convention, les pays qui appliquent un délai de prescription doivent prévoir le délai le plus long possible et dont l'existence n'a pour unique but de décourager les retards de la part des autorités de poursuites¹²⁸⁷. En d'autres termes, le délai de prescription ne doit pas avoir pour effet de permettre à l'auteur de l'infraction de se soustraire aisément à la réponse pénale.

452. En l'absence de modification législative, c'est encore la jurisprudence qui semble être maître de la fixation du point de départ du délai de prescription. Une nouvelle étape a été franchie par la Haute Juridiction en matière de trafic d'influence. Dans une décision du 19 mars 2008, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a considéré qu'en cas de dissimulation de la part de l'auteur, le délai de prescription ne commençait à courir qu'à partir du jour où l'infraction était apparue et avait pu être poursuivie dans des conditions permettant l'exercice des poursuites¹²⁸⁸. Une telle décision, qui rappelle fortement la position jurisprudentielle en matière d'abus de biens sociaux, pourrait dès lors venir à s'étendre à la corruption étant donné le lien étroit que nourrissent les deux délits¹²⁸⁹. Mais une fois de plus, la Cour de Cassation viole le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Cette solution ne peut donc pas être jugée comme pleinement satisfaisante¹²⁹⁰ même si elle venait à s'étendre à la corruption.

453. Le droit vietnamien applique une prescription décennale aux infractions simples de corruption. Le délai peut être porté à vingt ans pour les activités de corruption aggravée. Le délai semble donc suffisamment long pour respecter les dispositions de l'article 29 de la Convention de Mérida. Une interrogation subsiste cependant quant à la fixation du point de départ du délai de prescription. Comme dans tous les droits appliquant un délai de prescription, il est censé commencer à courir au moment de la commission de l'infraction, c'est-à-dire lorsque tous les éléments constitutifs sont réunis¹²⁹¹. Mais à partir de quand peut-on considérer que l'infraction vietnamienne de corruption est consommée ?

454. En ce qui concerne, d'une part, la corruption passive. L'article 279 établit une infraction « quasi-formelle » consommée lorsque l'agent public a perçu ou va percevoir un avantage de la part du corrupteur. Il semble donc que l'infraction soit commise dès lors qu'un accord est

¹²⁸⁵ OCDE « Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et documents connexes », OCDE, 2011, art. 6.

¹²⁸⁶ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 29.

¹²⁸⁷ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §371, p.134.

¹²⁸⁸ Cass. Crim, 19 mars 2008, *Droit pénal*, 2008, comm., 102, obs. M. Véron ; *Rev. Penit.*, 2009, p. 176, obs. M. Segonds.

¹²⁸⁹ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op.cit.*, n°465, p. 181.

¹²⁹⁰ C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *op. cit.*

¹²⁹¹ Cf en ce sens, F. Baillet, « Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires », *op. cit.*

conclu entre les parties sans considération de son exécution. Le délai de prescription devrait, en conséquence, commencer à courir au jour de la conclusion du pacte corrupteur. Si tel est le cas, il ne s'agit pas d'une solution avantageuse pour la répression. Comme soulevé, il est très difficile, voire impossible, d'établir formellement la date du pacte de corruption¹²⁹². Au Vietnam comme ailleurs, l'accord illicite ne fait jamais l'objet d'un écrit. Le pacte est par nature secret de sorte qu'il peut se passer de nombreuses années avant qu'il ne soit découvert. Les avantages d'une prescription décennale se trouvent donc considérablement amoindris par un point de départ trop éloigné. Mais en vertu du terme « avoir reçu » intégré à l'article, se pose la question de savoir si en réalité, le point de départ du délai de prescription pourrait être fixé au jour de la perception du don et non au jour de l'accord. Cette deuxième hypothèse serait nettement plus avantageuse. Elle semble d'ailleurs tout à fait probable puisque le législateur vietnamien conçoit avant tout la notion de corruption comme un enrichissement illicite de l'agent public au détriment de son devoir de probité. Il ne serait donc pas étonnant que l'infraction soit en réalité réputée consommée à compter de la réception du don par l'agent.

455. En ce qui concerne, d'autre part, la corruption active, l'article 289 semble considérer que l'infraction est consommée lorsque le corrupteur « offre un pot-de-vin »¹²⁹³. Pour autant des interrogations subsistent quant à la signification réelle du terme « offre » qu'emploie le législateur. S'agit-il de la simple proposition ou acceptation ou bien le terme est-il employé dans une forme plus matérielle signifiant le versement de l'avantage ? Etant donné la connexité des deux infractions vietnamiennes de corruption, il serait logique qu'elles soient soumises au même régime de prescription. En ce sens, le point de départ du délai de prescription est fixé soit au jour de l'accord illicite, soit au jour du versement de l'avantage par le corrupteur au corrompu.

456. La question se pose également de savoir si, comme en droit français, le droit vietnamien retarde dans certains cas le point de départ du délai de prescription. La question paraît essentiellement pertinente en cas de remises successives d'un même corrupteur envers un même corrompu.

457. En matière de corruption passive, aucune disposition textuelle ne permet de répondre à cette question. L'article 279§2 b) du code pénal porte effectivement la peine à quinze ans d'emprisonnement maximum lorsque le corrompu agit « à plusieurs reprises ». Dans cette hypothèse, le délai de prescription est logiquement porté à quinze ans au lieu de dix initialement prévus¹²⁹⁴. Mais rien n'indique pour autant que lorsque le corrompu se trouve dans une relation d'habitude avec le corrupteur, le point de départ du délai soit fixé au jour du dernier versement. Les affaires emblématiques de ces dernières années n'apportent d'ailleurs pas plus de précisions à ce sujet.

Dans l'affaire « *PCI* », impliquant des fonctionnaires japonais et vietnamiens, aucune difficulté n'a été soulevée à ce niveau. L'affaire a été révélée en 2008. A l'occasion des investigations, la date des premiers paiements corruptifs a été fixée en 2003, soit moins de dix ans avant leur révélation. Il n'a donc pas été possible de déterminer la position du pays au regard de potentiels paiements antérieurs. Il n'a pas été précisé d'ailleurs si des investigations avaient été conduites pour rechercher d'éventuels paiements antérieurs à 2003. Le gouvernement vietnamien s'était en outre montré très hostile à l'éclatement de ce scandale et

¹²⁹² J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *op. cit.*, n°9.

¹²⁹³ Voir *supra* n°101 et s.

¹²⁹⁴ C. Pén. Vn., art. 23.

a longtemps refusé d'engager quelque poursuite à l'encontre de ses fonctionnaires corrompus.

Dans une autre affaire, dite « *Securrency International* », certains paiements étaient antérieurs à dix ans. Le scandale a été révélé en 2011. Les investigations ont démontrées que des relations corruptrices habituelles existaient entre les dirigeants australiens de la société *Securrency International* et de hauts dignitaires vietnamiens depuis 1999, voir avant¹²⁹⁵. Les autorités australiennes ont engagées les poursuites en 2011 à l'encontre des corrupteurs australiens, obligeant le Vietnam à coopérer¹²⁹⁶. Mais aucune poursuite n'a été engagée contre les fonctionnaires vietnamiens corrompus de sorte qu'aucune indication sur une éventuelle prescription n'a été fournie. Le premier versement avait eu lieu douze ans avant la découverte des faits. Dans ce cas, aurait-on pu considérer cette longue relation d'habitude comme « une criminalité globale », soumise à une prescription décennale dont le point de départ aurait été fixé au jour du dernier versement ? Au contraire, faudrait-il considérer qu'il s'agit d'une corruption effectuée à « plusieurs reprises », portant le délai de prescription à quinze ans sans modification de son point de départ ? La deuxième solution semble être la plus respectueuse du principe d'interprétation stricte des lois pénales vietnamiennes.

458. En matière de corruption active, l'article 289§2 d) du code pénal porte également la peine à quinze ans d'emprisonnement lorsque l'acte est commis « en réitération ». De ce fait, la prescription, elle aussi, est de quinze ans au lieu de dix¹²⁹⁷. Ce terme engendre de nombreuses interrogations. Que faut-il entendre par réitération ? Il peut s'agir, d'une part, d'un synonyme du terme « plusieurs reprises » employé dans le cadre de la corruption passive. Dans ce cas, le régime évoqué précédemment viendrait à s'appliquer en matière de corruption active. Il peut s'agir, d'autre part, d'un synonyme de « récidive ». Dans ce cas, le corrupteur doit avoir déjà été précédemment condamné pour que s'applique cette circonstance aggravante. Les relations habituelles seraient dès lors exclues de tout allongement du délai de prescription de dix à quinze ans.

En France comme au Vietnam, la fixation du point de départ du délai de prescription semble être un aspect problématique de la procédure. Cet aspect est d'autant plus problématique en France que le délai est extrêmement court, seulement trois ans contre dix ans au Vietnam.

459. Pour pallier à ces insuffisances, la jurisprudence française a largement recours au principe d'interruption de la prescription¹²⁹⁸. L'article 7 du code de procédure pénale octroie cet effet à tout acte « d'instruction ou de poursuite ». A cette formule, la jurisprudence donne une interprétation particulièrement généreuse. Un simple soi-transmis du procureur à la direction de l'aide sociale à l'enfance afin de s'informer du sort de certaines victimes pour des crimes d'enlèvement est considéré comme un acte interruptif de prescription¹²⁹⁹. De même, toute réquisition du Ministère public est un acte interruptif de prescription, y compris une réquisition tendant à la confirmation d'une ordonnance de non-lieu¹³⁰⁰. Chaque interruption de prescription fait courir un nouveau délai sans qu'il n'existe de délai butoir¹³⁰¹. En matière de corruption, cependant, les possibilités d'interruption de la prescription ne répondent pas

¹²⁹⁵ S. Eastwood, « *Securrency international: Australian authorities charge central bank subsidiaries for corruption* », *Norton Rose Fulbright*, juillet 2011. Article disponible en ligne sur <http://www.nortonrosefulbright.com/ka/knowledge/publications/68338/securrency-international-australian-authorities-charge-central-bank-subsidiaries-for-corruption>.

¹²⁹⁶ Thanh nien news, « Vietnam helps Australia probe banknote graft scandal », *Vietnam Breaking news, Thanh nien news*, 25 octobre 2012.

¹²⁹⁷ C. Pr. Pén. Vn, art. 23.

¹²⁹⁸ J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *op. cit.*, n°11.

¹²⁹⁹ Cass. Crim., 20 février 2002, *Bull. Crim.*, 2002, n°42 ; *Dalloz*, 2002, IR, 1115 ; *JCP G*, 2002, II, 100075, note P. Maistre du Chambon ; *RSC*, 2003, p. 585, note A. Giudicelli.

¹³⁰⁰ Cass. Crim., 27 avril 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°99 ; *JCP G*, 2004, IV, 2266.

¹³⁰¹ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, Lexis Nexis, 8^{ème} édition, 2012, n°1386, p. 916.

entièrement aux besoins de la répression¹³⁰². L'interruption suppose la connaissance des faits. Les pratiques de corruption doivent avant tout sortir de leur obscurité. Si le délai de trois ans n'a pas permis de les découvrir, l'interruption n'est alors d'aucun secours.

Une autre technique est cependant efficace en la matière, il s'agit de l'extension de l'interruption de la prescription aux infractions présentant un lien de connexité avec celles visées par l'acte interruptif¹³⁰³. Ainsi, lorsque des faits de corruption sont connexes à des infractions pour lesquelles un acte de procédure a valablement interrompu la prescription, ils sont également touchés par l'interruption¹³⁰⁴. A ce titre, la jurisprudence interprète largement la notion de connexité. Le simple fait qu'il existe des « rapports étroits analogues » à ceux que la loi a spécialement prévu permet d'établir la connexité¹³⁰⁵.

460. Mais il existe une sérieuse limite à cette extension et à la possibilité d'interrompre la prescription en général. La Cour de Cassation a, en effet, toujours refusé de considérer la plainte simple sans constitution de partie civile comme un acte de poursuite ou d'instruction interruptif de la prescription¹³⁰⁶. Or, en matière de corruption, il n'est pas rare que la victime de l'infraction ne soit pas en mesure de porter plainte avec constitution de partie civile pour la bonne raison qu'elle ignore souvent qu'un acte de corruption a été commis à son préjudice¹³⁰⁷. Dès lors, la découverte des pratiques corruptrices émanera le plus souvent de dénonciations effectuées par des tiers. Ces derniers n'étant pas aptes à se constituer partie civile, c'est souvent sur le fondement d'une plainte simple que des poursuites vont pouvoir être engagées. Cette remarque vaut également pour les infractions réputées connexes à la corruption. Tel est le cas en matière d'abus de biens sociaux. Le 11 juillet 2012¹³⁰⁸, la Haute Juridiction a ainsi considéré qu'en matière d'abus de biens sociaux, une plainte simple adressée au procureur ne constitue pas un acte de poursuite ou d'instruction et n'a pas d'effet interruptif sur la prescription de l'action publique¹³⁰⁹.

461. En droit français, le problème posé par l'extrême brièveté du délai ne peut trouver de palliatif suffisamment satisfaisant sans entraver le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. « *La révision du régime de prescription de la corruption s'impose* »¹³¹⁰. L'allongement du délai serait considérablement favorable à la répression. Il permettrait, en outre, de ne plus avoir « systématiquement » recours à d'autres infractions, telles que l'abus de biens sociaux, pour condamner des agissements corruptifs prescrits. Au-delà de ces constatations internes, un délai plus long doit être prévu pour favoriser la coopération avec des pays étrangers qui prévoient généralement un délai de prescription supérieur à trois ans en matière de corruption. Tel est d'ailleurs le cas du Vietnam, dont le délai minimal est fixé à dix ans. En revanche, se pose la question du point de départ du délai dont une fixation trop précoce pourrait anéantir les avantages d'une prescription décennale.

¹³⁰² J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *op. cit.*, n°11.

¹³⁰³ *Ibid.*, n°12.

¹³⁰⁴ En ce sens, Cass. Crim, 31 mai 2006, pourvoi n°05-82848, inédit ; Cass. Crim, 28 mai 2003, *Bull. Crim.*, 2003, n°108 ; Cass. Crim, 16 mai 2012, *Dalloz*, 2013, p. 1650, obs. C. Mascala.

¹³⁰⁵ Cass. Crim, 28 mai 2003, *Ibid.*

¹³⁰⁶ Cass. Crim, 17 mai 1989, *Bull. Crim.*, 1989, n° 204 ; Cass. Crim, 22 janvier 1990, *Bull. Crim.*, 1990, n°39 ; Cass. Crim, 7 avril 1992, *Bull. Crim.*, 1992, n° 146 ; Cass. Crim, 19 mai 2005, *JCP*, 2005, IV, 2498 ; Cass. Crim, 23 février 2011, *Dalloz actualité*, 29 mars 2011, obs. M. Bombléd.

¹³⁰⁷ Voir *infra* n°539 et 544.

¹³⁰⁸ Cass. Crim, 11 juillet 2012, *Dalloz*, 2012, p. 1965 ; *AJ Pénal*, 2012, p. 555, note J. Gallois ; *Revue des sociétés*, 2012, p. 653, note B. Boulloc ; *RTD com*, 2012, p. 857, obs. B. Boulloc ; *Lamy droit des affaires*, mars 2013, p. 4514, note J. Lasserre Capdeville ; *Bull. Joly*, 2012, p. 741, obs. B. De Lamy ; *Dalloz*, 2013, p. 1650, obs. C. Mascala.

¹³⁰⁹ C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Dalloz*, panorama, 2013, p. 1650.

¹³¹⁰ J. Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *op. cit.*, n°15.

Au-delà des limites posées par le délai de prescription, des entraves aux poursuites peuvent également être constatées dans le cadre de l'enquête. Les infractions de corruption contiennent un grand nombre d'éléments constitutifs, à la fois matériels et intentionnels. Le degré de preuves à la charge des autorités de poursuites est très élevé, de sorte qu'elles ne sont pas toujours en mesure de recueillir les éléments nécessaires à la condamnation des auteurs.

B - Un degré de preuves trop élevé pour les autorités de poursuites

462. En droit pénal, une infraction comprend trois éléments constitutifs. L'élément légal, tout d'abord, ou « principe de légalité », prévoit qu'une personne ne peut être pénalement responsable que pour des agissements constitutifs d'une infraction dans le *corpus* de la loi pénale du territoire sur lequel elle a été commise¹³¹¹. L'élément matériel, ensuite, suppose la réalisation du comportement incriminé et son imputation à une personne déterminée¹³¹². L'élément moral, enfin, revient à prouver que l'auteur d'une infraction avait l'intention de la commettre¹³¹³.

463. En procédure pénale, il appartient au « poursuivant » de prouver la réunion de ces trois éléments. C'est à l'accusation, c'est-à-dire aux autorités de poursuites, qu'il incombe de rechercher les preuves des infractions¹³¹⁴. Cette situation découle de l'adage *actor incubit probatio*¹³¹⁵ mais également et surtout du principe fondamental de la présomption d'innocence. En vertu de ce principe, toute personne sur laquelle repose des soupçons qu'elle ait pu commettre ou tenté de commettre une infraction est présumée innocente jusqu'à ce qu'une décision irrévocable de culpabilité soit passée en force de chose jugée. En conséquence, *c'est le poursuivant qui assume le fardeau*¹³¹⁶ de la preuve puisque le défendeur n'est pas tenu de démontrer son innocence. Le principe de présomption d'innocence régit la procédure pénale en droit français comme en droit vietnamien. En droit vietnamien, c'est un principe constitutionnel intégré à l'article 72 de la constitution vietnamienne. En droit français, le principe a été consacré à l'article préliminaire du code de procédure pénale par la loi du 15 juin 2000¹³¹⁷ mais le Conseil Constitutionnel a depuis longtemps admis sa valeur constitutionnelle¹³¹⁸. La Cour de Cassation a également précisé qu'en vertu de ce principe, la charge de la preuve devait incomber à la partie poursuivante¹³¹⁹, c'est-à-dire, au Procureur de la République¹³²⁰. L'autorité française de poursuite est plus largement dénommée Ministère public¹³²¹.

464. En droit français et vietnamien, l'élément matériel de la corruption se divise en trois actes. Premièrement, l'infraction suppose une *collusion entre deux personnes*¹³²², c'est-à-dire

¹³¹¹ C. Pén., art. 111-3 : « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi » ; C. Pén. Vn., art. 2 : « Une personne n'est pénalement responsable que si elle a commis une infraction définie par le Code pénal. ».

¹³¹² S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, op. cit., n°530, p. 559 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 17^{ème} édition, 2013, n°392, p. 328 ; B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 24^{ème} édition, 2014, n°138, p. 118-119.

¹³¹³ C. Pén., art. 121-3 : « Il n'y a point de crime et de délit sans intention de le commettre » ; C. Pén. Vn., art. 9 : « 1. L'auteur de l'infraction, parfaitement conscient que son acte est dangereux pour la société et informé de ses conséquences, voulait les voir se produire. 2. L'auteur de l'infraction, parfaitement conscient que son acte est dangereux pour la société et informé de ses conséquences, les a laissées sciemment se produire, sans qu'il le veuille. ».

¹³¹⁴ M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, Ellipses, 2^{ème} édition, 2013, n°236, p. 245.

¹³¹⁵ La preuve appartient au demandeur.

¹³¹⁶ J. Pradel, *Procédure pénale*, op. cit., n°392, p. 328.

¹³¹⁷ Cf. M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, op. cit., n°232, p. 243.

¹³¹⁸ C. Const., 19 et 20 janvier 1981, n° 80-127 DC ; C. Const., 8 juillet 1989, n°89-258 DC ; C. Const., 2 février 1995, n°95-360 DC.

¹³¹⁹ Cass. Crim., 22 avril 1993, *Bull. Crim.*, n°84.

¹³²⁰ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, op. cit., n°521, p. 555.

¹³²¹ Cf. notamment, B. Bouloc, *Procédure pénale*, op. cit., n°138, p. 118.

¹³²² En ce sens, M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2013, n°91, p. 74 ; M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 286.

l'établissement d'un pacte corrupteur. Cet élément est toutefois moins essentiel en droit français puisque l'infraction peut être consommée par la simple proposition. Mais lorsque cette dernière est acceptée, l'accord illicite devient un élément constitutif à part entière. Deuxièmement, la corruption suppose le versement ou la réception d'un avantage illicite. Cet avantage peut être de toute nature en droit français, y compris de nature extra-patrimoniale. Ce n'est pas le cas en droit vietnamien pour lequel l'avantage est nécessairement matériel. Troisièmement, l'infraction suppose une contrepartie de la part du corrompu qui se matérialise par un acte ou une abstention entrant dans le cadre de ses fonctions. C'est cette contrepartie que le corrupteur recherche lorsqu'il verse l'avantage. En d'autres termes, le versement de l'avantage et l'agissement du corrompu sont reliés par un *lien de causalité*¹³²³ direct et certain qui n'est autre que le pacte corrupteur.

465. L'élément matériel. En droit français, le législateur a aboli l'exigence d'antériorité du pacte corrupteur. Cette suppression, amorcée par la loi du 30 juin 2000, s'est achevée avec l'adoption de la loi du 17 mai 2011¹³²⁴. Telle évolution s'est opérée dans le but de favoriser la répression et de permettre la condamnation des avantages versés postérieurement à l'acte ou l'abstention de l'agent. Elle n'a pas pour autant remis en cause le lien de causalité présent dans la collusion, même lorsque l'accord est postérieur à l'acte. En droit vietnamien, l'accord précède nécessairement l'acte ou l'abstention. Le législateur considère que l'infraction est consommée dès le moment de la conclusion du pacte corrupteur. Une simple proposition non suivie d'effet ne semble donc pas être condamnable. Le pacte doit nécessairement précéder le versement de l'avantage et la contrepartie attendue du corrupteur pour être condamnable aux termes des articles 279 et 289 du code pénal.

Que la preuve de l'antériorité soit exigée ou non, il est nécessaire dans tous les cas de prouver l'existence d'un pacte corrupteur. Seul cet élément permettra de déterminer que l'avantage versé au corrompu était mu par une volonté spécifique et non un simple « cadeau d'agrément ». Or la question se pose de savoir comment prouver l'existence d'un accord entre deux ou plusieurs personnes par essence secret et verbal ? Lorsque cet accord est express, la seule possibilité est de pouvoir le constater dans le cadre d'une flagrance. Mais cette hypothèse relève d'une véritable prouesse¹³²⁵. C'est d'ailleurs en vertu de la difficulté de prouver un tel accord occulte que le législateur français a progressivement accordé aux enquêtes sur les atteintes à la probité, la possibilité de recourir aux mêmes prérogatives que celles prévues pour la criminalité organisée¹³²⁶. Des officiers spécialement habilités peuvent désormais agir par le biais d'infiltrations ou d'écoutes afin de constater la flagrance¹³²⁷. Mais cet accord peut, parfois, être implicite. Le pacte corrupteur n'est pas toujours conclu par un accord verbal « négocié » avant sa réalisation. Dans ce cas, il faudra déduire l'accord des faits. Tel sera le cas du versement d'espèces ou l'offre d'un présent dont le montant remet nécessairement en cause la neutralité de son destinataire. La preuve du pacte corrupteur est donc extrêmement difficile à apporter. Lorsque la preuve de son antériorité par rapport aux agissements du corrompu est exigée, cela relève dès lors de l'impossible. Comment prouver la date exacte d'un accord et être certain qu'il a été préalable à tout agissement de la part de ses auteurs ? Sauf à le constater en flagrant délit, cela est impossible.

¹³²³ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 74 et M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., 2013, n°96, p. 77.

¹³²⁴ Voir supra n°85.

¹³²⁵ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », op. cit., p. 201.

¹³²⁶ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°466, p. 181-182 ; V. Lemoine, « Les aspects policiers de la lutte contre la corruption », op. cit., p. 24.

¹³²⁷ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », op. cit., p. 201.

466. Lorsqu'un avantage a été effectivement versé au corrompu, les autorités de poursuites se trouvent également dans l'obligation d'en apporter la preuve. Cette opération est très complexe. Pour ce faire, il est nécessaire de « tracer » le produit de la corruption perçu par le corrompu. Cela revient donc à se confronter aux difficultés déjà soulevées liées à la liquidité des avantages et à leur blanchiment¹³²⁸. Lorsque des avantages ont pu être révélés, une opération de qualification s'avère en outre nécessaire. Cette opération revêt moins d'importance en France puisque l'infraction englobe toutes les catégories d'avantages, mêmes immatériels et extra-patrimoniaux. Ce n'est pas le cas du droit vietnamien qui n'incrimine, au titre de l'avantage corruptif, que les « biens, sommes et avantages matériels »¹³²⁹. Les services d'enquête devront alors qualifier l'avantage pour déterminer s'il entre dans le champ d'application de l'infraction.

467. Lorsque l'avantage a été perçu par un agent, il faut ensuite prouver que les agissements de ce dernier sont déterminés par cette forme de rémunération. En d'autres termes, les autorités de poursuites doivent également prouver qu'en vertu du lien de causalité qui relie l'avantage aux agissements du corrompu, le destinataire a effectivement agi en conséquence et en faveur du corrupteur. Cette preuve peut être difficile à apporter, surtout lorsque les actes du corrompu entrent parfaitement dans ses fonctions et ne sont pas manifestement injustes à l'égard des tiers. Ni la France ni le Vietnam n'ont établi de présomption de corruption à l'égard de leurs fonctionnaires recevant un don ou un cadeau. Une telle présomption existe pourtant dans d'autres législations, notamment celle de la Grande Bretagne, qui l'a prévu dans son « *Prevention of corruption Act* » de 1916¹³³⁰. La reconnaissance de cette présomption de culpabilité allégerait pourtant considérablement la charge de la preuve appartenant aux autorités de poursuites. Elle reviendrait à obliger l'agent à prouver que la réception du don n'avait aucun lien avec ses agissements. Elle permettrait dans le même temps d'alléger la difficulté relative à l'établissement du pacte corrupteur, notamment lorsque celui est implicite ou postérieur aux agissements du corrompu. La Grande Bretagne est d'ailleurs allée encore plus loin puisque le « *UK Bribery Act* » adopté en 2010 établit des présomptions analogues en matière de corruption privée. En ce sens, l'entreprise, personne morale, est présumée auteur de corruption lorsqu'un de ses membres a réalisé des actes de corruption pour son compte. L'entreprise ne sera en mesure de se dégager de sa responsabilité pénale qu'en apportant la preuve qu'elle avait pourtant pris toutes les mesures adéquates pour prévenir les pratiques corruptrices en son sein¹³³¹.

Si le Vietnam ne semble pas accepter l'établissement de présomptions de culpabilités portant sur l'élément matériel d'une infraction, aussi « simples » fussent-elles, ce n'est pourtant pas le cas de la France. Rappelons que le droit français accepte leur établissement dans la limite où elles sont susceptibles de preuves contraires. Cette légitimité a d'ailleurs été reconnue par la CEDH mais aussi par le Conseil Constitutionnel à la condition qu'il ne puisse s'agir que de présomptions simples¹³³². Il est alors curieux que le législateur n'ait pas souhaité favoriser la répression de la corruption par l'établissement de présomptions analogues à celles appliquées en droit britannique.

¹³²⁸ Voir *supra* n°392 et s.

¹³²⁹ C. Pén. Vn., art. 279.

¹³³⁰ Grande Bretagne, *Prevention of corruption Act*, 1916, section 2, c 64. La loi est disponible en ligne sur <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/6-7/64/section/2>.

¹³³¹ C. Dargham, avocat, « la corruption dans tous ses Etats », *Les Echos*, 27 juin 2013.

¹³³² Voir *supra* n°352.

La preuve de l'élément matériel de l'infraction est nécessaire mais insuffisante à une condamnation effective des auteurs. Les autorités de poursuites doivent également imputer cet élément à personne déterminée et prouver son intention frauduleuse.

468. L'imputabilité. Lorsque les éléments matériels de l'infraction de corruption ont été établis, encore faut-il les imputer à leur auteur pour pouvoir engager des poursuites à son égard. En d'autres termes, l'accusation doit prouver que le fait matériel de l'infraction est bien l'œuvre de celui qui est poursuivi¹³³³. Or cette opération paraît moins aisée qu'elle n'y paraît. A titre d'exemple, s'il peut être aisé de prouver qu'un véhicule roulait à une vitesse bien supérieure à celle fixée par la loi pénale, il peut paraître en revanche moins aisé de l'imputer à un conducteur déterminé¹³³⁴. La problématique est la même en matière de corruption. Dans certaines situations, les autorités de poursuites seront en mesure de prouver les éléments matériels de la corruption sans pour autant pouvoir en déterminer les auteurs. Il n'est pas rare que leurs identités soient effectivement dissimulées derrière des mécanismes garantissant leur anonymat comme l'utilisation de sociétés-écrans ou de prête-noms. En ce qui concerne les prête-noms, il ne faut d'ailleurs pas compter sur leurs aveux pour identifier le bénéficiaire effectif, véritable auteur de la corruption, puisque leur rémunération est justement la contrepartie de leur silence et du risque pénal encouru¹³³⁵

469. L'intention. Lorsque l'infraction a pu être imputée à un suspect déterminé, les autorités doivent apporter la preuve de l'élément moral de l'infraction¹³³⁶. En France et au Vietnam, les infractions sont nécessairement intentionnelles de sorte que la preuve doit également être rapportée par l'accusation. Le droit français assouplit néanmoins cette exigence par l'établissement fréquent de présomptions. La jurisprudence n'hésite pas à déduire l'élément intentionnel des circonstances de fait¹³³⁷ en raison du lien étroit qui existe entre ces deux éléments¹³³⁸. Ainsi, la Cour de Cassation n'hésite-t-elle pas à considérer que « *la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3 alinéa 1 du Code pénal* »¹³³⁹. Mais ces présomptions ne valent que pour le dol général qui est l'intention de se comporter en violation de la loi pénale. Or, les infractions de corruption nécessitent également un dol spécial. Pour la corruption active, le corrupteur verse l'avantage dans le but d'obtenir un traitement de faveur de la part du corrompu. Pour la corruption passive, le corrompu manque à ses devoirs de probité dans le but d'obtenir quelconque avantage, le plus souvent lui permettant de s'enrichir. La preuve de cet élément intentionnel spécifique ne peut aussi aisément se déduire des circonstances de fait. C'est justement cette intention qui distinguera l'avantage constitutif d'une corruption d'un simple cadeau d'agrément. En l'absence de présomption de corruption établie à l'égard de l'agent corrompu, il revient aux autorités de poursuites de rapporter la preuve de ce dol spécial. Pour ce faire, il sera donc fondamental de prouver l'existence d'un pacte corrupteur. Seule la révélation de l'accord illicite permettra de prouver l'intention des auteurs. L'exercice devient dès lors encore plus difficile lorsque le corrupteur a refusé la proposition de l'accord. Comment prouver que l'agissement du corrompu est déterminé par le refus de la part du

¹³³³ B. Bouloc, *Procédure pénale, op. cit.*, n°138, p. 119.

¹³³⁴ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 531, p. 559.

¹³³⁵ C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *op. cit.*, p. 80 ; C. Mascala « Le blanchiment, les évolutions du blanchiment », *op. cit.* ; C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », *op. cit.*, n°16.

¹³³⁶ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale, op. cit.*, n°532, p. 559 ; M.-L. Rassat, *Procédure pénale, op. cit.*, n°237, p. 246 ; J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit.*, n°392, p. 329 ; B. Bouloc, *Procédure pénale, op. cit.*, n°139, p. 120.

¹³³⁷ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale, Ibid.*

¹³³⁸ B. Bouloc, *Procédure pénale, op. cit.*, n°140, p. 120.

¹³³⁹ Cass. Crim, 11 mai 1995, pourvoi n°94-82748, inédit.

corrupteur ? Comment apporter la preuve de la proposition refusée et non suivie d'effet ? Ces interrogations sont d'autant plus pertinentes du point de vue du droit vietnamien. La corruption est si répandue sur le territoire qu'il n'est plus nécessaire de « verbaliser » l'accord. Tout individu sait que s'il souhaite obtenir quelque autorisation ou certificat dans le délai légalement imparti, il doit nécessairement verser un avantage sous forme d'espèces ou de présents. En matière commerciale, l'investisseur qui ne verse aucune commission sait qu'il n'a aucune chance d'obtenir ou de conserver un marché. Pour autant, comment apporter la preuve qu'une telle élimination ou que le retard dans l'obtention d'un document est dû au refus de corrompre ?

Toutes ces difficultés paraissent difficilement surmontables. Pourtant ces preuves sont essentielles à la répression. L'établissement d'un certain degré de présomptions de culpabilité consistant en un renversement de la charge de la preuve sur les auteurs¹³⁴⁰ pourrait donc s'avérer salvateur en matière de corruption. Rappelons que cette charge de la preuve se place déjà dans un contexte peu favorable à la répression. D'une part, les activités de corruption doivent être au préalable détectées, ce qui relève déjà d'une véritable prouesse. D'autre part, les enquêteurs sont astreints à des contraintes de temps. La brièveté de la prescription se pose ici en véritable ennemi de la répression.

En outre, même lorsque les activités de corruption ont pu être détectées et prouvées, des entraves tenant à la qualité de leurs auteurs peuvent faire obstacle à toute poursuite. C'est le cas, par exemple, lorsque l'auteur est protégé par une immunité.

§2 – LES ENTRAVES TENANT A LA QUALITE DES AUTEURS DE CORRUPTION

470. Lorsque des pratiques corruptrices sont détectées et peuvent être prouvées dans le délai imparti, des poursuites peuvent logiquement être engagées à l'encontre de leur auteur. Ce n'est qu'à l'issue de cette phase qu'une condamnation effective sera prononcée. Mais il existe encore à ce stade des obstacles pouvant en réalité rendre toute possibilité de poursuite impossible.

Il n'est pas rare, d'abord, que les délits de corruption soient commis par de hauts représentants, voir par des dirigeants étatiques. Par conséquent, le régime d'immunité dont ils sont susceptibles de bénéficier représente un frein à leur condamnation (A).

Il n'est pas rare, ensuite, que les activités de corruption internationales soient commises par des personnes étrangères situées en dehors du territoire. Même si ces auteurs ne bénéficient pas d'immunités, les poursuites peuvent s'avérer impossibles en raison de leur nationalité (B).

A -Le régime des immunités, un frein à la condamnation de certains auteurs de corruption

471. Le constat est simple, à échelle tant nationale qu'internationale, l'impact des immunités¹³⁴¹ sur l'efficacité de la répression des activités de corruption est particulièrement négatif. Cela tient évidemment aux particularités de la corruption, notamment de la corruption

¹³⁴⁰ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 535, p. 561.

¹³⁴¹ Cf. M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 702.

passive qui ne peut se commettre que si l'auteur détient un pouvoir de décision. C'est ce pouvoir que le corrupteur recherche et qui sera susceptible d'être échangé contre rémunération. Il n'est donc pas rare que les activités de corruption soient réalisées par les plus hauts représentant étatiques. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le GAFI a pris le parti d'identifier les fameuses Personnes Politiquement Exposées (PPE) comme représentant, à son sens, un « *risque de corruption plus élevé en raison de leurs fonctions* »¹³⁴².

472. Mais s'il s'agit d'un fait avéré, le droit international ne semble pas pour autant prêt à déroger à ce qui peut s'apparenter comme un attribut de souveraineté. A ce titre, l'incrimination de la corruption passive transnationale par la Convention de Mérida ne contrevient pas au principe. Le Guide législatif précise clairement que l'infraction ne porte pas « *atteinte aux immunités dont les agents publics étrangers ou les fonctionnaires d'organisations internationales publiques peuvent jouir conformément au droit international* »¹³⁴³. La portée de l'incrimination s'en trouve considérablement réduite.

473. La notion d'immunité peut se définir comme une prérogative au bénéfice d'une catégorie définie de personnes et qui empêche toute possibilité de poursuites judiciaires à leur égard. L'immunité n'est pas directement un obstacle à l'exercice, par un juge, de sa compétence mais entraîne une fin de non-recevoir ou une cause d'irrecevabilité¹³⁴⁴. Ainsi, ses effet vont se situer au niveau procédural et empêchera toute étude de l'affaire au fond.

De nos jours, étant donné l'internationalisation incontestable des activités de corruption¹³⁴⁵, la répression se confronte à deux catégories d'immunités : les immunités internes dont bénéficient certains ressortissants nationaux et les immunités étrangères lorsque les activités ont été commises par des ressortissants étrangers. Mais si les immunités internes ne représentent qu'une entrave relative aux poursuites pouvant dans certains cas être retirées au bénéfice de la répression(1), les immunités étrangères en revanche, représentent une entrave absolue aux poursuites puisque qu'il est de coutume qu'un Etat ne puisse jamais juger un autre Etat(2).

1. Le régime des immunités internes, une entrave relative aux poursuites

474. En droit français, trois fonctions politiques sont soumises à un statut particulier en matière de responsabilité pénale. Ces régimes spécifiques sont inscrits dans la Constitution de la V^{ème} République du 4 octobre 1958.

475. Le Président de la République. Traditionnellement, en France, le chef de l'Etat bénéficie d'une immunité pénale née avec la monarchie constitutionnelle de 1791¹³⁴⁶. Jusqu'en 2007, l'article 68 de la Constitution énonçait : « *Le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant ; il est jugé par la Haute Cour de justice* ». Ce texte appelait deux observations.

¹³⁴² GAFI, « Les recommandations du GAFI 2012 – informations pour les médias », *GAFI*, 16 février 2012, p. 2.

¹³⁴³ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §211, p. 90.

¹³⁴⁴ E. David, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, coll. Précis de la Faculté de droit, Université Libre de Bruxelles (ULB), 2009, n° 1.2.3, p. 57-58.

¹³⁴⁵ En ce sens, B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion*, *op. cit.*, p. 5-8 ; J. Tricot, « La corruption internationale », *op. cit.* ; M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.* ; B. Fillion-Dufouleur, « La lutte contre la corruption dans le commerce international. – La convention OCDE du 21 novembre 1997 et le projet de loi français de transposition », *op. cit.*

¹³⁴⁶ J. Pradel, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°230, p. 187.

D'une part, le Président bénéficiait, en principe, d'une immunité absolue lorsqu'il agissait dans l'exercice de ses fonctions. Mais à ce postulat, deux thèses s'affrontaient¹³⁴⁷. Pour les pénalistes, le chef de l'Etat n'était irresponsable que pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. Il demeurait donc pénalement responsable pour les actes accomplis en dehors de l'exercice ses fonctions *en tant qu'individu ordinaire*¹³⁴⁸ et *a fortiori* des infractions qu'il avait pu commettre avant son entrée en fonctions. Cela ressortait de l'adage « *si le président est irresponsable, l'individu est responsable* »¹³⁴⁹. Pour les libéraux et les publicistes, l'expression « dans l'exercice de ses fonctions » signifiait « pendant l'exercice de ses fonctions ». Si l'individu était responsable, la fonction, elle, était protégée et le président « *aussi longtemps qu'il [était] en fonction [était] irresponsable pour tous ses actes autre que de haute trahison* »¹³⁵⁰. Dès lors le président ne pouvait être inquiété durant son mandat que du crime de haute trahison et jugé à ce titre par la Haute Cour de justice. Il ne pouvait être inquiété pour les infractions de droit commun. Au grand damne des pénalistes, c'est cette dernière thèse qui a triomphé, confirmée par une double jurisprudence. Le Conseil Constitutionnel s'est en premier positionné en faveur d'une irresponsabilité pénale absolue du chef de l'Etat, sauf pour le crime de haute trahison¹³⁵¹. Cette position a été confirmée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 10 octobre 2001 rendu en Assemblée Plénière¹³⁵².

D'autre part, comme souligné, le président n'était en aucun cas protégé en cas de haute trahison¹³⁵³. Ce crime engageait sa responsabilité pénale et entrainait dans la compétence de la Haute Cour de Justice. Mais cette infraction n'était définie ni dans le code pénal ni dans la Constitution. Il était alors impossible de déterminer précisément les limites de l'irresponsabilité pénale du président pendant la durée de ses fonctions.

476. Le régime de l'immunité du Président de la République française a fait l'objet d'une modification lors de la révision constitutionnelle du 19 février 2007¹³⁵⁴. Le législateur de 2007 distingue désormais nettement l'aspect pénal de la responsabilité du chef de l'Etat de son aspect politique¹³⁵⁵. La réforme entérine largement la thèse publiciste énoncée précédemment. L'article 67 de la constitution énonce clairement que le Président de la République bénéficie d'une inviolabilité totale de juridiction pendant toute la durée de son mandat¹³⁵⁶. Il est donc totalement irresponsable pendant toute la durée de ses fonctions, y compris pour les infractions commises avant son entrée en fonction. Rien ne lui interdit, en revanche, de déposer comme témoin ou de remettre des pièces à la justice. Mais cette irresponsabilité n'a pas pour objectif de permettre au chef de l'Etat de se soustraire définitivement à la justice. L'article 67 de la Constitution précise à ce titre que le délai de prescription est suspendu en conséquence et que les poursuites pénales contre le Président pourront reprendre passé le délai d'un mois après la cessation de ses fonctions. En outre, la

¹³⁴⁷ Comparaison des points de vue différents de G. Carcassonne (constitutionaliste) et J.-H. Robert (pénaliste) au Congrès de l'Association française de droit pénal tenu à Nice en mai 2003

¹³⁴⁸ En ce sens, S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, op. cit., n°1453, p. 945.

¹³⁴⁹ J. Pradel, *Procédure pénale*, op. cit., n°230, p. 187.

¹³⁵⁰ G. Carcassonne, *La constitution, Le seuil*, 1996, p. 277.

¹³⁵¹ C. Constit., 22 janvier 1999, n°98-408, DC, « Décision relative au traité portant statut de la Cour pénale internationale », *JORF*, 24 janvier 1999, p. 1317 ; *Dalloz*, 1999, p. 285, note P. Chrestia ; *Dalloz*, 2000, somm., p. 111. Obs. M.-H. Gozzi ; *Dalloz*, 2000, p. 196, obs. S. Scortitino-Bayart ; *RSC*, 1999, p. 614, obs. A. Giudicelli.

¹³⁵² Cass. Ass.Plén., 10 octobre 2001, *Bull. Crim.*, 2001, n°206 ; *JCP G*, 2002, II, 10024, note C. Franck ; *Dalloz*, 2002, p. 237, note C. Debbash ; *Dalloz*, 2002, p. 674, note J. Pradel.

¹³⁵³ J. Pradel, *Procédure pénale*, op. cit., n°230, p. 187.

¹³⁵⁴ Loi constitutionnelle, n° 2007-238, « Loi portant modification du titre IX de la Constitution », 23 février 2007, *JORF*, n°47, 24 février 2007, p. 3354.

¹³⁵⁵ J. Pradel, *Procédure pénale*, op. cit., n°231, p. 185.

¹³⁵⁶ Constitution du 4 octobre 1958, art. 67 : « Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu. Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions. ».

notion jugée obsolète¹³⁵⁷ de « haute trahison » a été remplacée par celle de « *manquement manifeste à ses devoirs incompatible avec l'exercice de son mandat* »¹³⁵⁸. Les pouvoirs de Parlement réuni en Haute Cour ont été modifiés. Cette formation n'a plus le pouvoir de juger directement le Président de la République qui aurait manifestement manqué à ses devoirs. Elle décidera uniquement de sa destitution qui aura pour effet immédiat de mettre fin à ses fonctions et de lui retirer l'immunité dont il bénéficie. Ce seront ensuite les juridictions de droit commun qui seront compétentes pour juger des infractions commises par l'ancien Président¹³⁵⁹. La question s'est posée de savoir si ce régime d'immunité devait être étendu à ses proches collaborateurs, en particulier à son directeur de cabinet. La Cour de Cassation, en censurant une décision de la Chambre de l'Instruction, a répondu par la négative dans un arrêt du 19 décembre 2012¹³⁶⁰. Elle énonce en des termes on ne peut plus clairs : « *aucune disposition constitutionnelle, légale ou administrative ne prévoit l'immunité ou l'irresponsabilité pénale des membres du cabinet du président de la République* »¹³⁶¹.

477. En matière de corruption, deux solutions sont envisageables. Si cette infraction est jugée comme une infraction de droit commun, le Président de la République qui s'en est rendu coupable sera considéré comme irresponsable pendant toute la durée de son mandat. Mais il ne pourra définitivement se soustraire à la justice puisque la prescription triennale sera suspendue pendant toute la durée de l'irresponsabilité. Même tardivement, une condamnation sera envisageable et cela vaut également pour les actes commis avant l'entrée en fonction. Si cette infraction est en revanche considérée comme un « manquement manifeste à ses devoirs incompatible avec l'exercice de son mandat », le Parlement réuni en Haute Cour pourra décider de la destitution du Président qui, de ce fait, perdra le bénéfice de son immunité et pourra être jugé comme tout individu devant les juridictions de droit commun. Sauf à considérer que l'acte de corruption, notamment passive, est un acte entrant dans le cadre des fonctions du chef de l'Etat, ce dernier ne pourra jouir éternellement de son inviolabilité. Etant donné la gravité que représente un tel agissement, il est fort à espérer que la corruption ne pourra jamais être considérée comme telle. D'un point de vue purement répressif, la corruption devrait d'ailleurs être considérée *ipso facto* comme un manquement manifeste au devoir d'un Président et entraîner sa destitution automatique. En effet, si la corruption ne pouvait pas nécessairement être considérée comme de la haute trahison avant 2007, elle représente à notre sens un manquement manifeste aux devoirs d'un chef d'Etat qui se doit de représenter les valeurs d'intégrité et de probité d'un pays.

478. Les Ministres. Contrairement au Président de la République, les membres du gouvernement c'est-à-dire les Ministres de la République, ne bénéficient pas d'une immunité totale de juridiction. L'article 68-1 de la Constitution prévoit que les Ministres sont responsables pénalement pour « *tous les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés de crimes ou de délits au moment où ils ont été commis* ». Ils bénéficient cependant d'un régime particulier. Pour ce faire, deux situations sont à distinguer. Les infractions commises avant l'entrée en fonction ne peuvent tomber sous le coup d'aucune irresponsabilité. Le principe d'invulnérabilité n'est pas applicable aux membres du gouvernement de sorte qu'ils restent responsables devant les juridictions de droit commun pendant toute la durée de leur mandat pour les infractions commises avant le début de leurs fonctions. Pour les infractions commises pendant l'exercice de leur fonction, les Ministres ne

¹³⁵⁷ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, op. cit., n°1453, p. 947.

¹³⁵⁸ Constitution du 4 octobre 1958 (op. cit.), art. 68.

¹³⁵⁹ Assemblée Nationale (A.N.), « Fiche de synthèse n°2 : le Président de la République », A.N., 15 avril 2014, site officiel de l'AN.

¹³⁶⁰ Cass. Crim., 19 décembre 2012, *Bull. Crim.*, 2012, n°285 ; *Dalloz*, 2013, p. 89 et 551, note O. Décima et S. Detraz ; *AJDA*, 2013, p. 8 ; *Dalloz*, 2013, p. 2713, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi et S. Mirabail.

¹³⁶¹ G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi et S. Mirabail, « Droit pénal », *Dalloz*, panorama, 2013, p. 2713.

bénéficient pas d'immunité. Ils ne peuvent, en revanche, être déférés devant les juridictions de droit commun. Seule la Cour de Justice de la République est compétente pour connaître de ces infractions¹³⁶². Cette juridiction spéciale reste d'ailleurs compétente après la cessation des fonctions si les actes reprochés ont été commis pendant la durée du mandat¹³⁶³.

Lorsqu'un membre du gouvernement se rend coupable de corruption, il n'est donc protégé par aucune immunité. Il est pénalement responsable et pourra être jugé devant les juridictions de droit commun si l'acte a été commis avant l'entrée en fonction ou devant la Cour de Justice de la République si l'acte a été commis pendant l'exercice des fonctions.

479. Les parlementaires. Comme pour le régime applicable au Président de la République, l'article 26 de la Constitution prévoit une irresponsabilité et une inviolabilité des parlementaires. Elles sont toutefois plus restreintes que celles du Président.

L'irresponsabilité, premièrement, est applicable aux opinions émises par les parlementaires dans l'exercice de leurs fonctions¹³⁶⁴. A ce titre, l'article 26 de la Constitution énonce « *qu'aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions* ». Cette irresponsabilité est absolue et définitive. Si des infractions ont été commises à l'occasion des opinions ou des votes émis, elles ne pourront jamais faire l'objet d'aucune poursuite pénale¹³⁶⁵. Mais cette immunité est doublement restreinte. Elle est restreinte aux seules opinions et votes émis par le parlementaire et aux seuls actes de la fonction parlementaire effectués dans l'enceinte des assemblées parlementaires, lors des séances publiques, au sein de l'hémicycle ou au sein de commissions¹³⁶⁶. L'immunité ne joue pas, par exemple, lorsqu'un parlementaire rédige un rapport en qualité de chargé de mission nommé par le Premier Ministre¹³⁶⁷. L'irresponsabilité est très encadrée et ne peut être étendue aux potentielles infractions de corruption qu'un parlementaire pourrait être amené à commettre.

L'inviolabilité, deuxièmement, tend à éviter que l'exercice du mandat ne soit entravé par certaines actions pénales visant les actes accomplis par les députés en tant que simples citoyens¹³⁶⁸. Mais contrairement à l'inviolabilité présidentielle quasi absolue, l'inviolabilité parlementaire ne vise qu'à réglementer les actions pénales pour les actes étrangers aux fonctions. Avant la réforme constitutionnelle de 1995¹³⁶⁹, l'inviolabilité consistait en l'interdiction d'engager tout acte de poursuite ou arrestation d'un parlementaire sans l'autorisation de l'Assemblée Nationale, sauf en cas de flagrant délit. En l'absence d'un tel accord, aucune poursuite ne pouvait donc être engagée même pour des actes étrangers aux fonctions, tels que des activités de corruption. La loi constitutionnelle de 1995 a modifié l'article 26 al. 2 de la constitution¹³⁷⁰ afin de restreindre le champ d'application de

¹³⁶² Constitution du 4 octobre 1958, art. 68-1 ; Cf également B. Bouloc, *Procédure pénale, op. cit.*, n°601, p. 519-520.

¹³⁶³ Nous pouvons prendre l'exemple ici, bien qu'il ne s'agisse pas directement d'une affaire de corruption, de l'affaire dite « *Tapie* » et des remises en cause relatives au jugement d'arbitrage qui avait été à son avantage. Dans cette affaire, des soupçons pèsent, notamment, sur l'ancienne Ministre de l'économie, Madame Christine Lagarde qui aurait favorisé la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage. Contrairement aux autres personnes soupçonnées et entendues devant les juridictions d'instruction de droit commun, Mme Lagarde, alors Ministre au moment des faits, a été entendue par la Cour de Justice de la République.

¹³⁶⁴ J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit.*, n°232, p. 189 ; B. Bouloc, *Procédure pénale, op. cit.*, n°715, p. 607 ; S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale, op. cit.*, n°1455, p. 949.

¹³⁶⁵ J. Pradel, *Ibid.*

¹³⁶⁶ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale, op. cit.*, n°1455, p. 949.

¹³⁶⁷ Cass. Crim, 12 août 1987, pourvoi n°86-96533 ; A. N., « L'immunité parlementaire », A.N., Site officiel, rub. Connaissance de l'Assemblée Nationale.

¹³⁶⁸ *Ibid.*

¹³⁶⁹ Loi constitutionnelle, n° 95-880, « Loi portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires », 4 août 1995, *JORF*, n°181, 5 août 1995, p. 11744.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, art. 7.

l'inviolabilité. Depuis lors des poursuites peuvent être engagées contre un parlementaire sans qu'il n'y ait plus besoin d'autorisation de la part de l'Assemblée Nationale. En revanche, l'intéressé ne peut faire l'objet d'aucune arrestation ni mesure restrictive ou privative de liberté qu'avec l'autorisation du Bureau de l'Assemblée Nationale. Cette autorisation n'est cependant pas nécessaire en cas de crime, de flagrant délit ou de condamnation définitive.

Depuis cette date, l'inviolabilité du parlementaire résulte d'une seule « inviolabilité physique ». Elle n'entrave en rien le déclenchement de poursuites à l'encontre d'un parlementaire. Elle est par ailleurs soumise à des limites non négligeables puisqu'elle ne joue plus en cas de crime, de flagrant délit ou lorsque le parlementaire fait l'objet d'une condamnation définitive. En dehors de ces dérogations, des activités de corruption pourront être jugées comme suffisamment graves pour que le Bureau de l'Assemblée Nationale décide de la levée de l'inviolabilité.

480. En France, les régimes des immunités présidentielles et parlementaires représentent donc un frein relatif aux poursuites. D'abord, les conditions relatives à la levée des immunités semblent aller constamment dans le sens de l'assouplissement afin que les infractions commises par les dirigeants puissent également être jugées et condamnées. Ensuite, lorsque l'immunité est quasi-absolue, le délai de prescription est suspendu en conséquence pendant toute la durée du mandat de sorte que le dirigeant ne peut définitivement se soustraire à sa responsabilité pénale. Mais pour que la répression des activités de corruption puisse être pleinement efficace, ces infractions doivent être reconnues comme un manquement grave aux devoirs d'un représentant étatique pour lequel aucune irresponsabilité ou inviolabilité ne serait susceptible de jouer.

481. En droit vietnamien, la constitution de 1992¹³⁷¹ établit un régime d'immunité à l'égard des parlementaires. L'article 99 de la constitution énonce qu'aucun « *membre de l'Assemblée Nationale ne peut être poursuivi ou arrêté sans l'accord de l'Assemblée Nationale* ». En outre, « *Si un membre de l'Assemblée Nationale est mis en garde à vue en cas de crime ou de délit flagrant, l'autorité à l'origine de la garde à vue doit en rendre compte sans délai à l'Assemblée Nationale [...] qui va examiner et prendre une décision* ». Plusieurs observations peuvent être formulées.

482. Le législateur vietnamien ne fait aucune distinction entre l'irresponsabilité pénale des parlementaires pour les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions et l'inviolabilité temporaire pendant la durée de leur mandat pour les infractions étrangères aux fonctions. Quel que soit le cadre, toute procédure est soumise à autorisation de l'Assemblée Nationale. Le régime vietnamien des immunités semble donc, sur ce point, plus sévère que celui établi en France.

483. L'immunité semble en outre plus étendue qu'en droit français concernant les actes étrangers aux fonctions. Alors que le droit français n'institue qu'une inviolabilité physique relative aux mesures restrictives ou privatives de libertés soumises à autorisation, le droit vietnamien semble instituer une inviolabilité totale. Il ressort de l'article 99 de la Constitution qu'aucun acte de poursuite ne peut être engagé à l'encontre d'un parlementaire sans autorisation de l'Assemblée Nationale. Cela vaut pour toutes les infractions, y compris les plus graves. Une interrogation subsiste quant à savoir s'il s'agit ici d'une simple inviolabilité ou d'une responsabilité soumise à condition. En d'autres termes, la question se pose de savoir si en cas de refus de l'Assemblée Nationale de lever l'immunité du parlementaire, ce dernier

¹³⁷¹ Constitution de la République socialiste du Vietnam, 15 avril 1992 amendée par la Résolution n°51/2001/ du 25 décembre 2001.

peut encore faire l'objet de poursuites après la cessation de ses fonctions et si, en conséquence, le délai de prescription est suspendu pendant toute la durée de l'inviolabilité. L'article 99 de la Constitution semble mettre en place une véritable irresponsabilité pour les actes commis pendant la durée du mandat parlementaire. Si l'Assemblée Nationale ne donne pas l'autorisation exigée, il semble que les poursuites doivent tout simplement être abandonnées. Mais, pour les actes commis avant l'entrée en fonction, il ne s'agirait que d'une inviolabilité et des poursuites pourraient être engagées à l'issue du mandat. La personne n'avait, en effet, pas la qualité de parlementaire au moment de la commission de l'infraction. Il n'existe aucune raison pour qu'il ne puisse pas être condamné pour des actes commis en dehors du cadre de ses fonctions.

484. L'article 99 prévoit une exception à l'immunité parlementaire relative à la commission d'un « *crime ou délit* » flagrant. Lorsqu'un parlementaire est surpris à commettre une infraction dans le cadre d'une flagrante, l'autorisation *a priori* de l'Assemblée Nationale n'est plus requise. L'article précise à cet effet que les autorités responsables de l'arrestation du parlementaire doivent informer *a posteriori* l'Assemblée Nationale qui sera en charge de prendre une décision. Mais quelle est la portée de cette décision que doit prendre l'Assemblée dans cette situation ? A-t-elle la possibilité de refuser la levée de l'immunité du parlementaire et de mettre fin à la procédure de flagrante ? Aucune précision ne peut malheureusement être apportée sur ce point.

485. La Constitution ne prévoit aucun autre régime d'immunité. Le Président de la République ne semble pas bénéficier d'aucun régime spécifique attaché à sa qualité. Néanmoins, en vertu des articles 102¹³⁷² et 107¹³⁷³ de la Constitution, le Président de la République Socialiste du Vietnam et le Vice-Président sont nommés par l'Assemblée Nationale parmi ses membres. En tant que parlementaires, ils bénéficient donc des mêmes prérogatives et sont soumis au régime de l'article 99 de la Constitution.

486. Comme en France, le régime vietnamien des immunités n'est pas absolu. Les immunités internes représentent donc, dans les deux Etats, des entraves relatives à la répression des infractions de corruption. Mais il apparaît que la levée des immunités est soumise, dans les deux pays, à autorisation. Il reste donc à espérer que la corruption soit perçue comme un manquement suffisamment grave pour que les dirigeants internes soient déclarés pénalement responsables devant les juridictions nationales. Pour ce faire, il est important de faire de la lutte contre la corruption une grande cause nationale¹³⁷⁴ pour laquelle la répression doit être absolue. Malheureusement, les activités de corruption sont encore aujourd'hui régulièrement banalisées de sorte qu'elles ne sont pas véritablement perçues comme une trahison de la part du dirigeant qui s'en est rendu coupable. La crainte que la corruption ne soit pas toujours considérée à la hauteur de sa gravité figure d'ailleurs expressément dans la lettre de l'article 30 de la Convention des Nations Unies contre la corruption¹³⁷⁵. Par ces dispositions, la Convention cherche à prévenir les Etats parties du risque que certaines catégories d'agents publics puissent se soustraire aux poursuites par la grâce des avantages qu'offrent leurs fonctions et de l'aspect particulièrement dommageable « *à la légitimité de la stratégie globale*

¹³⁷² *Ibid.*, art. 102 : « Le Président de l'Etat est élu par l'Assemblée Nationale parmi ses membres. Il est responsable devant l'Assemblée Nationale et doit lui rendre compte de ses activités ».

¹³⁷³ *Ibid.*, art. 107 : « Le Vice-Président de l'Etat est élu par l'Assemblée Nationale parmi ses membres ».

¹³⁷⁴ Terme utilisé par l'ONG Transparency International ; in Transparency International France (TI France), *Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence la démocratie avance, op. cit.*

¹³⁷⁵ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 30 : « Chaque Etat Partie prend les mesures nécessaires pour établir ou maintenir, conformément à son système juridique et à ses principes constitutionnels, un équilibre approprié entre toutes immunités ou tous privilèges de juridiction accordés à ses agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, et la possibilité, si nécessaire, de rechercher, de poursuivre et de juger effectivement les infractions établies conformément à la présente Convention. ».

de lutte contre la corruption »¹³⁷⁶ que représentent les régimes d'immunités. Le texte incite donc à considérer les infractions de corruption comme une cause grave justifiant la levée de toute immunité.

Malgré tout, les immunités internes ne représentent pas l'entrave la plus significative aux poursuites. L'incrimination de la corruption transnationale implique, pour l'Etat concerné, de se confronter désormais à un régime d'immunités bien plus absolu, celui applicable aux représentants d'Etats étrangers.

2. Les immunités applicables aux étrangers, une entrave absolue aux poursuites

487. Depuis l'incrimination du délit de corruption passive transnationale en 2007¹³⁷⁷, la France se reconnaît compétente pour juger et condamner tout fonctionnaire étranger ou international impliqué dans une relation corruptrice avec un ressortissant français. Le droit pénal français est, à ce titre, plus sévère que les recommandations internationales puisque ni la Convention OCDE¹³⁷⁸, ni la Convention de Mérida¹³⁷⁹ n'émettent d'obligations à cet égard.

En France, le degré d'incrimination de la corruption passive transnationale est donc remarquable. Pour autant, la mise en œuvre de ces dispositions pose certaines difficultés notamment en ce qu'elle risque fort de se confronter à l'existence d'immunités dont bénéficient certains agents publics étrangers et internationaux.

488. Le principe des immunités diplomatiques ou consulaires découle directement du principe même de l'immunité des Etats. En vertu de l'égalité souveraine et de la territorialité de l'exercice de la souveraineté, les juridictions d'un Etat ne peuvent théoriquement pas juger un autre Etat¹³⁸⁰. Par conséquent, elles ne peuvent juger davantage ses agents puisqu'ils ne sont que les instruments par lesquels l'Etat étranger agit. En ce sens, on considère que ces personnes jouissent d'une immunité fonctionnelle¹³⁸¹ entraînant une fin de non-recevoir ou représentant une cause d'irresponsabilité pour les juridictions répressives nationales. On distingue classiquement deux régimes d'immunités : un régime conventionnel applicable aux diplomates, agents consulaires et fonctionnaires internationaux et un régime coutumier pour les chefs d'Etats étrangers.

489. Immunité diplomatique. L'immunité diplomatique est régie par la Convention des Nations Unies sur les relations diplomatiques, dite Convention de Vienne, du 14 avril 1961¹³⁸². Ce texte prévoit plusieurs degrés d'immunités en fonction de la qualité des personnes concernées, de leur nationalité et de leur résidence.

Les agents diplomatiques non ressortissant de l'Etat accréditaire ou qui n'y ont pas leur résidence principale bénéficient d'une immunité totale de juridiction¹³⁸³. Cette immunité

¹³⁷⁶ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §387, p. 137.

¹³⁷⁷ Loi, n°2007-1598, « Loi relative à la lutte contre la corruption », 13 novembre, 2007, *JORF*, 14 novembre 2007, n°264, p. 18648.

¹³⁷⁸ La Convention n'incrimine d'ailleurs que la seule corruption active ; Cf Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, *op. cit.*, art. 1

¹³⁷⁹ La Convention n'émet à ce titre qu'une simple recommandation dépourvue de caractère impératif ; Cf Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 16§2.

¹³⁸⁰ E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, *op. cit.*, n° 1.2.5, p. 58.

¹³⁸¹ Par exemple, la chambre d'appel du Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie (TPIY) a parfaitement exprimé cette idée dans l'affaire Blaskic ; Cf TPIY, aff. n°IT-96-14-AR108bis, « Blaskic », 19 octobre 1997, §38.

¹³⁸² Nations Unies, Convention de Vienne sur les agents diplomatiques, *Nations Unies*, 14 avril 1961, *Recueil des traités*, vol. 500, p. 95.

¹³⁸³ *Ibid.*, art. 31 : « 1. L'agent diplomatique jouit de l'immunité de la juridiction pénale de l'Etat accréditaire. Il jouit également de l'immunité de sa juridiction civile et administrative [...]. 2. L'agent diplomatique n'est pas obligé de donner son témoignage. 3. Aucune mesure d'exécution ne peut être prise à l'égard de l'agent diplomatique, sauf dans les cas prévus aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 du présent article, et pourvu que l'exécution puisse se faire sans qu'il soit porté atteinte à l'inviolabilité de sa personne ou de sa demeure. 4.

absolue est d'abord applicable aux diplomates en charge de la mission. Elle est étendue, selon l'article 37 de la Convention, aux membres de leur famille « *pourvu qu'ils ne soient pas ressortissants de l'Etat accréditaire* », ainsi qu'au personnel administratif et technique de la mission et les membres de leur famille. Le bénéficiaire d'une telle immunité est soumis à autorisation de l'Etat d'origine, l'Etat accréditant, ainsi qu'à l'agrément de l'Etat destinataire, l'Etat accréditaire. Si les conditions sont remplies, il ressort de la Convention que tous les agissements du bénéficiaire sont protégés par l'immunité, qu'il s'agisse des actes de la fonction ou des infractions commises en dehors de l'exercice des fonctions. L'agent est, en conséquence, totalement irresponsable devant les juridictions de l'Etat accréditaire. L'immunité ne joue pas en revanche à l'égard de l'Etat accréditant qui conserve la possibilité de juger et condamner l'agent pour tous les crimes et délits qu'il a pu commettre pendant l'exercice de ses fonctions¹³⁸⁴. L'immunité ne joue pas non plus lorsque le bénéficiaire s'est rendu coupable d'un crime international relevant de la compétence de la Cour Pénale Internationale (CPI).

Les agents diplomatiques ressortissants de l'Etat accréditaire ou y ayant leur résidence permanente bénéficient d'une immunité relative de juridiction. L'article 38§1 de la Convention de Vienne prévoit à ce titre que leur immunité est limitée aux « *actes officiels accomplis dans l'exercice de leurs fonctions* »¹³⁸⁵. La conception de cette immunité limitée aux actes officiels résulte d'un compromis entre deux principes. D'une part, en tant que diplomate, l'agent doit pouvoir logiquement bénéficier de tous les privilèges attachés à sa fonction. D'autre part, en tant que ressortissant ou résident permanent d'un Etat, il se doit de respecter les lois de ce dernier¹³⁸⁶. Cette immunité peut donc s'apparenter, en France, à l'immunité parlementaire. Les actes effectués dans l'exercice des fonctions du diplomate sont couverts par une immunité absolue. Cette immunité se décline en une irresponsabilité et une inviolabilité totale. Le diplomate ne pourra jamais être poursuivi pendant ou après l'exercice de ses fonctions dans la mesure où les actes contestés sont qualifiés « d'actes officiels ». Les actes entièrement étrangers à l'exercice des fonctions ne bénéficient, en revanche, d'aucune immunité. Les diplomates ne sont pas non plus protégés par un principe d'invulnérabilité de sorte que des poursuites peuvent être engagées à leur encontre pendant la durée de leur mandat et sans aucune autorisation. Il en est de même pour les actes entrant dans le cadre de la fonction mais qui ne sont pas qualifiés « d'officiels ». La Convention précise à ce titre que seuls les actes officiels sont protégés par l'immunité diplomatique. Tel est le cas, par exemple, lorsque le diplomate agit en qualité de représentant de sa mission ou de son organisation au niveau national ou international. Mais les actes quotidiens relevant de la fonction du diplomate et qui ne peuvent, pour autant, être qualifiés d'officiels ne sont pas couverts.

En matière de corruption, seule l'immunité absolue des agents diplomatiques étrangers représente une véritable entrave aux poursuites. La corruption ne pouvant pas être jugée comme un « acte officiel », les agents diplomatiques bénéficiant de l'immunité relative restent pénalement responsables lorsqu'ils se rendent coupables de tels agissements.

490. Immunité consulaire. Il existe un régime particulier pour les agents consulaires établi par la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963¹³⁸⁷. Les agents consulaires

L'immunité de juridiction d'un agent diplomatique dans l'Etat accréditaire ne saurait exempter cet agent de la juridiction de l'Etat accréditant. ».

¹³⁸⁴ *Ibid.*, art. 31§4.

¹³⁸⁵ Convention de Vienne (*op. cit.*), art. 38§1 : « [...] L'agent diplomatique qui a la nationalité de l'Etat accréditaire ou y a sa résidence permanente ne bénéficie de l'immunité de juridiction et de l'invulnérabilité que pour les actes officiels accomplis dans l'exercice de ses fonctions. ».

¹³⁸⁶ E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, *op. cit.*, n° 1.2.19, p. 68.

¹³⁸⁷ Nations Unies, Convention de Vienne sur les relations consulaires, *Nations Unies*, 24 avril 1963, *Recueil des traités*, vol. 596, p. 261.

sont les personnes chargées de représenter officiellement un Etat sur le territoire d'un autre Etat. A ce titre, ils bénéficient également d'une immunité. Pour les agents consulaires étrangers ou non-résidents, l'immunité est limitée aux « *actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires* »¹³⁸⁸. Pour les agents ressortissants de l'Etat d'accueil ou y ayant établi leur résidence permanente, l'immunité est réduite aux seuls « *actes officiels accomplis pendant l'exercice de leurs fonctions* »¹³⁸⁹.

Une fois de plus, l'immunité consulaire ne représente pas un obstacle absolu aux poursuites en matière de corruption sauf à considérer, pour les agents consulaires étrangers, que les pratiques corruptrices sont des « actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions consulaires ». Mais étant donné la gravité de tels agissements, il est fort à espérer que tel ne puisse pas en être le cas.

491. Immunité des fonctionnaires internationaux. Cette catégorie de fonctionnaires est à envisagée ici puisque l'incrimination française de corruption passive transnationale vise également les fonctionnaires internationaux. On entend par fonctionnaires internationaux, les agents publics travaillant au nom et pour le compte d'une organisation internationale. Parmi eux, certains bénéficient de régimes d'immunités. La Convention des Nations Unies du 13 février 1946 relative aux privilèges et immunités¹³⁹⁰ énonce à ce titre que le Secrétaire Général des Nations Unies est en charge de déterminer les catégories de fonctionnaires des Nations Unies qui bénéficieront d'une immunité¹³⁹¹. Dans tous les cas, cette immunité est toujours limitée aux seuls actes de la fonction¹³⁹² et le Secrétaire Général conserve le pouvoir de décider de sa levée lorsqu'il estime que « *cette immunité empêche que justice soit faite et peut être levée sans porter préjudice aux intérêts de l'Organisation* »¹³⁹³. Seul le Secrétaire Général et les sous secrétaires généraux bénéficient d'une immunité absolue de juridiction comportant les deux volets d'irresponsabilité et d'inviolabilité¹³⁹⁴.

492. Les régimes conventionnels établissent donc trois degrés d'immunités. Le degré le plus élevé est l'immunité absolue de juridiction sur le territoire de l'Etat accréditaire. Elle est applicable aux seuls diplomates étrangers et hauts fonctionnaires internationaux tel que le Secrétaire Général des Nations Unies. Le deuxième degré est une immunité limitée aux actes de la fonction de l'agent. Elle est applicable aux agents consulaires étrangers et à certains fonctionnaires internationaux. Le troisième degré est une immunité limitée aux « actes officiels » de la fonction. Elle est applicable aux agents diplomatiques et consulaires ressortissants de l'Etat accréditaire ou y ayant leur résidence principale.

En matière de corruption, seule l'immunité absolue fait entièrement obstacle à toute poursuite puisque elle s'accompagne d'une irresponsabilité et d'une inviolabilité totale devant les juridictions de l'Etat accréditaire. Pour les autres agents publics, des poursuites seraient donc envisageables lorsqu'ils se rendent coupables, en France, d'actes de corruption. Mais la corruption passive impliquant, nécessairement, un acte ou une abstention entrant dans le cadre des fonctions de l'agent, des interrogations subsistent pour les deux autres degrés d'immunités. Pour ce faire, il est nécessaire de définir plus précisément les termes « actes de la fonction » et « actes officiels de la fonction ».

¹³⁸⁸ *Ibid.*, art. 43§1.

¹³⁸⁹ *Ibid.*, art. 71§1.

¹³⁹⁰ Convention disponible en ligne sur http://treaties.un.org/doc/Treaties/1946/12/19461214%2010-17%20PM/Ch_III_1p.pdf.

¹³⁹¹ Convention des Nations Unies, 1946 (*Ibid.*), Section 17.

¹³⁹² *Ibid.*, Section 18.

¹³⁹³ *Ibid.*, section 20.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, Section 19.

L'acte de la fonction se définit comme « tout acte commis dans l'exercice effectif de la fonction et non en tant que « personne privée » »¹³⁹⁵. L'acte officiel de la fonction concerne l'acte que l'Etat accreditant et l'Etat accreditaire s'accordent à reconnaître comme tel¹³⁹⁶. Lorsque l'immunité est limitée aux actes officiels de la fonction, elle exclut nécessairement tous les actes de corruption pouvant être commis par son bénéficiaire. En revanche, la corruption passive impliquant que le corrompu agisse en sa qualité de personne publique et non de personne privée, entre dans la définition de l'acte de la fonction. A ce titre, le bénéficiaire du deuxième degré d'immunité serait protégé contre toute poursuite pour les actes de corruption commis sur le territoire français.

493. Immunité des chefs d'Etats et gouvernants. Le régime d'immunité applicable aux gouvernants étrangers n'est pas conventionnel mais coutumier. Il est applicable aux chefs d'Etats, chefs de gouvernement et Ministres des affaires étrangères. L'aspect coutumier de ce régime découle directement du principe d'égalité souveraine selon lequel un Etat ne peut pas juger un autre Etat. Le gouvernant doit, en conséquence, jouir des mêmes prérogatives que l'Etat qu'il représente et dont il est l'émanation suprême. L'immunité applicable aux gouvernants est donc une immunité absolue de juridiction.

494. Mais si l'immunité est absolue, le principe ne l'est théoriquement pas. L'immunité découlant directement de la souveraineté étatique devrait logiquement en suivre les mêmes prérogatives. Lorsque les limites de la souveraineté sont atteintes, l'immunité ne devrait pas jouer pour son représentant officiel. C'est du moins la théorie qui prévalait jusqu'en 2002. On considérait jusqu'à lors qu'il était possible, pour les juridictions nationales d'un Etat, de juger un gouvernant étranger lorsqu'il s'était rendu coupable d'infractions internationales¹³⁹⁷, relevant aujourd'hui de la compétence de la CPI¹³⁹⁸. Cela partait du principe que si un Etat ne pouvait pas juger un autre Etat, la communauté internationale, en revanche, pouvait le faire. Si un chef d'Etat viole le droit international, il perd les privilèges qui lui sont accordés¹³⁹⁹. Ce principe a été admis, de manière indirecte, par la CEDH en 2001 dans son arrêt « *Al Adsani c/ UK* ». Dans sa décision, la Cour a considéré que le refus de lever l'immunité d'un chef d'Etat dans le cadre d'une procédure civile n'était pas contraire à l'article 6§1 de la Convention¹⁴⁰⁰. *A contrario*, si la procédure avait été une procédure pénale, l'immunité aurait pu être levée¹⁴⁰¹. Cette théorie était d'ailleurs conforme au fameux principe de complémentarité établi par le Statut de Rome portant création de la CPI¹⁴⁰². Le Statut prévoit, en effet, que les

¹³⁹⁵ E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, *op. cit.*, n°1.2.35, p. 81.

¹³⁹⁶ *Ibid.*

¹³⁹⁷ *Ibid.*, n°1.2.75, p. 105.

¹³⁹⁸ Les crimes internationaux sont au nombre de trois : crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide. La jurisprudence de la CPI et des TPI semble aussi y inclure les actes de torture.

¹³⁹⁹ Ce point a, notamment, été soulevé par l'un des Lords à l'occasion de la fameuse « affaire Pinochet » qui, après son arrestation à Londres, a fait l'objet de nombreux débats au sein de la Chambre de Lords afin de déterminer si les juridictions anglaises avaient le droit de l'arrêter et de le juger pour les crimes qu'il avait commis au Chili lorsqu'il en était le représentant suprême. Un des Lords a, ainsi, rappelé, que l'immunité de juridiction d'un chef d'Etat étranger devait être soumise au même régime que celle accordée aux diplomates étrangers en vertu de la Convention de Vienne de 1961. Or, cette convention prévoit que l'immunité se déroule dans les limites admises par le droit international (Convention de Vienne, 24 avril 1961, *op. cit.*, Art. 3§1 b) ; Cf House of Lords, *ex parte Pinochet*, 24 mars 1999, *ILM*, 1999, p. 663.

¹⁴⁰⁰ Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (*op. cit.*), art. 6§1 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. ».

¹⁴⁰¹ CEDH, 21 novembre 2001, « *Al-Adsani vs UK* », § 61 et 66.

¹⁴⁰² Statut de la Cour Pénale Internationale, 17 juillet 1998, dit Statut de Rome ; in E. David et P. Heirman, *Code de droit international pénal*, Bruylant, 2^{ème} édition, 2009, p. 1373-1440.

juridictions nationales doivent venir en aide à la CPI par la poursuite et la condamnation des auteurs de crimes internationaux.

Mais dans la pratique, la théorie énoncée ne semble pas jouer aussi aisément et la position adoptée jusqu'en 2002 a subi des revirements par la suite. Il convient dès lors de distinguer le cas des anciens gouvernants et celui des gouvernants toujours en exercice.

495. Les anciens gouvernants. La question du maintien de l'immunité absolue des anciens gouvernants s'est essentiellement posée à l'occasion de l'affaire « Pinochet ». Lors de l'arrestation de l'ancien dictateur chilien en Grande Bretagne selon un mandat d'arrêt international délivré par l'Espagne, la question s'est posée de savoir si les juridictions britanniques étaient compétentes pour le juger. Cette question a soulevé de nombreux débats, mais la Chambre des Lords a fini par trancher en faveur de la compétence des tribunaux britanniques. L'Assemblée a, en effet, considéré que si un ancien Chef d'Etat continue de bénéficier d'une immunité *rationae personae*, elle ne peut jouer lorsque ce dernier a commis des crimes internationaux ou d'une gravité extrême tels que des actes de torture. L'immunité d'un ancien chef d'Etat ne peut donc jouer lorsqu'il a violé le droit international pendant l'exercice de ses fonctions.

496. Les gouvernants actuels. La théorie précédemment énoncée ne joue pas en revanche pour les chefs d'Etat toujours en exercice qui conservent le bénéfice de leur immunité. Cette solution résulte d'une décision de la Cour Internationale de Justice (CIJ) de 2002¹⁴⁰³, appelée l'affaire du « mandat d'arrêt du 11 avril 2000 »¹⁴⁰⁴. Dans cet arrêt, la Cour a tranché en faveur du maintien de l'immunité du chef d'Etat même lorsque ce dernier s'est rendu coupable d'un crime international. La Cour a néanmoins apporté des précisions, notamment relatives aux limites de l'immunité absolue.

En premier lieu, cette immunité reste d'application coutumière, elle ne joue donc pas lorsqu'il existe un régime conventionnel permettant de l'exclure. En deuxième lieu, immunité ne signifie pas impunité. Il s'agit d'une immunité procédurale et non de fond de sorte que son bénéficiaire est toujours considéré comme responsable et pourra être poursuivi lorsqu'il ne sera plus bénéficiaire de ce régime. En troisième lieu, la Cour a envisagé trois hypothèses pour lesquelles, en dehors de conditions énoncées, l'immunité ne fait pas obstacle aux poursuites. Tel est le cas lorsque les poursuites sont engagées dans le pays d'origine du gouvernant ou lorsque ce dernier a décidé de lever l'immunité de son représentant. Tel est ensuite le cas lorsque le gouvernant n'est plus en exercice. Enfin, les poursuites sont toujours possibles devant une juridiction internationale telle que la CPI.

497. Le régime coutumier des immunités applicables aux gouvernants étrangers représente donc l'entrave aux poursuites la plus significative en matière de corruption. Comme soulevé, l'immunité est absolue et la seule limite qui peut y être apportée est la commission d'un crime international. Même dans cette situation, les juridictions nationales d'un Etat ne pourront être en mesure de poursuivre le dirigeant que lorsqu'il n'est plus en exercice. Si le gouvernant est toujours en exercice, seule la CPI pourra être compétente¹⁴⁰⁵. La corruption n'étant pas un

¹⁴⁰³ Cour Internationale de Justice (CIJ), 11 avril 2000, « mandat d'arrêt du 11 avril 2000, RDC vs Belgique », CIJ, Recueil, 2002, p.2.

¹⁴⁰⁴ Dans cette affaire, un juge d'instruction belge, M. Vandermeersch, avait émis un mandat d'arrêt international contre un ancien chef de cabinet – A. Yerodia Ndombasi- du président congolais, L.D Kabila, pour des appels publics lancés en août 1998, à lutter contre les anciens alliés de M. Kabila ; organisant, ainsi, une véritable chasse à l'homme contre quiconque qui ressemblerait, de près ou de loin, à un tutsi. M. Ndombasi est devenu Ministre des Affaires Etrangères, au moment du lancement du mandat d'arrêt international.

¹⁴⁰⁵ Statut de Rome, *op. cit.*, art. 27. Cette article prévoit, par ailleurs, que l'impossibilité pour les juridictions nationales de poursuivre les gouvernants ne représente pas, pour autant, un renoncement au principe de complémentarité, puisque l'exclusion de l'immunité ne joue uniquement dans le cadre de poursuites devant la CPI.

crime international, elle n'entre dans aucune de ces dérogations. Aucune juridiction française ne pourra donc être compétente pour poursuivre et juger un Chef d'Etat étranger qui se serait rendu coupable d'actes de corruption en France. Tant que la corruption reste dans le domaine des infractions transnationales, il existe seulement deux possibilités pour la poursuite et le jugement de pratiques corruptrices commises par un dirigeant. Soit, l'Etat d'origine engage lui-même des poursuites à l'encontre de son gouvernant, soit il décide de la levée de son immunité. Dans cette dernière hypothèse, les juridictions d'un autre Etat seront compétentes pour la poursuite et le jugement des infractions commises par le dirigeant sur leur territoire¹⁴⁰⁶. Mais force est de constater que cette hypothèse reste du domaine de l'exception.

Ces régimes conventionnels et coutumiers d'immunités représentent donc une sérieuse entrave à la poursuite de l'incrimination française de corruption passive transnationale¹⁴⁰⁷.

498. Le Vietnam n'est pas confronté aux mêmes difficultés d'ingérence puisqu'il n'a pas incriminé l'infraction de corruption transnationale. Pour autant, les dispositions de son code pénal entravent partiellement les possibilités de poursuites. L'article 5§2 du code pénal prévoit, en effet, que les dispositions du code ne peuvent s'appliquer aux personnes bénéficiant d'une immunité. La situation doit, dans ce cas, se régler « *par voie diplomatique* »¹⁴⁰⁸. Un nombre significatif de personnes semblent donc se soustraire à toute responsabilité pénale en droit vietnamien. C'est peut-être la raison pour laquelle le Vietnam n'a pas condamné les fonctionnaires japonais pour corruption active à l'occasion de l'affaire *PCI*¹⁴⁰⁹.

499. La seule possibilité de limiter la portée des immunités applicables aux agents étrangers en matière de corruption serait donc de lui conférer le caractère de crime international¹⁴¹⁰ engendrant la compétence de la CPI. Mais si les différents régimes d'immunités représentent une sérieuse entrave aux poursuites des infractions de corruption, ce ne sont malheureusement pas les seules. La corruption se transnationalise, elle peut désormais être commise par plusieurs auteurs de nationalités différentes. Même en l'absence de toute immunité, lorsque l'auteur d'une corruption est étranger et situé en dehors du territoire national, les poursuites à son encontre peuvent parfois s'avérer impossibles.

¹⁴⁰⁶ C'est, notamment, ce qui s'est passé pour l'ex-président des Philippines, Marcos ainsi que son épouse. Tous les deux ont été arrêtés aux Etats Unis et poursuivis car ils avaient refusé de délivrer certains documents concernant des affaires de corruption impliquant des entreprises américaines dans le cadre de relations commerciales avec les Philippines. Ils ont, lors de l'engagement des poursuites, invoqué leur immunité de juridiction qui leur fut refusée au motif que cette dernière avait été levée par le gouvernement philippin puisque Marcos avait été déchu de ses fonctions ; in E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, n° 1.2.63, p. 98.

¹⁴⁰⁷ La France n'a, d'ailleurs, encore jamais condamné aucun fonctionnaire étranger pour corruption passive de l'article 435-1 du code pénal. En revanche, en septembre 2012, les juridictions françaises ont condamné le groupe Safran pour corruption active d'agents publics étrangers : Cf, TI France, *Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence, la démocratie avance*, op. cit., p.11.

¹⁴⁰⁸ C. Pén. Vn, art. 5§2 : « Lorsque l'infraction est commise sur le territoire de la République socialiste du Vietnam par une personne étrangère bénéficiant d'une immunité diplomatique ou d'immunités ou privilèges consulaires conformément à la loi vietnamienne, aux traités internationaux que la République socialiste du Vietnam a signés ou auxquels elle a adhéré, ou aux coutumes internationales, le problème de la responsabilité pénale du coupable est réglé par voie diplomatique. ».

¹⁴⁰⁹ J. Lefrançois, « PCI : une affaire emblématique du régime vietnamien », *Vietnam info*, Dossier, janvier 2009, p.5. Voir également *supra* n°151.

¹⁴¹⁰ Le fait que la corruption puisse, un jour, revêtir la qualité d'infraction internationale n'est pas si utopique qu'il n'en paraît en réalité. En effet, la création d'un Tribunal Pénal spécial au Liban, en 2007, pour la poursuite et la condamnation des auteurs de l'assassinat de l'ancien Premier Ministre du Liban, Rafik Hariri, au moyen d'attentats terroristes démontre à quel point la frontière entre crimes internationaux et crimes transnationaux est perméable. En effet, les actes de terrorisme ne rentrent pas *de jure* dans la catégorie des crimes internationaux et ne relèvent pas de la compétence de la CPI. Cependant, la création d'un Tribunal pour juger de manière internationale de tels actes les fait entrer *de facto* dans la catégorie des crimes internationaux. Il n'est donc pas impossible d'envisager que des actes de corruption de très grande ampleur, choquant la communauté internationale dans son ensemble, puissent un jour faire l'objet d'une répression internationale par le biais de la création d'un tribunal *ad hoc*. Voir *infra* n°957 et s.

B - Les entraves liées à la condamnation des auteurs étrangers

500. La poursuite et la condamnation des auteurs de corruption étrangers ou domiciliés à l'étranger dépendent du degré d'aboutissement de la coopération internationale. Lorsque les pratiques corruptrices comportent un élément d'extranéité, seul un mécanisme de coopération et d'extradition permettra de recueillir les preuves nécessaires à l'établissement de l'infraction et d'obliger l'auteur à se soumettre aux juridictions nationales compétentes. Mais ce mécanisme de coopération n'est pas aisé à mettre en place. Chaque Etat décide souverainement du degré de coopération qu'il souhaite appliquer. Certains refusent d'ailleurs encore toute idée de coopération policière ou judiciaire¹⁴¹¹. Pour que toutes les pratiques corruptrices puissent être efficacement condamnées, il apparaît donc nécessaire d'obliger les Etats à adopter des mesures en faveur d'une coopération internationale aboutie.

501. Cet objectif est au centre des instruments internationaux adoptés en la matière. L'élaboration de la Convention contre la Criminalité Transnationale Organisée (CTO)¹⁴¹² était d'ailleurs mue par cet impératif de coopération¹⁴¹³. L'incrimination de tous les comportements considérés comme relevant de la criminalité organisée, dont la corruption, avait pour unique but d'harmoniser les infractions nationales afin que la condition de « double incrimination » soit remplie¹⁴¹⁴. On retrouve cet impératif de coopération au centre des préoccupations de la Convention de Mérida. La nécessité de ce mécanisme est citée dès l'article 1^{er} de la Convention¹⁴¹⁵. Le texte y consacre, en outre, un chapitre entier dans lequel sont intégrées un grand nombre de mesures impératives¹⁴¹⁶ visant à obliger les Etats parties à coopérer pleinement « dans les domaines suivants: extradition, entraide judiciaire, transfert des procédures pénales ainsi que détection et répression, y compris enquêtes conjointes et techniques d'enquête spéciales. »¹⁴¹⁷. Au sens de ces dispositions, le terme de coopération internationale est très large. Il regroupe tous les actes d'extradition visant, pour les Etats, à rechercher les auteurs sur leur territoire et à les « livrer » à l'Etat qui les poursuit. Il regroupe également tous les actes de coopération en matière policière et judiciaire pour le recueil des preuves nécessaires à l'établissement des infractions, le déclenchement des poursuites et le jugement des auteurs.

502. Malgré la présence de ces dispositions impératives, la mise en œuvre de la coopération internationale est loin d'être aboutie dans la pratique.

D'une part, la condition préalable relative à la « double incrimination » suscite de nombreuses difficultés. Cette condition nécessite qu'un Etat ne puisse s'engager dans un mécanisme de coopération avec un autre Etat que lorsque les faits à l'origine du déclenchement de la procédure sont incriminés dans les deux systèmes juridiques et en des termes équivalents. Cette condition apparaît déjà comme étant relativement compliquée à remplir dans le cadre d'une coopération bilatérale. Elle l'est d'autant plus dans le cadre d'une coopération multiple. Gardons à l'esprit que la corruption est, aujourd'hui, parfaitement internationalisée¹⁴¹⁸ ce qui implique une multiplication des « lieux de l'internationalisation » donc un cadre juridique

¹⁴¹¹ Notamment une partie des paradis fiscaux ; voir *supra* n°426 et s.

¹⁴¹² Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, décembre 2000, AGNU, A/RES/55/25.

¹⁴¹³ *Ibid.*, art.1^{er}.

¹⁴¹⁴ J.-P. Laborde, « International Criminal Law », Conférence, Université Toulouse 1- Capitole, 16 novembre 2012.

¹⁴¹⁵ Convention des Nations Unies contre la Corruption (*op. cit.*), art. 1^{er} b) : « promouvoir, faciliter et appuyer la coopération internationale et l'assistance technique aux fins de la prévention de la corruption et de la lutte contre celle-ci, y compris le recouvrement d'avoirs ».

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, art. 43 à 50.

¹⁴¹⁷ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §521, p. 183-184.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, n° 520, p.183.

« *prolifère* »¹⁴¹⁹. Il n'est pas rare que plusieurs Etats soient concernés pour une même pratique corruptrice. Dans ce cas ce n'est pas une double incrimination préalable qu'il est nécessaire de déterminer mais une triple, quadruple voire quintuple incrimination¹⁴²⁰. Fort heureusement, le principe a été assoupli. Il ne suppose pas que les infractions soient incriminées dans des termes identiques. La « double incrimination » suppose uniquement que les infractions nationales soient « compatibles ». En d'autres termes, les Etats requis doivent connaître des infractions équivalentes à celles pour lesquelles les mesures de coopération sont demandées¹⁴²¹. Or, en matière de corruption, la France incrimine un nombre de pratiques bien plus conséquentes que le Vietnam¹⁴²². Pour nombre des infractions françaises, la condition préalable de double incrimination ne serait pas remplie dans le cadre d'une demande de coopération envers le Vietnam.

503. D'autre part, la coopération internationale suppose souvent une extradition des auteurs aux fins de jugement et de condamnation. La notion d'extradition peut se définir comme l'acte par lequel un Etat requis délivre à une autre Etat requérant, une personne qui doit, soit répondre d'une infraction, soit subir une peine ou une mesure de sûreté dans le second Etat¹⁴²³. En pratique, la mise en œuvre de cette mesure spécifique se heurte à de nombreuses difficultés.

L'extradition est subordonnée à deux conditions préalables. Outre la condition de « double incrimination », il doit normalement exister une convention d'extradition entre les Etats concernés par la mesure. A l'échelle mondiale, un grand nombre de ces conventions ont été adoptées, qu'elles soient bilatérales ou multilatérales. Lors de leur négociation, les parties sont libres d'en délimiter le champ d'application. Elles pourront être valables pour toutes les infractions ou seulement pour une catégorie de comportements. Il n'existe pas, à l'heure actuelle, un régime international et unique d'extradition. Cette procédure se retrouve « noyée » dans une multitude de régimes conventionnels disparates. Certains pays conviennent, toutefois, d'établir un régime unilatéral d'extradition applicable en l'absence de tout régime conventionnel applicable. Fort heureusement, la France et le Vietnam ont tous deux opté cette solution¹⁴²⁴ car il n'existe aucun régime conventionnel d'extradition entre ces deux Etats¹⁴²⁵.

Lorsque les conditions préalables sont remplies, les Etats requis ont encore la possibilité de refuser la demande d'extradition. Chaque Etat établit une liste des conditions de « refus d'extradition ». Une de ces conditions commune à la majorité des Etats est relative à la nationalité de la personne sur laquelle repose la demande d'extradition. Il est avéré qu'un Etat refuse systématiquement d'extrader ses ressortissants¹⁴²⁶. De ce fait, même en l'absence

¹⁴¹⁹ J. Tricot, « La corruption internationale », *op. cit.*, p. 753.

¹⁴²⁰ J.-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, Dalloz, 2005, n°63, p.39.

¹⁴²¹ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §523, p.184.

¹⁴²² Voir *supra* n°62 et s.

¹⁴²³ E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, *op. cit.*, n° 7.0.1, p. 434.

¹⁴²⁴ Voir *infra* n°993.

¹⁴²⁵ Le Vietnam et la France n'ont signé, en effet, qu'une convention en matière d'entraide judiciaire en matière civile le 24 Février 1999. Cette convention a fait l'objet, en France, d'une ratification par le décret, n°2001-446, « Décret portant publication de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière civile entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République socialiste du Vietnam, signée à Paris le 24 février 1999 », 22 mai 2001, *JORF*, n° 121, 26 mai 2001, p. 8425. L'établissement d'une convention d'extradition avec le Vietnam fait partie des préoccupations de la France qui a commencé les démarches en vue d'entamer les négociations à ce niveau ; Cf A. Néri, « Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi autorisant la ratification du traité d'extradition entre la République française et la République argentine », *Sénat*, Rapport, n°397, 27 février 2013, p.6.

¹⁴²⁶ Ainsi, la France prévoit que l'extradition ne sera pas accordée si la personne réclamée est de nationalité française (C. Proc. Pén. art. 696-4 al. 1). Le Vietnam, qui connaît des conditions de refus obligatoire et des possibilités de refus, a classé cette condition dans les refus obligatoires (C. Pr. Pén. Vn, art. 344§1). Ainsi, le Vietnam est dans l'obligation de refuser l'extradition si la personne demandée est de nationalité vietnamienne.

CHAPITRE 2 : LES ENTRAVES A LA CONDAMNATION EFFECTIVE ET DISSUASIVE DES AUTEURS DE CORRUPTION

505. Lorsque toutes les conditions relatives à la poursuite des infractions de corruption sont réunies, la condamnation effective de leurs auteurs n'est pas pour autant assurée. D'une part, la conduite des poursuites peut se heurter à certains obstacles empêchant toute condamnation d'aboutir. D'autre part, même lorsqu'une condamnation est prononcée à l'encontre d'un auteur de corruption, les sanctions appliquées peuvent s'avérer insuffisamment dissuasives et réduire considérablement l'effectivité des textes d'incriminations.

506. Pour qu'un auteur de corruption puisse être condamné, il faut garantir le bon déroulement des poursuites pénales menées à son encontre. La conduite d'une procédure pénale doit répondre à une exigence d'équilibre entre le respect des principes fondamentaux garantis à la personne poursuivie et la nécessité impérieuse de sanctionner les comportements portant gravement atteinte à l'ordre public. Mais pour que cet équilibre soit toujours respecté il est parfois nécessaire de mettre en place des procédures spéciales répondant aux spécificités de certaines situations. La particularité des infractions de corruption doit être prise en compte pour la conduite de la procédure. Une mauvaise appréhension ou une absence totale d'appréhension de cette particularité peut constituer un obstacle au bon déroulement des poursuites (section 1).

507. Une fois les poursuites achevées, celui qui s'est livré à des pratiques corruptrices doit être, en toute logique, sévèrement condamné pour ses méfaits par des sanctions « *efficaces, proportionnées et dissuasives* »¹⁴³⁰. Pour qu'une condamnation pénale soit véritablement efficace il ne faut pas que l'auteur sanctionné conserve le sentiment que son activité peut tout de même payer¹⁴³¹. A côté des peines d'emprisonnement et d'amende, il est donc nécessaire que le juge prononce des peines complémentaires de confiscation *a minima* de tous les bénéfices illégalement perçus. Dans le même temps, il est tout aussi fondamental d'ordonner la restitution des biens illégalement détournés à leur propriétaire légitime. Mais dans la pratique, la mise en œuvre de ces sanctions complémentaires reste d'une applicabilité fragile (section 2).

SECTION 1: LES OBSTACLES AU BON DEROULEMENT DES POURSUITES

508. La conduite d'une procédure en matière de corruption doit répondre d'un certain nombre de spécificités dues à la nature même des pratiques corruptrices.

Comme pour toutes les autres infractions, le déclenchement des poursuites en matière de corruption appartient au parquet. C'est la même règle qui prévaut en droit français et en droit vietnamien. En France, cet organe judiciaire est plus communément connu sous le nom de Ministère public. Il est, à ce titre, titulaire de l'action publique. Pour autant, ce n'est pas le seul organe à disposer d'un droit d'action. Classiquement, les systèmes procéduraux donnent aussi à la victime d'une infraction le pouvoir d'agir en justice. Mais ce droit n'est pas aussi évident en matière de corruption. D'abord, en qualité d'infraction économique, la corruption a

¹⁴³⁰ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 12 et 26.

¹⁴³¹ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §376, p. 135.

été édictée en priorité pour protéger l'intérêt général des atteintes à la probité¹⁴³². En conséquence toute action civile d'un particulier a longtemps été proscrite¹⁴³³. Ensuite, bien que l'action civile soit aujourd'hui ouverte aux victimes des pratiques corruptrices, ces dernières ignorent trop souvent qu'une infraction a été commise à leur préjudice. En conséquence, le déclenchement des poursuites repose presque exclusivement sur la volonté du parquet.

En outre, les enquêtes sur les manquements au devoir de probité s'avèrent plus difficiles à diligenter que pour d'autres infractions¹⁴³⁴. Cela tient à la nature même des pratiques corruptrices, par essence occultes et indolores. De ce fait, les procédures d'enquêtes applicables aux infractions de droit commun ne sont pas suffisantes pour recueillir les preuves nécessaires à la conduite de la procédure en matière de corruption. Les enquêteurs doivent pouvoir disposer de pouvoirs plus étendus. En France, la corruption tend à être reconnue comme infraction de criminalité organisée afin que le régime spécial d'enquêtes puisse y être appliqué. Mais cela ne fait pas l'unanimité¹⁴³⁵.

En ce qui concerne les poursuites des pratiques corruptrices, il existe donc des spécificités quant aux détenteurs d'un droit d'action (§1) ainsi que des spécificités relatives à la conduite de la procédure (§2).

§1 – LES SPECIFICITES RELATIVES AUX DETENTEURS D'UN DROIT D'ACTION

509. Les infractions de corruption sont considérées, en droit français et vietnamien, comme des infractions de droit commun. Malgré leurs particularités avérées, elles ne dérogent pas aux règles classiques de procédure pénale. Toutes les personnes disposant traditionnellement d'un droit d'action en matière pénale le conservent théoriquement pour les infractions de corruption (A).

510. En France, les règles sont claires. La décision de poursuivre une infraction pénale peut émaner de deux personnes : le Ministère public ou la victime¹⁴³⁶. En droit vietnamien, le rôle de la victime n'apparaît pas aussi déterminant mais il n'est pas écarté. Bien que le rôle de la victime soit aujourd'hui reconnu, il souffre toutefois du statut longtemps conféré aux pratiques de corruption perçues comme des infractions d'intérêt général. Le droit vietnamien a d'ailleurs encore tendance à envisager le phénomène sous cet angle. De ce fait, la victime de corruption est en réalité soumise à un statut très particulier (B).

A -Les personnes traditionnellement titulaires d'un droit d'action

511. Comme soulevé, la procédure pénale donne un droit d'action à deux acteurs principaux. Premièrement, le fait d'engager des poursuites à l'encontre de l'auteur d'une infraction est considéré comme une action *d'intérêt général* ou d'ordre public¹⁴³⁷. A ce titre, elle appartient à la société qui a seule le droit de l'exercer ou d'y renoncer. En droit français, la société est

¹⁴³² B. Bouloc, *Procédure pénale, op. cit.*, n°265, p. 226.

¹⁴³³ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale, op. cit.*, n°1183, p. 824.

¹⁴³⁴ V. Lemoine, « Les aspects policiers de la lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 23.

¹⁴³⁵ En ce sens, M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*,

¹⁴³⁶ M.-L. Rassat, *Procédure pénale, op. cit.*, n°356, p. 377.

¹⁴³⁷ B. Bouloc, *Procédure pénale, op. cit.*, n°176, p. 147.

représentée par le Ministère public, magistrat du parquet, qui a le pouvoir d'user de l'action publique¹⁴³⁸. En droit vietnamien, cette action appartient également au Parquet. Dans les deux systèmes procéduraux, le parquet est donc l'acteur principal, titulaire de l'action publique (1).

Pour autant, la victime directe de l'infraction n'est pas entièrement évincée de la procédure. Dans les deux systèmes, une place lui est accordée. En droit français par exemple, lorsque la victime d'une infraction décide de se constituer partie civile, elle déclenche du même coup l'action publique¹⁴³⁹. En d'autres termes, un droit d'action civile est reconnu à la victime d'une infraction (2).

1. Le parquet, titulaire de l'action publique.

512. En droit français, le Ministère public déclenche et exerce l'action publique¹⁴⁴⁰. Cette notion peut se définir comme l'action exercée au nom de la société et ayant pour objet l'application de la loi pénale à l'auteur d'une infraction afin qu'il répare le dommage causé à la société¹⁴⁴¹. En d'autres termes, lorsque le Ministère public met en mouvement l'action publique¹⁴⁴², il réclame la condamnation du délinquant. Cet organe poursuit mais il ne décide pas lui-même. Il est donc partie au procès¹⁴⁴³.

513. En droit vietnamien, le code de procédure pénale donne au Parquet le pouvoir de déclencher les poursuites¹⁴⁴⁴ à l'encontre d'une personne soupçonnée d'être l'auteur d'une infraction¹⁴⁴⁵. Comme en droit français, la victime n'est pas l'acteur principal du procès pénal. L'action publique appartient à un organe judiciaire représentant de la société qui, à ce titre, réclame la condamnation de l'auteur d'une infraction.

514. En tant qu'acteur principal des poursuites, le Ministère public français se voit attribuer de larges pouvoirs détaillés dans le code de procédure pénale (CPP). L'article 40 al. 1 du CPP dispose que le Ministère public « reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie les suites à donner ». Le déclenchement de l'action publique n'est donc pas automatique dès réception de l'information qu'une infraction a été commise. La formule de l'article 40 du CPP accorde au magistrat le pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites¹⁴⁴⁶.

Cet article confère au Ministère public un droit absolu d'être informé, soit directement, soit par communication, de la commission d'une infraction. L'information peut se faire, d'abord, par le dépôt d'une plainte qui peut se définir comme l'acte exercé par la victime d'une

¹⁴³⁸ S. Gunchard et J. Buisson, *Procédure pénale, op. cit.*, n°1125, p. 798.

¹⁴³⁹ M.-L. Rassat, *Procédure pénale, op. cit.*, n°356, p. 377.

¹⁴⁴⁰ J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit.*, n°164, p. 134-135.

¹⁴⁴¹ S. Gunchard et J. Buisson, *Procédure pénale, op. cit.*, n°1122, p.797.

¹⁴⁴² B. Bouloc, *Procédure pénale, op. cit.*, n°180, p. 150.

¹⁴⁴³ M.-L. Rassat, *Procédure pénale, op. cit.*, n°164, p. 134-135.

¹⁴⁴⁴ Le terme utilisé ici est le terme de « parquet ». Ce terme n'est pas tout à fait exact mais est utilisé pour des raisons de clarté des propos. En effet, le déclenchement des poursuites appartient au « président » et aux « vices présidents » du parquet. En d'autres termes, ce sont les chefs hiérarchiques de cette institution qui ont seul le pouvoir de déclencher une telle action. Nous n'utilisons pas le terme « procureur » car contrairement à la France, ce terme ne semble pas réellement être utilisé au Vietnam. En effet, selon l'article 37 du code de procédure pénale vietnamien, à côté des chefs de parquet, il existe des « procureurs » (procurators) qui ne peuvent pas être à l'origine du déclenchement de l'action publique. Ce sont eux, en revanche, qui la mettent en œuvre dans la pratique. Cette étude distinguera donc le « parquet » du « procureur » ; ce dernier n'étant qu'une composante subalterne du parquet et dépourvu du pouvoir de décision.

¹⁴⁴⁵ C. Pr. Pén. Vn., art. 36§2 a) : « When exercising the right to prosecute and supervising the law observance in the proceedings for criminal cases, the chairmen of procuracies shall have the following tasks and powers: a/ To decide to institute criminal cases, to decide not to institute criminal cases, to decide to initiate criminal proceedings against the accused; to request investigating bodies to institute criminal cases or change decisions to institute criminal cases or initiate criminal proceedings against the accused in accordance with this Code [...] ».

¹⁴⁴⁶ J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit.*, n°578, p. 537.

infraction qui souhaite informer l'autorité judiciaire de son existence¹⁴⁴⁷. Elle peut ensuite se faire par une dénonciation qui représente l'acte par lequel un tiers dénonce à l'autorité compétente la commission d'une infraction dont il a, ou non, été témoin. Le Ministère public peut enfin être informé par voie de communication réalisée par une autorité publique ou un agent public ayant eu connaissance de la commission d'une infraction. L'article 40 al. 2 du CPP précise à ce titre que l'officier public ou fonctionnaire est dans l'obligation de transmettre au Ministère public toute information relative à la commission d'une infraction dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Ce droit absolu d'être informé est assorti d'une obligation, pour le magistrat, de recevoir toutes les plaintes et dénonciations.

Une fois informé, le Ministère public va apprécier la légalité et l'opportunité des poursuites. Saisi d'une plainte ou d'une dénonciation, l'organe doit d'abord vérifier que les faits constituent bien une infraction pénale, c'est-à-dire qu'ils tombent sous le coup d'une disposition précise de la loi encore en vigueur et qu'ils n'ont fait l'objet d'aucune amnistie¹⁴⁴⁸. Il doit ensuite vérifier la recevabilité. Cet examen portera sur la compétence, d'attribution et territoriale, ainsi que sur l'absence de toute cause d'extinction de l'action publique. Une fois le contrôle de légalité effectué, le magistrat est investi d'un pouvoir d'appréciation. C'est ce que l'on appelle l'opportunité des poursuites. A ce titre, il peut décider si la poursuite est ou non « *socialement opportune* »¹⁴⁴⁹. Il peut s'attacher, par exemple, à la personnalité du délinquant qui, s'il a reconnu les faits, pourra bénéficier de mesures alternatives aux poursuites. En d'autres termes, une fois informé, le Ministère public reste seul maître de sa décision de poursuivre, de classer sans suite ou de déclencher une mesure alternative aux poursuites telle que la médiation ou la composition pénale. Lorsque le classement sans suite est décidé, la victime conserve la possibilité de contourner cette inertie en se constituant partie civile¹⁴⁵⁰. Cette action civile par voie d'action aura pour effet de forcer le Ministère public à déclencher l'action publique.

515. En outre, le Ministère public est également partie au procès. Il est le demandeur au procès pénal. En d'autres termes, la victime n'est jamais le principal demandeur. Lorsqu'elle porte plainte avec constitution de partie civile, son action n'a pas pour effet de saisir la juridiction de jugement. Elle oblige seulement le Ministère public à déclencher l'action publique. Au procès, seul ce magistrat sera compétent pour requérir l'application d'une peine. La victime, agissant dans son intérêt privé¹⁴⁵¹, pourra simplement demander la condamnation pénale et la réparation des préjudices subis du fait de l'infraction.

516. En droit vietnamien, le Parquet détient, lui aussi, un pouvoir d'appréciation des suites à donner. Le code de procédure pénale (CPPVn) prévoit, à ce titre, que le Président du Parquet, représentant légitime de l'organe judiciaire, prend seul la décision de l'ouverture d'une procédure pénale¹⁴⁵². Comme en droit français, le parquet est doté de larges pouvoirs et intervient à tous les stades de la procédure.

¹⁴⁴⁷ La plainte simple doit être distinguée de la plainte avec constitution de partie civile. Dans ce deuxième cas, la victime ne souhaite plus uniquement informer l'autorité judiciaire de l'existence d'une infraction mais concrétise son droit d'action civile en mettant en œuvre indirectement l'action publique.

¹⁴⁴⁸ B. Boulloc, *Procédure pénale*, op. cit., n°690, p. 588 ; M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, op. cit., n°357, p. 378.

¹⁴⁴⁹ M.-L. Rassat, *Ibid.*, n°358, p. 378.

¹⁴⁵⁰ Voir *infra* n°523 et s.

¹⁴⁵¹ B. Boulloc, *Procédure pénale*, op. cit., n°176, p. 147.

¹⁴⁵² C. Pr. Pén. Vn, art. 36§1 a) : « The chairmen of procuracies shall have the following tasks and powers To organize and direct activities of exercising the right to prosecute and supervise the law observance in criminal proceedings».

Dans la phase d'enquête, le CPPVn prévoit que les autorités d'investigations ont le pouvoir d'ouvrir une enquête lorsque que des faits sont portés à leur connaissance¹⁴⁵³. Mais en cas d'inaction de leur part, le Parquet peut requérir l'ouverture d'une procédure d'enquête contre personne dénommée. Le contraire ne semble en revanche pas possible. Le Parquet ne dispose pas du pouvoir d'ordonner aux enquêteurs de clore une enquête ou de ne pas l'ouvrir¹⁴⁵⁴.

Dans la phase dite, de poursuites, le Parquet vietnamien semble avoir des pouvoirs analogues au Ministère public. Lorsqu'il existe des indices suffisants permettant de penser qu'une personne a commis une infraction¹⁴⁵⁵, il peut prendre la décision de la « mettre en examen ». Cette décision peut intervenir à tout moment de l'enquête¹⁴⁵⁶. A l'issue de l'enquête, il peut décider de renvoyer le suspect devant une juridiction de jugement. A l'inverse, il a également le pouvoir de classer l'affaire sans suite lorsqu'il estime, par exemple, que les charges pesant sur le « mis en examen » sont insuffisantes¹⁴⁵⁷. En outre, le Parquet apprécie également la légalité des poursuites. A ce titre, il est en charge de qualifier les faits et d'estimer s'il existe ou non des circonstances aggravantes¹⁴⁵⁸.

517. S'il est certain que le Parquet détient un large pouvoir d'appréciation des suites à donner, des doutes subsistent sur son droit absolu d'être informé de la commission d'infractions. Ce droit n'apparaît pas expressément dans les dispositions du CPPVn. Il semble, pour ce faire, qu'il faille distinguer entre les différents modes d'information.

Lorsque les autorités d'enquêtes sont informées par la voie de dénonciation ou d'aveu spontané¹⁴⁵⁹, elles sont dans l'obligation d'ouvrir une procédure d'enquête. La notion de « dénonciation » est définie à l'article 101 du CPPVn comme le fait, par tout citoyen ayant connaissance de la commission d'une infraction, d'en informer les autorités compétentes. Elle est donc réservée aux personnes physiques, tels que les tiers « sachants »¹⁴⁶⁰ n'ayant pas personnellement soufferts de l'infraction. Lorsque les faits sont portés à la connaissance des autorités par des agences ou institutions, il s'agit d'une « information »¹⁴⁶¹. Dans cette situation, les autorités d'enquêtes ne semblent pas détenir quelconque pouvoir d'appréciation et sont dans l'obligation d'ouvrir une enquête. En toute logique, elles devraient être également dans l'obligation d'en avertir le Parquet.

¹⁴⁵³ C. Pr. Pén. Vn, art. 34§2 a) : « When investigating criminal cases, the heads of investigating bodies shall have the following tasks and powers: To decide to institute criminal cases and initiate criminal proceedings against the accused, to decide not to institute criminal cases; to decide to incorporate or separate criminal cases».

¹⁴⁵⁴ L'article 112§1 du code de procédure pénale ne prévoit pas, en effet, la possibilité pour le parquet d'ordonner la cessation d'une enquête à l'encontre d'une personne déterminée. En revanche, lorsqu'une plainte ou dénonciation est directement déposée devant lui, il semble qu'il ait le pouvoir de directement classer sans suite sans ordonner l'ouverture d'une enquête.

¹⁴⁵⁵ C. Pr. Pén. Vn, art. 126.

¹⁴⁵⁶ C. Pr. Pén. Vn, art. 112§1.

¹⁴⁵⁷ C. Pr. Pén. Vn, art. 166§1.

¹⁴⁵⁸ La qualification de l'infraction ainsi que ses éventuelles circonstances aggravantes doivent figurer dans la mise en examen délivrée par le parquet. Le parquet est donc en charge de qualifier l'infraction ; cf nC. Pr. Pén. Vn, art. 166§1 et art. 167.

¹⁴⁵⁹ C. Pr. Pén. Vn, art. 100 : « Criminal cases shall be instituted only when criminal signs have been identified. The identification of criminal signs shall be based on the following grounds: 1. Denunciations of citizens; 2. Information reported by agencies or organizations; 3. Information reported on the mass media; 4. Criminal signs directly detected by investigating bodies, procuracies, courts, border guard, customs, ranger, coast guard forces and other agencies of the People's Police or the People's Army, which are assigned to conduct a number of investigating activities; 5. Confession by offenders ».

¹⁴⁶⁰ Terme utilisé dans S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, op. cit., n°1139, p. 805.

¹⁴⁶¹ En effet, les articles 100 et 103 du code de procédure pénale vietnamien font une très nette distinction entre la dénonciation par les citoyens et l'information émise par toute autre institution ou organisation. Par ailleurs, l'article 101 du même code restreint expressément le champ d'application du terme « notification » aux seuls citoyens ; C. Pr. Pén. Vn, art. 101 : « Citizens may denounce offenses to investigating bodies, procuracies, courts or other bodies, organizations. If a denunciation is made orally, the receiving agency or organization must make a minutes thereof with the signature of the denouncer. Agencies, organizations, when detecting or receiving denunciations of citizens, must promptly report such information in writing to the investigating bodies.».

Lorsque les autorités d'enquêtes sont averties par voie de plainte, en revanche, l'article 34 du CPPVn prévoit qu'elles détiennent l'opportunité de décision d'une procédure d'enquête¹⁴⁶². En d'autres termes, elles seront seules compétentes pour décider de l'ouverture d'une procédure. En cas de « classement sans suite » de la plainte, il n'est pas prévu que le Parquet doive tout de même être obligatoirement averti. En revanche, il a la possibilité de recueillir directement les plaintes et les dénonciations. Il peut, à ce titre, ordonner aux autorités l'ouverture d'une procédure d'enquête¹⁴⁶³. Si la plainte déposée devant les autorités d'enquêtes n'aboutit pas, la « victime » semble donc avoir la possibilité de s'adresser directement au Parquet pour demander l'ouverture d'une procédure.

518. Il ressort de ces dispositions que le Parquet semble détenir un droit d'information mais non absolu. Le régime diffère selon que l'information a été recueillie par voie de dénonciation ou de plainte. Il semble, en outre, que le Parquet doive être informé lorsque les infractions ont été détectées par tout moyen ainsi que des suites qui ont été données à ces « indices ». Bien que le code semble prévoir un droit d'information du Parquet puisque ce dernier détient la possibilité d'ordonner l'ouverture d'une enquête, rien ne permet de l'assurer et il est judicieux de s'interroger sur le fait de savoir si le parquet vietnamien est effectivement informé de toutes les infractions commises sur le territoire. Il semble par ailleurs que la plainte souffre d'un régime peu avantageux. Au contraire de la dénonciation, elle n'entraîne pas l'ouverture systématique d'une procédure d'enquête. Mais en l'absence de définition, il n'est pas possible de déterminer précisément si la victime a l'obligation de porter plainte pour porter les faits à la connaissance des autorités d'enquêtes. Rien n'indique, en effet, que la dénonciation est limitée, comme en droit français, aux seuls tiers « sachants ». Il est possible d'émettre l'hypothèse selon laquelle la victime pourrait passer par la voie de la dénonciation pour forcer les autorités d'enquêtes à mettre en mouvement la procédure et en informer le parquet.

519. Durant la phase « d'instruction », le parquet semble conserver toutes ses prérogatives puisque le droit vietnamien n'a pas créé la fonction de juge d'instruction. En droit français, lorsque les faits portés à la connaissance du Ministère public constituent un crime ou un délit complexe, il devra ordonner l'ouverture d'une information judiciaire par un réquisitoire introductif d'instance. Par ce fait, un juge d'instruction, saisi *in rem*, sera en charge d'instruire l'affaire à charge et à décharge. Une fois ses conclusions effectuées, il appartiendra à ce juge de décider d'un non-lieu ou d'un renvoi devant une juridiction de jugement¹⁴⁶⁴. Cette décision est susceptible d'appel devant la Chambre de l'Instruction. En droit vietnamien, c'est le parquet qui est seul en charge des poursuites et de « l'instruction ». Il ordonne aux autorités d'enquêtes de prendre des mesures ou d'ouvrir une procédure pénale. Lui seul a le pouvoir de classer l'affaire sans suite ou de la suspendre¹⁴⁶⁵. A l'issue de l'enquête, il peut donc décider d'abandonner les poursuites ou de renvoyer l'affaire devant une juridiction de jugement. Cette décision n'est visiblement pas susceptible d'appel puisque, à la différence du juge d'instruction, il ne s'agit pas d'une autorité juridictionnelle. Une décision de renvoi a, dès lors, une autorité absolue.

¹⁴⁶² C. Pr. Pén. Vn, art. 34.

¹⁴⁶³ C. Pr. Pén. Vn, art. 36§1 h) : « The chairmen of procuracies shall have the following tasks and powers : To settle complaints and denunciations falling under the competence of procuracies.».

¹⁴⁶⁴ Pour plus de détails sur la phase d'instruction en droit français, cf S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 1065 et s. ; B. Bouloc, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 635 et s. ; J. Pradel, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 501 et s. ; M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 608 et s.

¹⁴⁶⁵ C. Pr. Pén. Vn, art. 166§1 : « Within twenty days for less serious offenses and serious offenses, within thirty days for very serious offenses and especially serious offenses, after receiving the case files and investigation conclusion reports, the procuracies must issue one of the following decisions: a/ To prosecute the accused before court by an indictment; b/ To return the file for additional investigation; c/ To cease or suspend the case ».

520. Eu égard à la complexité des affaires de corruption, cette différence apparaît fondamentale. En France, la poursuite d'infractions de corruption débouchera, le plus souvent, sur l'ouverture d'une information. Une fois le juge d'instruction saisi, lui seul sera en charge de recueillir les conclusions de l'enquête. Il pourra ordonner de nouvelles mesures d'investigation et décidera de la mise en examen ainsi que du renvoi de la personne soupçonnée devant une juridiction de jugement. En d'autres termes, bien que le Ministère public soit titulaire du déclenchement de l'action publique, le déroulement de la procédure sera à la charge du juge d'instruction qui a l'obligation absolue d'instruire « à charge et à décharge »¹⁴⁶⁶. Au Vietnam, le Parquet reste en charge de la procédure et détient un pouvoir de décision absolu. Le recueil des preuves n'est soumis à aucun « contrôle juridictionnel ». L'article 5 de l'ordonnance de 2004 sur les enquêtes criminelles¹⁴⁶⁷ met cependant à la charge des enquêteurs un devoir de neutralité. Les autorités d'enquêtes doivent, sous contrôle du Parquet, « instruire » à charge et à décharge. Pour autant, une fois que le Parquet prend sa décision de renvoi, cette dernière devient irrévocable.

521. Pendant la phase de jugement, le Procureur, membre du Parquet, supervise le déroulement du procès, demande l'application de la loi et requiert l'application d'une peine à l'encontre de la personne poursuivie. Il peut, pour ce faire, exposer ses arguments et poser des questions comme toute partie demanderesse à un procès¹⁴⁶⁸.

522. Dans les deux systèmes procéduraux, le parquet est au centre du déclenchement des poursuites. En tant que représentant de la société, il est à ce titre aussi demandeur au procès contre la personne poursuivie. La victime de l'infraction n'apparaît donc pas indispensable au déroulement du procès pénal. Elle dispose, cependant, d'un droit d'action ouvert à certaines conditions. Lorsqu'elle se constitue partie civile, la victime peut avoir le pouvoir de déclencher l'action publique et de devenir partie au procès pénal.

2. La victime, titulaire de l'action civile.

523. La procédure pénale offre à la victime d'une infraction, un droit d'agir en justice pour la « réparation du préjudice causé »¹⁴⁶⁹. Ce droit d'action provient du fait incontestable que la victime d'une infraction pénale a le « *droit d'être indemnisée du préjudice qu'elle a souffert* »¹⁴⁷⁰. Ce droit d'agir est naturellement ouvert devant les juridictions civiles. Mais la particularité des victimes d'une infraction pénale est qu'elles auront également la possibilité d'agir directement devant les juridictions pénales. Cette action est dénommée « action civile » par opposition à l'action publique dont seul le parquet est titulaire. Le fait que l'action civile soit ouverte à la victime d'une infraction ne veut pas pour autant dire que toute victime peut se constituer partie civile¹⁴⁷¹. La victime doit remplir certaines conditions spécifiques à chacun des systèmes procéduraux.

524. En droit français, l'article 2 du code de procédure pénale ouvre l'action civile à « *tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* ». Cette action est ouverte pour tous les chefs de dommages¹⁴⁷² nés d'une infraction. Toutes les catégories d'infractions sont concernées par cette action dans la mesure où elles sont

¹⁴⁶⁶ C. Proc. Pén., art. 81.

¹⁴⁶⁷ Ord., n° 23/2004/PL-UBTVQH11, « Ordonnance sur l'organisation des enquêtes pénales », Hanoi, 20 août 2004.

¹⁴⁶⁸ C. Pr. Pén. Vn, art. 37.

¹⁴⁶⁹ J. Pradel, *Procédure pénale*, op. cit., n°260, p. 218 ; B. Bouloc, *Procédure pénale*, op. cit., n°249, p. 211.

¹⁴⁷⁰ M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, op. cit., n°195, p. 194.

¹⁴⁷¹ J. Pradel, *Procédure pénale*, op. cit., n°260, p. 218.

¹⁴⁷² C. Proc. Pén., art. 3.

punissables. En partant de ces conditions légales, la jurisprudence a dégagé trois conditions relatives au préjudice subi par la victime¹⁴⁷³. Ces conditions sont cumulatives. Seules les personnes souffrant d'un préjudice réunissant toutes ces conditions seront donc admises à se constituer partie civile.

525. Le préjudice subi par la victime doit être certain. La constitution d'une partie civile ne se conçoit évidemment que si « *le préjudice existe indubitablement* »¹⁴⁷⁴. En d'autres termes, le préjudice doit normalement être déjà réalisé au moment de l'action exercée par la victime¹⁴⁷⁵. La Chambre Criminelle admet cependant le préjudice futur lorsqu'il apparaît comme « *la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel et comme étant susceptible d'estimation immédiate* »¹⁴⁷⁶. La jurisprudence assimile également au préjudice actuel, la perte d'une chance « *pourvu que la disparition, par l'effet du délit, de la probabilité d'un évènement favorable, ait été constatée et que les juges se soient expliqués sur le point de savoir s'il y avait eu ou non perte effective d'une chance sérieuse* »¹⁴⁷⁷. Seul le préjudice éventuel n'est donc pas *a priori* recevable. Une exception est cependant admise lorsque l'action civile est portée devant les juridictions d'instructions dès lors que son existence apparaît comme possible et qu'il existe une relation directe de ce préjudice avec une infraction pénale¹⁴⁷⁸.

526. Le préjudice doit aussi être direct. Le préjudice de la victime doit être né d'une infraction pénale punissable. Il doit être directement rattaché à cette infraction par un lien de cause à effet¹⁴⁷⁹. La notion d'infraction punissable signifie que la situation ayant causé un dommage à une personne doit représenter une infraction pénale. Elle doit, en outre, être susceptible de poursuites pénales. En d'autres termes, l'action publique ne doit pas être affectée d'une cause d'extinction¹⁴⁸⁰.

527. Le préjudice doit enfin être personnel. L'action civile susceptible d'être portée devant un tribunal répressif n'appartient qu'à celui qui a été personnellement lésé du fait de l'infraction¹⁴⁸¹. Tous les chefs de dommages sont recevables, qu'il s'agisse de dommages corporels, matériels, financiers ou même purement moraux¹⁴⁸². Des aménagements sont cependant offerts par la jurisprudence, notamment pour les héritiers d'une victime décédée des suites de l'infraction¹⁴⁸³.

528. Lorsque ces trois caractères sont réunis, la victime obtient le droit d'agir en réparation de son préjudice devant les juridictions répressives. Mais lorsqu'elle est exercée, l'action civile contient en réalité un double objet. En sus de la demande de réparation, la victime obtient un droit d'action pénale en ce qu'elle sera en mesure de demander la condamnation des personnes poursuivies comme auteurs de l'infraction reprochée¹⁴⁸⁴. L'action civile est donc à

¹⁴⁷³ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, op. cit., n°1174 et s., p. 819 et s. ; B. Bouloc, *Procédure pénale*, op. cit., n°261 et s., p. 222 et s. ; M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, op. cit., n°202 et s., p. 202 et s. ; J. Pradel, *Procédure pénale*, op. cit., n°282 et s., p. 238 et s.

¹⁴⁷⁴ J. Pradel, *Ibid.*, n°283, p. 238.

¹⁴⁷⁵ Cass. Crim., 14 janvier 1986, *Bull. Crim.*, 1986, n°21 ; Cass. Crim., 11 juin 1985, *Bull. Crim.*, 1985, n°222 ; Cass. Crim., 4 novembre 1986, *Bull. Crim.*, 1986, n°316 ; Cass. Crim., 4 février 1998, *Bull. Crim.*, 1998, n°42 ; Cass. Crim., 26 octobre 1994, *Bull. Crim.*, 1994, n°340.

¹⁴⁷⁶ Cf. S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1176, p. 820 et J. Pradel, *Procédure pénale*, op. cit., n°283, p. 238.

¹⁴⁷⁷ Cass. Crim., 6 juin 1990, *Bull. Crim.*, 1990, n°224 ; *Gazette du Palais*, 26 février 1991, obs. J.-P. Doucet ; Cass. Crim., 3 novembre 2010, *Bull. Crim.*, 2010, n°172.

¹⁴⁷⁸ Cass. Crim., 20 juin 2007, pourvoi n° 06-89391, *JurisData*, n° 2007-040042.

¹⁴⁷⁹ B. Bouloc, *Procédure pénale*, op. cit., n°267, p. 228.

¹⁴⁸⁰ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, op. cit., n°1178, p. 821-822.

¹⁴⁸¹ B. Bouloc, *Procédure pénale*, op. cit., n°262, p. 222.

¹⁴⁸² Pour le préjudice purement moral : Cass. Crim., 18 octobre 1990, *Bull. Crim.*, 1990, n°345 (préjudice moral subi par la victime d'un délit de fuite) ; Cass. Crim., 24 janvier 1996, *Bull. Crim.*, 1996, n°39 (préjudice moral issu d'une tentative de meurtre) ; Cass. Crim., 23 octobre 2012, *Bull. Crim.*, 2012, n°225 (angoisse d'une mort imminente).

¹⁴⁸³ Voir en ce sens, M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, op. cit., n°206-208, p. 206-207.

¹⁴⁸⁴ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, op. cit., n°1169, p. 817.

la fois indemnitare et vindicative. Lorsque la victime souhaite se constituer partie civile, deux possibilités s'offrent à elle. Si l'action publique est déjà déclenchée par le Ministère public, elle peut se joindre à lui en devenant à son tour partie au procès pénal par la voie de l'intervention. Si le Ministère public n'a pas encore déclenché les poursuites ou a décidé de classer l'affaire sans suite, la victime peut agir par voie « d'action » et forcera le Ministère public à poursuivre l'infraction.

529. En droit vietnamien, le code de procédure pénale semble lui aussi offrir un droit d'action à la victime. Pour autant, son rôle n'apparaît pas aussi déterminant qu'en droit français.

La victime détient la possibilité de porter plainte lorsqu'une infraction a été commise à son préjudice¹⁴⁸⁵. Mais, comme soulevé, ce canal d'information ne lie pas les autorités d'enquêtes et de poursuites qui auront librement le choix d'y donner suite ou non¹⁴⁸⁶. La notion de plainte n'est pas définie en droit vietnamien et le code ne fait pas apparaître plusieurs catégories de plaintes. En d'autres termes, il n'existe pas de distinction entre une plainte simple et une plainte avec constitution de partie civile. Le CPPVn mentionne cependant qu'il existe des infractions pour lesquelles la plainte de la victime est essentielle au déclenchement d'une procédure. Pour toutes les infractions listées à l'article 105 du CPPVn, le parquet ne peut donc s'autosaisir¹⁴⁸⁷. Plus loin encore, le parquet n'est plus titulaire de l'action publique. Seule la victime sera compétente pour engager les poursuites¹⁴⁸⁸. Cet article laisse effectivement entendre que la victime ne va pas seulement forcer le parquet à déclencher les poursuites mais va se substituer à lui. Pour les infractions limitativement énumérées, elle deviendra véritablement titulaire de l'action en obligeant les autorités d'enquêtes à ouvrir une procédure et en obtenant un véritable droit d'action devant les juridictions répressives¹⁴⁸⁹. Hormis ces cas spécifiques, dont la corruption ne fait pas partie, la victime conserve un rôle très passif pour le déclenchement de la procédure. Elle n'aura pas la possibilité de déclencher, même indirectement, l'action publique du parquet. Pendant toute la phase d'enquête, la victime sera d'ailleurs considérée comme simple témoin entendu dans le seul but de « *permettre la résolution de l'affaire* »¹⁴⁹⁰.

530. Pendant la phase du procès pénal, en revanche, la victime détient un rôle plus important. La procédure pénale vietnamienne fait une distinction significative entre la notion de victime, personne physique ayant directement souffert de l'infraction et la partie civile¹⁴⁹¹. Cette dernière se définit comme les personnes, agences ou organisations ayant subi un dommage de l'infraction plus indirect que la victime¹⁴⁹². Dans les deux situations, victimes et parties civiles ont le pouvoir d'intervenir pendant la phase du procès pénal en présentant tout « documents, objets ou plaintes » devant la Cour afin de prouver le niveau de préjudice subi. En tant que

¹⁴⁸⁵ C. Pr. Pén. Vn, art. 31.

¹⁴⁸⁶ C. Pr. Pén. Vn, art.100. Voir *supra* n°517.

¹⁴⁸⁷ C. Pr. Pén. Vn, art. 105 : « The cases involving the offenses prescribed in Clauses 1 of Articles 104, 105, 106,108, 109, 111, 113, 121, 122, 131 and 171 of the Penal Code shall only be instituted at the requests of victims or lawful representatives of victims who are minors or persons with physical or mental defects. ».

¹⁴⁸⁸ Les infractions concernées par cette procédure spécifiques sont : blessures volontaires et atteintes volontaires à la santé d'autrui, Blessures volontaires et autres atteintes volontaires à la santé d'autrui commises en état de forte excitation psychique, Blessures volontaires et autres atteintes volontaires à la santé d'autrui commises par excès de la légitime défense, Blessures involontaires et autres atteintes involontaires à la santé d'autrui, Blessures involontaires ou autres atteintes involontaires à la santé d'autrui par manquement aux règles professionnelles ou administratives, Viol, Contrainte aux pratiques sexuelles, outrage envers autrui, Dénonciation calomnieuse, Atteintes aux droits d'auteur et Atteintes aux droits de propriété industrielle.

¹⁴⁸⁹ Cette hypothèse se trouve confirmée par l'analyse de l'article 51§3 du code de procédure pénale vietnamien qui prévoit que, dans les cas prévus par l'article 105, la victime doit présenter ses accusations devant la cour. Ainsi, non seulement la victime déclenche l'action publique mais elle l'exerce puisque, à l'image du procureur dans un procès pénal classique, elle doit présenter ses accusations et apporter les preuves de ces dernières. La procédure de l'article 105 devient alors purement accusatoire ; cf C. Pr. Pén. Vn, art. 53§1.

¹⁴⁹⁰ C. Pr. Pén. Vn, art. 137.

¹⁴⁹¹ En anglais « civils plaintiffs ».

¹⁴⁹² C. Pr. Pén. Vn, art. 52§1.

parties au procès, elles ont également la possibilité d'être informées des résultats de l'enquête et du déroulement de la procédure, de présenter leurs « opinions et arguments » devant la Cour et en faveur de la défense de leurs intérêts. Elles ont, enfin, la possibilité de faire appel d'une décision rendue en premier ressort¹⁴⁹³. Pour ce faire, le CPPVn fait tout de même une distinction entre la victime directe et la partie civile. Seule la victime directe est investie du droit de faire appel de la décision répressive sur le *quantum* de la peine prononcée par la Cour. La partie civile, elle, ne peut interjeter appel que sur l'aspect patrimonial de la décision, c'est-à-dire du montant d'indemnisation alloué par la Cour.

531. En droit français comme en droit vietnamien, la victime détient donc un droit d'agir directement devant les juridictions répressives pour la représentation de ses intérêts particuliers. Ce système avantageux vaut pour toutes les infractions de droit commun. En droit français, cependant, la corruption a longtemps été considérée comme une infraction spécifique ôtant à la victime son droit d'agir.

532. L'infraction de corruption a été conçue afin de protéger la société contre les manquements au devoir de probité. Comme beaucoup d'autres infractions économiques, le législateur français a édicté la corruption dans un but d'intérêt général et non en vue de protéger les intérêts particuliers¹⁴⁹⁴. En tant qu'infraction d'intérêt général, la victime ne saurait être autre que la société tout entière¹⁴⁹⁵. Aucune personne privée ne saurait donc être compétente pour se constituer partie civile en ce que le préjudice ne peut en aucun cas être considéré comme personnel et direct¹⁴⁹⁶. En matière d'infractions d'intérêt général, le Ministère public détient alors l'opportunité absolue des poursuites, ce qui a longtemps été le cas en matière de corruption.

Mais la jurisprudence a depuis évolué. Elle admet aujourd'hui la constitution de partie civile pour les infractions de corruption. Si une telle action avait déjà été admise périodiquement¹⁴⁹⁷, c'est dans un arrêt du 1^{er} décembre 1992¹⁴⁹⁸ que la Chambre Criminelle s'est définitivement positionnée en faveur de cette reconnaissance. Dans sa décision, la Cour a ainsi estimé que si le délit de corruption passive a été institué en vue de l'intérêt général, il « *tend également à la protection des particuliers* ». Il s'agit là d'une reconnaissance jurisprudentielle fondamentale sur le fait que la corruption peut faire des victimes personnes physiques. Le préjudice invoqué sera le plus souvent matériel ou pécuniaire. Mais la Cour admet aussi l'indemnisation du préjudice moral. Ainsi, la ville de Cannes a pu obtenir réparation du préjudice résultant d'une atteinte à sa notoriété mondiale consécutive à la condamnation de son maire pour corruption¹⁴⁹⁹.

533. Si la validité de l'action civile a depuis longtemps été reconnue pour les infractions de corruption internes, une exception a toutefois longtemps subsisté quant aux infractions de corruption transnationale. La loi du 13 novembre 2007¹⁵⁰⁰ portant création des délits de corruption active et passive d'agents publics étrangers et internationaux instituait le principe de monopole des poursuites du Ministère public pour toutes les pratiques concernant les agents public étrangers hormis ceux de l'Union Européenne. Il s'agissait là de la seule

¹⁴⁹³ C. Pr. Pén. Vn, art. 51 et 52.

¹⁴⁹⁴ B. Boulloc, *Procédure pénale*, op. cit., n°265, p. 226.

¹⁴⁹⁵ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1183, p. 824.

¹⁴⁹⁶ Un ancien arrêt de la Cour de Cassation avait, en effet, jugé irrecevable la constitution de partie civile de la part de contribuables qui s'étaient estimés lésés par des pratiques corruptrices commises par le maire d'une commune ; Cf Cass. Crim., 25 octobre 1934, *Bull. Crim.*, 1934, n° 169.

¹⁴⁹⁷ Par exemple, Cass. Crim, 5 septembre 1989, *Droit pénal*, 1989, comm. 76.

¹⁴⁹⁸ Cass. Crim, 1^{er} décembre 1992, *Droit pénal*, 1993, comm. 126, obs. A. Maron.

¹⁴⁹⁹ Cass. Crim, 8 février 2006, *Droit pénal*, 2006, comm. 73 ; Cass. Crim, 14 mars 2007, *Droit pénal*, 2007, comm. 85.

¹⁵⁰⁰ Loi, n° 2007-1598, 13 novembre 2007, « Loi relative à la lutte contre la corruption », op. cit.

réurrence du traitement inégal des agents publics selon leur nationalité¹⁵⁰¹. Ce monopole interdisait donc toute constitution de partie civile pour les infractions de corruption transnationale commises par ou en relation avec des agents publics étrangers non européens.

534. Lors de la création de ces dispositions, le législateur s'était justifié d'une façon pour le moins surprenante. D'une part, il invoquait la volonté d'éviter l'ouverture de procédures abusives dans le seul but de nuire gravement à la réputation d'entreprises françaises présentes sur des marchés étrangers très compétitif. D'autre part, il invoquait la raison, pour le moins obsolète, que la corruption était avant tout une infraction d'intérêt général¹⁵⁰². La première raison reste la plus embarrassante. Pourquoi invoquer la volonté d'éviter de nuire à la réputation des entreprises françaises ? S'il s'agissait d'un véritable risque, pourquoi avoir permis la constitution de partie civile pour les autres infractions de corruption ? N'y a-t-il pas, là aussi, un risque de nuire gravement à la réputation d'un agent public, d'un organisme public ou privé ou d'une personne privée ? Un tel monopole était d'autant plus contestable que le domaine des relations commerciales internationales est le plus exposé au risque de corruption. Il est curieux que la volonté soit de protéger les entreprises françaises implantées à l'étranger quand ces dernières sont justement les plus enclines à céder à la tentation de la corruption. La raison moins avouable d'un tel monopole semblait plutôt être relative à la volonté, de la part du gouvernement, d'accorder encore un seuil de tolérance au versement des commissions à l'international pour favoriser l'implantation des entreprises françaises à l'étranger.

Ces dispositions restrictives ont fait l'objet de critiques récurrentes de la part de l'OCDE lors des évaluations sur la mise en œuvre, par la France, des dispositions de la Convention contre la corruption des agents publics étrangers. Dans ses rapports de 2006 et 2012, l'OCDE soulignait le caractère trop restrictif du monopole émanant de l'article 435-6 du code pénal¹⁵⁰³. L'organisation demandait expressément à la France d'admettre la constitution de partie civile pour toutes les infractions de corruption, sans exception. Par la loi du 6 décembre 2013¹⁵⁰⁴, le législateur est allé dans le sens de ces requêtes en supprimant purement et simplement le monopole des poursuites du parquet en matière de corruption transnationale. L'article 1^{er} II de la loi abroge l'article 435-6 du code pénal¹⁵⁰⁵. De ce fait, la victime d'une corruption d'agent public étranger peut se constituer partie civile, par voie d'action ou d'intervention et quelque-soit la nationalité de l'auteur.

535. De nombreux efforts ont été fournis, du moins en France, pour la reconnaissance de la corruption comme « infraction classique » pour la recevabilité de l'action civile. Pour autant, force est de constater qu'elle reste une infraction particulière dans tous les domaines. Cela vaut également pour les victimes de l'infraction qui ne sont pas des victimes classiques. Premièrement, au contraire de nombreux autres méfaits, la victime ne subit pas toujours un dommage évident. La corruption va souvent déboucher sur la perte d'une chance, notamment lorsque le pacte a été conclu dans le cadre d'une passation de marché public. La conclusion du pacte pourra également ne léser aucun tiers puisque la rémunération n'aura pour objet que

¹⁵⁰¹ Rappelons que, sous l'empire de la loi du 30 juin 2000 (*op. cit.*), il existait deux catégories de corruption transnationale : la corruption des agents publics communautaires ou fonctionnaires européens et la corruption d'agents publics étrangers non européens. Voir *supra* n° 118 et s.

¹⁵⁰² C. Cutajar, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaider pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *Dalloz*, 2008, p. 1081

¹⁵⁰³ OCDE, « Rapport de suivi sur la mise en œuvre des recommandations au titre de la phase 2 sur l'application de la convention et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », *OCDE*, 30 mars 2006, p. 5 et 17 ; OCDE, « Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption », *OCDE*, octobre 2012, *op. cit.*, §82, p. 36.

¹⁵⁰⁴ Loi, n°2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière », *op. cit.*

¹⁵⁰⁵ C. Cutajar, « Le nouvel arsenal de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *JCP E*, 2014, n°4, act. 49.

l'obtention, par exemple, d'un document personnel au corrupteur. Deuxièmement, c'est parfois le corrupteur lui-même qui subit un préjudice du fait de l'infraction. Mais en tant « *qu'auteur d'un délit jumeau, la victime est par trop indigne* »¹⁵⁰⁶. Enfin, l'action civile des associations de lutte contre la corruption peine à être pleinement reconnue quand d'autres associations, notamment de consommateurs, n'ont aucun mal. Tous ces exemples démontrent que si l'action civile est désormais reconnue pour la poursuite des pratiques corruptrices, la victime, elle, reste soumise à un statut très particulier.

B - Le statut très particulier de la victime d'activités corruptrices

536. La place des victimes dans la répression des pratiques de corruption suscite encore quelques interrogations. De par la nature particulière des infractions, la corruption a longtemps été analysée en France comme ne pouvant provoquer qu'un préjudice social exclusif de tout préjudice matériel¹⁵⁰⁷. En droit vietnamien, le rôle des victimes reste, de manière générale, très accessoire et la loi contre la corruption¹⁵⁰⁸ n'a pas eu pour vocation de le renforcer en la matière. Au contraire, elle semble même privilégier la réparation du préjudice social au détriment d'un éventuel préjudice matériel subi par une personne physique¹⁵⁰⁹. Dans les deux systèmes, l'interdiction des pratiques corruptrices est avant tout mue par une volonté de protéger l'intérêt général contre les manquements au devoir de probité.

537. Pourtant, le rôle des victimes est aujourd'hui au cœur des politiques internationales de lutte contre la corruption¹⁵¹⁰. La Convention de Mérida, d'une part, demande aux Etats d'admettre la possibilité pour « *toute personne ayant subi un préjudice, du fait d'un acte de corruption, d'engager une action en justice en vue de sa réparation* »¹⁵¹¹. La Convention Civile du Conseil de l'Europe, d'autre part, fait obligation aux Etats parties de permettre à la victime d'une infraction de corruption d'agir en justice, dans le cadre d'une action civile, pour la défense ses intérêts et obtenir réparation¹⁵¹². Les instruments internationaux adoptés pour la lutte contre la corruption confèrent donc un rôle central à la victime. Cela démontre une volonté internationale de sortir la corruption de son sillage d'infraction purement d'intérêt général. Les politiques internationales œuvrent pour une reconnaissance du fait indubitable que la corruption fait des victimes matérielles. Mais, si tel est bien le cas dans la pratique, il ne fait nul doute que ces victimes sont particulières au regard d'autres infractions plus « classiques ».

538. Contrairement à d'autres infractions comme l'homicide ou le vol, la corruption est une infraction purement économique, très occulte et établie par le biais du fameux pacte corrupteur. En conséquence, dans sa forme classique, le délit n'est censé ne concerner que les parties à l'accord et non les tiers qui y restent totalement étrangers. Dans cette conception, le

¹⁵⁰⁶ W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *op. cit.*, n°24. Cette vision renvoie à celle dégagée par Monsieur le Professeur Reynald Ottenhof relative au consentement de la « victime » parfois érigé en infraction ; Cf R. Ottenhof, « Le droit pénal et la formation du contrat civil », *Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ)*, Bibliothèque droit privé, t. CX, 1970, n°27, p. 32.

¹⁵⁰⁷ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°466, p. 181.

¹⁵⁰⁸ Loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*

¹⁵⁰⁹ La loi contre la corruption contient, en effet, de nombreuses dispositions visant à faire en sorte que l'auteur d'un acte de corruption répare les dommages qu'il a causés, notamment à la société. Mais il semble également que cette réparation puisse être faite envers des personnes physiques victimes de corruption. En revanche, aucune disposition de la loi ne vient se placer du côté de la personne lésée par un acte de corruption afin de lui conférer quelconque recours spécifique, pénal ou civil. En matière de corruption, c'est donc le droit commun de la procédure pénale vietnamienne qui vient à s'appliquer.

¹⁵¹⁰ C. Cutajar, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaider pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *op. cit.*, p. 1081.

¹⁵¹¹ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 35.

¹⁵¹² Conseil de l'Europe, « Convention civile contre la corruption », *op. cit.*, art. 3.

pacte se réalise lorsque le corrupteur verse un avantage et que le corrompu, en retour, agit ou s'abstient d'agir en faveur du corrupteur. La seule personne qui s'est matériellement appauvrie n'est dès lors autre que le corrupteur, lui-même auteur d'un « *délit jumeau* »¹⁵¹³. Etant de mauvaise foi, il est irrecevable à se constituer partie civile¹⁵¹⁴. Cette position est indiscutable lorsque l'intention du corrupteur est aussi forte que celle du corrompu. C'est-à-dire, lorsque le corrupteur a été mu par une volonté réelle de rémunérer quelconque traitement de faveur à son égard. Elle apparaît en revanche plus critiquable lorsque le corrupteur a cédé aux pressions exercées par le corrompu. Il n'est pas rare, dans la pratique, que le dénommé « corrupteur » soit en réalité victime d'une forme de « *racket* »¹⁵¹⁵. Dans une telle situation, il se trouve dans l'obligation de céder aux sollicitations du corrompu pour obtenir le service souhaité qui devrait lui revenir de droit, telle que l'étude d'un dossier ou la délivrance d'une attestation. Cette « soumission » du corrupteur au corrompu se vérifie notamment dans le cadre de l'attribution ou la conservation de marchés au Vietnam. Une entreprise, française par exemple, n'a souvent d'autre choix que de verser des commissions aux autorités nationales. D'autres exemples nous démontrent que le corrupteur n'est pas toujours mu par une réelle volonté et que son choix de cesser une relation corruptrice peut parfois avoir des conséquences meurtrières. C'est ce qui s'est produit dans la fameuse affaire « *Karachi* »¹⁵¹⁶. Il ne fait nul doute que le corrupteur subit, ici, un préjudice matériel et moral du fait des pressions exercées sur lui. Ce préjudice est certain, direct et personnel. Pourtant, le droit français incrimine le fait de « céder » aux sollicitations du corrompu, de sorte que le corrupteur forcé est trop « *indigne* »¹⁵¹⁷ pour se constituer partie civile. La jurisprudence ne lui accorde le droit d'obtenir réparation que dans la mesure où, en ayant subi des pressions, celui qui a cédé à la sollicitation ne s'est pas rendu complice de l'infraction par provocation¹⁵¹⁸. En d'autres termes, s'il n'a pas versé la commission espérée du corrompu. Mais lorsqu'il refuse de céder et dénonce la pression exercée par le corrompu, comment peut-il se constituer partie civile ? Quel serait le préjudice invocable ? Sans nul doute, le préjudice moral du fait de la sollicitation serait invocable. Mais, dans le cadre d'une passation de marché public, l'entreprise lésée pourrait-elle invoquer la perte d'une chance ? Comme soulevé, la jurisprudence n'admet ce préjudice que lorsque son existence, avant le fait dommageable, ne faisait nul doute¹⁵¹⁹. Or un aléa subsiste. Même en l'absence de toute relation corruptrice, rien ne garantit que l'entreprise aurait pour autant été choisie.

539. Les tiers au pacte corrupteur peuvent aussi parfois subir un préjudice de ces activités. Tel est le cas, par exemple, d'une entreprise évincée d'une procédure de passation de marché public en violation des règles éthiques. Pour autant, il est rare en pratique que ces tiers agissent en réparation du préjudice subi. D'une part, ils ignorent le plus souvent le préjudice subi du fait de la corruption. D'autre part, même lorsqu'ils soupçonnent des activités corruptrices, ils hésitent à agir en justice de peur d'être par la suite condamnés pour dénonciation calomnieuse¹⁵²⁰. Lorsqu'une victime se constitue partie civile par voie d'action, elle ne bénéficie pas, en effet, des mêmes protections que le Ministère public. Elle peut, notamment, être poursuivie pour diffamation ou dénonciation calomnieuse lorsqu'aucune

¹⁵¹³ W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *op. cit.*, n°24.

¹⁵¹⁴ La Chambre Criminelle a consacré, à propos du trafic d'influence, que les personnes de mauvaise foi sont irrecevables à se constituer partie civile contre l'auteur principal du délit. Cette solution est parfaitement transposable en matière de corruption ; Cf Cass. Crim. 7 février 2001, *Droit pénal*, 2001, comm. 82, obs. M. Véron.

¹⁵¹⁵ C. Cutajar, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaider pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *op. cit.*, p. 1081.

¹⁵¹⁶ Cass. Crim. 4 avril 2012, n° 11-81124, *JurisData*, n° 2012-006071 ; *JCP G*, 2012, n°23, 674, note C. Cutajar ; *RSC*, 2012, p. 553, obs. H. Matsopoulou.

¹⁵¹⁷ Terme utilisé par W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *op. cit.*, n°24.

¹⁵¹⁸ Cass. Crim. 1^{er} décembre 1992, *op. cit.*

¹⁵¹⁹ Voir *supra* n°525.

¹⁵²⁰ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, p. 198.

condamnation n'a pu aboutir. Rien n'indique par ailleurs, en cas d'éviction d'une procédure de passation de marché public, que l'entreprise aurait dans pour autant été choisie. Dans ce cas, la réalité du préjudice est difficilement invocable. D'autres tiers au pacte peuvent théoriquement être considérés comme victime de la corruption. Si la société est considérée *in abstracto* comme victime de la corruption, tel devrait aussi être le cas des usagers, clients ou contribuables¹⁵²¹. En ce qui concerne le contribuable, la question de son statut de victime apparaît pertinente. C'est, en effet, sur lui que se répercute inévitablement le prix de la corruption, notamment lorsqu'elle est commise au sein du secteur public.

540. Dans sa décision du 1^{er} décembre 1992, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a semblé se positionner en faveur de cette reconnaissance. Elle avait, en effet, admis la recevabilité de la constitution de partie civile exercée par un contribuable envers un receveur principal des impôts¹⁵²². Cependant, dans cette affaire, le contribuable avait été sollicité personnellement par le fonctionnaire de l'administration fiscale en vue d'une diminution des majorations de retard dues¹⁵²³. Le préjudice était donc bien direct et personnel. *A contrario* un contribuable ne saurait arguer d'un préjudice personnel du fait d'un représentant corrompu lorsqu'il n'a pas directement été sollicité. Pour pallier à cet obstacle, l'action des associations spécialisées dans la lutte contre la corruption peut être envisagée. Le législateur français ouvre, en effet, le droit pour certaines associations de se constituer partie civile pour la défense de l'intérêt collectif « *associationnel* » pour lequel elles ont été constituées¹⁵²⁴. Derrière cette action se cache un « *véritable droit d'action publique, dès lors que loin de leur impartir la mission de défendre, par cette action, les intérêts collectifs dont elles ont la charge, le législateur leur a, réellement, attribué comme tâche la défense d'une parcelle de l'intérêt général* »¹⁵²⁵. Mais toutes les associations ne sont pas investies de ce droit. Le législateur a pris le soin de les énumérer limitativement dans les articles 2-1 et suivants du code de procédure pénale. Pendant très longtemps, les associations de lutte contre la corruption étaient exclues de cette action.

541. La reconnaissance d'un droit d'action pour associations de lutte contre la corruption s'est faite en deux temps. D'abord, elle s'est fait de manière jurisprudentielle. La Cour de Cassation, dans son arrêt relatif à l'affaire des « *biens mal acquis* » du 9 novembre 2010¹⁵²⁶, a consacré pour la première fois le droit pour l'ONG Transparency International à se constituer partie civile. Cette décision venait à la suite de nombreux débats et rebondissements jurisprudentiels. Entre 2007 et 2008, de nombreux recours avaient été exercés par les ONG Sherpa et Transparency International pour obtenir l'ouverture d'une information judiciaire sur certains biens « mal acquis » par de hauts dignitaires congolais, gabonais et guinéens. Leur action avait été rejetée par la Cour d'Appel de Paris qui, se fondant sur les articles 2-1 à 2-21 du code de procédure pénale, l'avait jugée irrecevable. C'est donc dans le cadre d'une position parfaitement *extra legem* que la Haute Cour s'est finalement positionné en faveur des ONG par cet attendu de principe : « *Mais attendu qu'en prononçant ainsi, par des motifs pour partie inopérants tenant à la définition large de la corruption que la partie civile entend, selon ses statuts, prévenir et combattre, alors qu'à les supposer établis les délits poursuivis, spécialement le recel et le blanchiment en France de biens financés par des détournements de*

¹⁵²¹ C. Cutajar, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *op. cit.*, p. 1081.

¹⁵²² Cass. Crim, 1^{er} décembre 1992, *op. cit.*

¹⁵²³ Cf A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°466, p. 181.

¹⁵²⁴ B. Bouloc, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°278, p. 243.

¹⁵²⁵ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°1157, p. 811.

¹⁵²⁶ Cass. Crim, 9 novembre 2010, n° 09-88.272 ; *JurisData*, n°2010.1174 ; *Dalloz*, 2010, p. 2707, note S. Lavric ; *Dalloz*, 2010, p. 2760, obs. G. Roujou de Boubée ; *Dalloz*, 2011, p. 112, obs. M. Perdriel-Vaissière ; *JCP G*, 2010, n°48, 1174, note C. Cutajar.

fonds publics, eux-mêmes favorisés par des pratiques de corruption mais distincts de cette infraction, seraient de nature à causer à l'association Transparence International France un préjudice direct et personnel en raison de la spécificité du but et de l'objet de sa mission, la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée du principe ci-dessus rappelé ». La cassation a eu lieu sans renvoi et la constitution de partie civile a été déclarée directement recevable¹⁵²⁷. Cette décision se situe dans une lignée jurisprudentielle constante qui tend, depuis quelques années, à admettre la recevabilité de la constitution de partie civile d'association « non privilégiées », c'est-à-dire ne bénéficiant pas de dispositions spécifiques dans le code de procédure pénale¹⁵²⁸. A la suite de cette décision, l'ONG Transparency International s'était exprimée en déclarant « *Cette décision constitue une avancée juridique considérable qui va au-delà de l'affaire des Biens Mal Acquis. Pour la première fois en France, l'action en justice d'une association de lutte contre la corruption au nom des intérêts qu'elle s'est donné pour objet de défendre est jugée recevable. Cette décision, conforme à toute l'évolution du droit positif quant à l'action collective des associations, devrait ainsi permettre à l'avenir de surmonter l'inertie du parquet dans certaines affaires politico-financières sensibles.* »¹⁵²⁹.

542. La reconnaissance a ensuite été légale puisque la loi du 6 décembre 2013 consacre cette jurisprudence en conférant aux associations, qui ont pour objet statutaire la lutte contre la corruption, la capacité de se constituer partie civile¹⁵³⁰. Le nouvel article 2-23 du code de procédure pénale donne trois conditions à la recevabilité : les associations doivent être déclarées en préfecture depuis au moins cinq ans, leur objet social statutaire doit être la lutte contre la corruption et elles doivent être agréées par le Conseil d'Etat. Cette troisième condition n'est pas commune à toutes les associations désignées par le code de procédure pénale. Lors de l'adoption de la loi, le sénateur Jean Louis Masson s'était justement exprimé à ce sujet en considérant cette troisième condition comme discriminatoire par rapport aux autres associations¹⁵³¹.

543. Le droit vietnamien ne définit pas les conditions relatives à l'établissement du statut de victime d'une infraction. Il considère, néanmoins, que la victime doit avoir un « intérêt à agir ». Elle doit donc subir un préjudice direct et personnel de l'infraction. C'est là, d'ailleurs, toute la distinction avec la partie civile, dénommée « *civil plaintiffs* » dans la traduction officielle anglaise du CPPVn. La partie civile est définie, à l'article 52 du CPPVn, comme tout individu, agence ou organisations ayant subi un dommage de l'infraction. Dans ce cas, le dommage peut être indirect ou collectif, à l'image de l'action des associations en droit français. Le droit vietnamien, par l'établissement d'un statut de partie civile, déclare l'action de groupements d'intérêt collectif comme recevable. Mais cette action est conditionnée à celle du Parquet ou de la victime. La partie civile n'est pas recevable à déclencher une procédure. Elle est seulement investie du droit d'intervenir dans un procès pénal pour la représentation d'intérêts patrimoniaux.

¹⁵²⁷ Cf. S. Lavric, « Affaire des « biens mal acquis » : recevabilité de la constitution de partie civile de l'association Transparence International France », *Dalloz actualité*, 15 novembre 2010 ; G. Roujou de Boubée, « Compétence française pour des détournements de fonds publics commis au préjudice d'Etats africains », *Dalloz actualité*, 15 juin 2009.

¹⁵²⁸ Dalloz, « Affaire des « biens mal acquis » : recevabilité de la constitution de partie civile de l'association transparence internationale France », *Dalloz Etudiants*, 25 novembre 2010.

¹⁵²⁹ TI France, « Bien mal acquis : la Cour de cassation juge recevable la plainte de TI France », *TI France*, 9 novembre 2010. Article disponible sur http://www.transparence-france.org/ewb_pages/p/pccp-Transparence-International.php.

¹⁵³⁰ H. Robert, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. – A propos de la loi du 6 décembre 2013 », *JCP G*, 2014, n°6, doct. 182, n°27.

¹⁵³¹ J.-L. Masson, question n° 440 adressée à Mme La Garde des Sceaux, Ministre de la Justice ; in Sénat, Séance n°110, 4 juin 2013, *Compte rendu intégral, Sénat*, site officiel

544. Le statut des victimes de la corruption est donc particulier dans les deux systèmes de droit : non seulement parce que beaucoup ignorent l'existence de pratiques corruptrices, mais aussi parce que l'action des associations de lutte contre la corruption peine à être pleinement reconnue. Or, la corruption fait indubitablement des victimes. Il est des situations pour lesquelles de tels agissements peuvent tuer ou engendrer des dommages corporels d'une importante gravité. Mais en tant qu'infraction économique, ces préjudices ont du mal à être reconnus comme découlant directement des pratiques corruptrices.

545. Cela a pourtant été le cas, par exemple, des victimes de l'effondrement d'un pont au Sud Vietnam en 2007. La construction de ce pont avait été financée par des capitaux japonais à la suite d'un appel d'offre remporté grâce au versement de commissions. Pendant les travaux, les fondations du pont n'ont pas résisté aux fortes pluies. L'ouvrage s'était effondré en faisant une cinquantaine de victimes¹⁵³². Les raisons de cet effondrement étaient justement les pratiques corruptrices. Une partie du coût de la construction ayant été affectée au versement de commissions, les matériaux utilisés étaient de mauvaise qualité et en quantité insuffisante pour rendre l'édifice suffisamment solide.

L'affaire « *Karachi* » s'est également révélée comme ayant pour cause des relations corruptrices. Il a, en effet, été prouvé que les attentats commis à Karachi avait été motivés pour des raisons liées à la cessation de pratiques de corruption entre d'ancien membres du gouvernement français et de hauts dignitaires pakistanais. Fort de ces révélations, les familles de victimes s'étaient, d'ailleurs, constitué partie civile des chefs de corruptions considérant que la mort de leur proche découlait directement de ces infractions. La Cour de Cassation, dans une décision du 4 avril 2012, a déclaré cette constitution comme recevable considérant qu'il existait « *entre les attentats et les faits de corruption, un lien d'indivisibilité* »¹⁵³³. Outre cette reconnaissance, cette solution, adoptée avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 décembre 2013, avait porté « *un coup sérieux [...] au principe de monopole des poursuites du parquet en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers non membres de l'Union Européenne* »¹⁵³⁴.

546. Nous ne pouvons que constater que la corruption, pourtant réputée comme dénuée de toute victime, cause en réalité un grand nombre de préjudices et de toute nature. Il est donc urgent que la France et le Vietnam reconnaissent cet état de fait et facilitent l'action des victimes pour la réparation de tous leurs préjudices, y compris corporels. Mais au-delà de cet aspect spécifique, force est de constater que c'est toute la procédure de droit commun qui semble inadaptée aux spécificités de la corruption. Le caractère occulte et indolore des pratiques corruptrices nécessite que des procédures spéciales soient créées pour favoriser la poursuite et la condamnation des auteurs. Cette reconnaissance tend à se faire pourtant très difficilement dans les systèmes procéduraux étudiés.

§2 – LES SPECIFICITES RELATIVES A LA CONDUITE DE LA PROCEDURE

547. Comme soulevé, les enquêtes pour manquements au devoir de probité sont plus difficiles à diligenter que pour d'autres infractions¹⁵³⁵. D'une part, les infractions sont très difficilement détectables. D'autre part, les systèmes mettent à la charge des autorités de

¹⁵³² AFP, « Pont effondré au Vietnam : bilan d'au moins 49 morts », *AFP*, 29 septembre 2007.

¹⁵³³ Cass. Crim, 4 avril 2012, *op. cit.*

¹⁵³⁴ C. Cutajar, « Affaire Karachi : une nouvelle consécration du droit à la vérité », note sous arrêt du 4 avril 2012, *JCP G*, n° 23, 4 juin 2012, 674.

¹⁵³⁵ V. Lemoine, « Les aspects policiers de la lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 23.

poursuites un degré de preuve très élevé qu'il faut recueillir dans un délai relativement restreint. Il est donc essentiel que le législateur intervienne en faveur de la répression.

548. La spécificité des infractions de corruption doit d'abord être prise en compte dès le début de la procédure, pendant la phase d'enquête. Le droit français, par exemple, a créé un régime d'enquêtes spéciales pour les infractions de criminalité organisée. La corruption peine toutefois à être reconnue en tant que telle de sorte que toutes ces techniques ne lui sont pas applicables. En droit vietnamien, aucune mesure dérogatoire n'a été mise en place par le législateur. Le droit commun des enquêtes répond encore à un schéma très classique inadapté aux infractions plus ingénieuses. Pour mieux réprimer la corruption, les législateurs doivent permettre aux autorités d'enquêtes d'avoir recours à des dispositifs spéciaux et adaptés (A).

La spécificité des infractions de corruption doit, ensuite, être prise en compte pendant toute la durée de la procédure. Leur répression nécessite, de la part des autorités d'enquêtes et de poursuites, des compétences pointues en matière d'ingénierie financière. En tant que comportements internationalisés, une centralisation des informations est essentielle. En d'autres termes, les législateurs doivent envisager de mettre en place des procédures spéciales pour toutes les infractions économiques et financières, en particulier pour les délits de corruption (B).

A -La mise en place indispensable d'enquêtes spéciales

549. La preuve de pratiques corruptrices est un défi quasi-impossible à relever pour les autorités qui en ont la charge¹⁵³⁶. Les éléments constitutifs des infractions de corruption sont tous plus difficiles à établir les uns que les autres. En conséquence, les moyens traditionnels d'enquêtes s'avèrent parfaitement inadaptés et inefficaces. Dans un souci de répression efficace, les systèmes procéduraux doivent impérativement adapter leurs mesures aux besoins de la lutte contre la corruption. En droit français, le législateur semble avoir saisi cette problématique. Il a, en ce sens, progressivement intégré la corruption aux procédures spécifiques visant à favoriser les enquêtes applicables à la criminalité organisée (1). En droit vietnamien, en revanche, l'aspect procédural n'a pas encore été pris en compte dans les objectifs de lutte contre la corruption. En conséquence, le droit procédural ne connaît aucune disposition dérogatoire du droit commun (2).

1. Les dispositifs spécifiques français visant à favoriser les enquêtes

550. La loi du 9 mars 2004, dite Loi « Perben II »¹⁵³⁷, a opéré une « réforme marquante de la procédure pénale »¹⁵³⁸ en instaurant un régime dérogatoire d'enquêtes pour les infractions relevant de la criminalité organisée. La mise en place de ces « enquêtes spéciales » découlait de la constatation que la délinquance s'est transformée. La criminalité s'est structurée, et professionnalisée. Elle est devenue parfaitement transnationale. De ce fait, les activités criminelles sont aujourd'hui « *occultes et difficiles à appréhender dans un système pénal conçu traditionnellement pour identifier les auteurs de faits constatés et non pour révéler des*

¹⁵³⁶ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, pp. 197-202.

¹⁵³⁷ Loi n°2004-204, « Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », 9 mars 2004, *JORF*, n°59, 10 mars 2004, p.4567.

¹⁵³⁸ B. de Lamy, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *Dalloz*, 2004, p. 1910.

phénomènes criminels cachés »¹⁵³⁹. Face à cette nouvelle forme de délinquance, le législateur a souhaité réagir en conférant aux enquêteurs de nouveaux moyens plus adaptés tels que les infiltrations, la sonorisation de certains lieux et véhicules, l'allongement de la durée des gardes à vue, des perquisitions nocturnes ou encore un régime dérogatoire d'interceptions de correspondances¹⁵⁴⁰. Ces mesures, applicables sous le contrôle de l'autorité judiciaire, peuvent être utilisées dès le stade de l'enquête préliminaire¹⁵⁴¹. Pour ce faire, les enquêteurs doivent se trouver face à une infraction relevant de la criminalité organisée.

Au moment de la création du régime dérogatoire, le législateur de 2004 s'est confronté à la difficulté de définir précisément la notion de « criminalité organisée »¹⁵⁴². Aussi, plutôt que de lui conférer une définition générale, il a pris le parti d'établir une liste exhaustive de toutes les infractions relevant de la criminalité organisée et pour lesquelles les enquêtes spéciales peuvent être utilisées. Cette liste a été introduite aux articles 706-73 et 706-74 du CPP. La corruption ne figurant pas dans cette liste, l'infraction a pendant longtemps été exclue du régime dérogatoire. Cette exclusion était surprenante au regard de la Convention de Palerme de 2000 qui considérait la corruption comme l'une des infractions principales de criminalité organisée.

551. Le législateur est donc, une première fois, intervenu par la loi du 13 novembre 2007¹⁵⁴³ portant création de l'article 706-1-3 du CPP. Sans considérer directement la corruption comme infraction de criminalité organisée, l'article ouvrait néanmoins la possibilité d'utiliser certaines mesures spéciales dans le cadre des enquêtes pour manquement au devoir de probité. Mais cette possibilité était doublement limitée. L'article 706-1-3 du CPP n'ouvrait cette possibilité qu'aux infractions de corruption interne et transnationale. La corruption privée restait donc exclu du dispositif. Cet « oubli » du législateur était fortement critiquable. La corruption privée est tout aussi occulte et indolore que les autres formes de corruption. A partir du moment où le législateur prend le parti d'incriminer toutes les formes de corruption, il doit au moins les soumettre au même régime procédural. L'article 706-1-3 du CPP n'ouvrait également qu'une partie des mesures spécifiques aux infractions de corruption. Seules quelques mesures étaient donc applicables aux manquements au devoir de probité. Il s'agissait de la mise en place de systèmes de surveillance sur tout le territoire national pour suivre les personnes soupçonnées ainsi que l'acheminement des « *objets, biens ou produits tirés de la commission de ces infractions ou servant à les commettre* »¹⁵⁴⁴. Ce dispositif était essentiel pour permettre la constatation du pacte corrompateur dans le cadre d'un flagrant délit¹⁵⁴⁵. Le législateur de 2007 a aussi ouvert la procédure d'infiltration à la lutte contre la corruption. Cette mesure permet à un Officier de Police Judiciaire (OPJ) habilité d'intégrer un réseau de criminalité organisé en se faisant passer pour auteur, coauteur, complice ou receleur. Cette mesure présente également de nombreux avantages pour la constatation des pratiques corruptrices. La seule restriction tient en l'interdiction de l'incitation ou de la provocation. Les enquêteurs pouvaient enfin avoir recours à l'interception des correspondances par voie de télécommunication, à la captation d'images et de paroles dans les lieux ou les véhicules

¹⁵³⁹ F. Molins, « De la nécessité de lutter plus activement contre les nouvelles formes de criminalité », *AJ Pénal*, 2004, p. 177.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 180.

¹⁵⁴¹ Il existe, en effet, deux grandes catégories d'enquêtes en France : les enquêtes préliminaires et les enquêtes de flagrance. Il est procédé à une enquête de flagrance lorsque l'on se trouve en présence d'un « flagrant délit » défini à l'article 63 du CPP. Dans cette hypothèse, les pouvoirs des autorités de police sont élargis. L'enquête préliminaire est procédée, en revanche, en l'absence de flagrant délit. Dans ce cas, les autorités de police ne bénéficient pas des mêmes prérogatives. L'ouverture des dispositifs spéciaux de la loi Perben II aux enquêtes préliminaires constitue donc une évolution notoire du droit procédural français.

¹⁵⁴² E. Verges, « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ Pénal*, 2004, p. 181.

¹⁵⁴³ Loi n°2007-1598, « Loi relative à la lutte contre la corruption », 13 novembre 2007, *op. cit.*

¹⁵⁴⁴ C. Pr. Pén., art. 706-80.

¹⁵⁴⁵ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, p. 200.

publics ou privés ainsi que la captation des données informatiques. De telles mesures très invasives de la vie privée représentent néanmoins un avantage considérable. Elles permettent de contrer le caractère trop secret des pratiques corruptrices, de constater la conclusion du pacte corrompé, d'obtenir des informations sur le montant de l'avantage et la contrepartie attendue du corrupteur ainsi que d'obtenir d'éventuelles précieuses informations sur la destination du produit de la corruption.

552. Par la loi du 6 décembre 2013, le législateur est à nouveau intervenu pour confirmer l'extension des techniques spéciales d'enquêtes à la délinquance économique et financière, notamment la corruption. L'article 706-1-3 du CPP a été abrogé. C'est désormais l'article 706-1-1 du CPP qui établit les modes dérogatoires accessibles en matière d'atteinte à la probité¹⁵⁴⁶. Mais cette modification législative n'est pas aussi substantielle qu'elle n'y paraît. D'abord, la corruption privée reste toujours exclue du dispositif. Le législateur semble payer ici les distorsions législatives dues à l'éclatement des incriminations. Cette dyssymétrie d'écriture favorise, en effet, une dyssymétrie des régimes procéduraux. Il devient urgent que la France se dote enfin d'une véritable politique globale de lutte contre la corruption, à la fois préventive et répressive¹⁵⁴⁷. Ensuite, le nombre de mesures applicables en matière de corruption n'a pas augmenté. L'article 706-1-1 du CPP permet aux enquêteurs de recourir aux mêmes mesures que celles déjà autorisées sous l'empire de la loi de 2007. Le législateur n'a donc pas conféré aux enquêteurs la faculté de conduire des perquisitions ou visites domiciliaires de nuit selon les dispositions des articles 706-89 à 706-94¹⁵⁴⁸. Le Conseil Constitutionnel¹⁵⁴⁹ a, par ailleurs, invalidé la disposition qui autorisait le recours à la garde à vue prolongée de l'article 706-88 du CPP. Le Conseil a, en effet, jugé l'atteinte disproportionnée, dans la mesure où les infractions concernées ne constituent « *ni une atteinte à la sécurité, à la dignité ou à la vue des personnes* »¹⁵⁵⁰.

553. Bien que la plupart des mesures dérogatoires soient, à juste titre, considérées comme une entrave sérieuse aux principes fondamentaux relatifs au respect de la liberté et de la vie privée, elles apparaissent néanmoins nécessaires à la manifestation de la vérité en matière de corruption. Les mesures accessibles aux atteintes à la probité représentent l'unique moyen de contrer l'obscurité des pratiques délictueuses et de constater le pacte corrompé. Elles sont donc essentielles à la répression. Une interrogation subsiste cependant quant à savoir s'il n'aurait pas été plus opportun de considérer les manquements au devoir de probité comme relevant *ipso facto* de la criminalité organisée. Le législateur, en refusant d'intégrer les infractions de corruption à la liste de l'article 706-73 du CPP, s'est vu contraint de créer un deuxième régime dérogatoire plus restreint par deux interventions législatives. Or, il ne fait nul doute que la corruption est aujourd'hui considérée une infraction de la criminalité organisée à l'échelle internationale¹⁵⁵¹. La censure du Conseil constitutionnel relative à la garde à vue de 96h est par ailleurs discutable. La corruption pourrait, en effet, être perçue comme une grave atteinte à la sécurité ou à la dignité si son rôle dans la criminalité organisée était enfin reconnu. En d'autres termes, il est essentiel de faire aujourd'hui de la lutte contre la

¹⁵⁴⁶ H. Robert, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. – A propos de la loi du 6 décembre 2013 », *op. cit.*, n°31.

¹⁵⁴⁷ C. Cutajar, « Affaire Karachi : une nouvelle consécration du droit à la vérité », note sous arrêt du 4 avril 2012, *op. cit.*

¹⁵⁴⁸ H. Robert, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. – A propos de la loi du 6 décembre 2013 », *op. cit.*, n°33.

¹⁵⁴⁹ C. Constit., 4 décembre 2013, n°2013-679 DC, *JCPE*, 2013, act. 822 ; *Dalloz*, 2013, p. 2851.

¹⁵⁵⁰ Cf. C. Cutajar, « Le nouvel arsenal de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *op. cit.*

¹⁵⁵¹ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, *op. cit.*, art. 8 portant incrimination de la corruption.

corruption une « grande cause nationale »¹⁵⁵² pour que son statut de délit organisé soit pleinement reconnu.

Il doit, enfin, être soulevé que la jurisprudence veille à délimiter strictement le champ d'application de ces dispositifs. Elle rappelle d'abord que, bien qu'intrusifs, ils sont nécessaires à la manifestation de la vérité pour des actes portant gravement atteinte à l'ordre public¹⁵⁵³. Elle établit, ensuite, certaines limites lorsque des actes accomplis par les agents de police dépassent les prérogatives accordées par les articles du Code de procédure pénale¹⁵⁵⁴.

554. Malgré une avancée législative imparfaite, le législateur français a quand même démontré une volonté de reconnaître les spécificités de la corruption et les dérogations qui s'imposent en matière d'enquête. Ce n'est pas le cas du législateur vietnamien qui n'a, à ce jour, établi aucun dispositif spécifique d'enquête, y compris pour les activités relevant de la criminalité organisée.

2. L'absence regrettable de dispositifs spécifiques d'enquêtes en droit vietnamien

555. Au contraire du droit français, le législateur vietnamien n'est pas intervenu pour créer un régime procédural spécifique aux infractions de criminalité organisée. Il existe pourtant plusieurs polices spéciales. L'article 9 de l'ordonnance de 2004¹⁵⁵⁵ sur l'organisation des enquêtes pénales, établit, entre autres, une police économique chargée des enquêtes en matière économique et financière. Mais de ce fractionnement d'unités de police ne découle pas de régime procédural spécifique applicable à chacune d'entre elles. Il convient donc de se référer au régime de droit commun prévu dans le CPPVn.

556. L'article 65 du CPPVn confère plusieurs prérogatives aux autorités d'enquêtes. Elles ont le pouvoir d'interroger toute personne susceptible de détenir des informations sur l'affaire en cours, d'ordonner la réalisation d'expertises, de conduire des recherches pour la manifestation de la vérité ou d'exercer toute autre activité d'investigation permise par le code. Parmi ces « activités d'investigations », elles ont notamment la possibilité de demander à tout individu, agence ou organisation de communiquer toute pièce, objet ou documents permettant « d'éclaircir l'affaire ». A ce titre, l'alinéa 2 de l'article prévoit que toute personne saisie d'une telle demande se trouve dans l'obligation absolue de fournir le renseignement requis par les autorités compétentes. Le Vietnam ne pratique donc pas la politique du secret bancaire et professionnel absolu.

557. L'article 140 du CPPVn confère la possibilité aux enquêteurs d'effectuer des visites domiciliaires et des perquisitions en vue de la collecte de preuves nécessaires à la résolution d'une affaire. Une telle procédure peut être déclenchée lorsqu'il existe « des raisons de penser qu'en ces lieux se trouvent des preuves pouvant les relier à la commission de l'infraction ». Les perquisitions peuvent avoir lieu dans des lieux privés d'habitation ou sur les lieux de travail. Lorsqu'elles se déroulent dans un lieu clos et privé, elles doivent être effectuées en présence du propriétaire ou d'un membre adulte de sa famille et de voisins à titre de témoin. Si le propriétaire des lieux est impliqué dans l'affaire, la perquisition doit se faire en présence d'un représentant de l'administration locale. Enfin, une telle procédure ne

¹⁵⁵² C'est le terme utilisé par l'ONG TI France qui souhaite faire de la « lutte contre la corruption et de l'éthique publique, une grande cause nationale » ; in TI France, *Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence, la démocratie avance*, op. cit.

¹⁵⁵³ Cass. Crim, 1^{er} mars 2006, *Bull. Crim.*, 2006, n° 59.

¹⁵⁵⁴ Cass. Crim, 21 mars 2007, *Bull. Crim.*, 2007, n° 89.

¹⁵⁵⁵ Ord., n°23 / 2004 / PL - UBTVQH11, « Ordonnance sur l'organisation des enquêtes pénales », *Hanoi*, 20 août 2004.

doit normalement pas se dérouler de nuit « sauf quand il n'est pas possible de la repousser ». Les enquêteurs ont la possibilité de saisir tout objet, document ou correspondance qui pourrait être utile. Cette saisie est directe, c'est-à-dire sans qu'un mandat ne soit nécessaire, pour les pièces à conviction. Ces pièces, dénommées « *exhibits* », sont soumises à un statut particulier prévu à l'article 75 du CPPVn. Elles doivent être saisies directement par les officiers de police dès leur découverte et sans qu'un mandat du parquet ne soit nécessaire. Pour tous les autres objets, utiles mais non directement liés à l'infraction, un mandat de perquisition est nécessaire en sus du mandat de visite domiciliaire. Les deux autorisations sont délivrées par le Parquet.

558. Enfin, comme en droit français, les enquêteurs vietnamiens ont la possibilité de placer certaines personnes en garde à vue (GAV). Pour autant, le régime vietnamien de GAV diffère sensiblement du régime français. D'une part, le droit vietnamien n'autorise une GAV que dans cinq situations limitativement énumérées par l'article 86 du CPPVn : lorsque la personne est « arrêtée d'urgence », lorsque l'on se trouve dans le cas d'une flagrante, en cas d'aveu de l'auteur d'une infraction, lorsque l'auteur s'est dénoncé de son plein gré aux autorités de police ou lorsque la personne est arrêtée à la suite d'un mandat délivré contre elle. La GAV apparaît ici comme une mesure exceptionnelle réservée à des personnes contre lesquelles il existe des indices graves permettant de penser qu'elles ont commis ou tenté de commettre l'infraction. Ce n'est pas la position du droit français qui conçoit la garde à vue comme une mesure de contrainte mais relativement courante dans la phase d'enquête. Il suffit, en effet, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner que le gardé à vue a commis ou tenté de commettre une infraction¹⁵⁵⁶. En droit vietnamien, la mesure ne semble donc être possible que lorsque des poursuites sont déjà engagées contre le gardé à vue. D'autre part, le régime vietnamien de la GAV diffère du droit français quant à sa durée. Le CPPVn prévoit que la mesure peut durer trois jours renouvelables une fois. Un deuxième renouvellement est possible lorsqu'il existe des « circonstances exceptionnelles » et sur autorisation du parquet. La GAV vietnamienne peut donc durer jusqu'à neuf jours, ce qui est particulièrement long. A titre de comparaison, en droit français, la GAV de droit commun ne peut excéder 48h. Elle peut durer jusqu'à six jours uniquement pour les infractions en relation avec le terrorisme et sous réserve d'autorisation de la part du Juge des libertés et de la détention (JLD)¹⁵⁵⁷. La GAV vietnamienne ressemble donc plus à une détention provisoire qu'à une simple mesure de rétention aux fins d'auditions. Son application à titre exceptionnel s'explique.

559. Ce sont là les seuls outils procéduraux mis à la disposition des enquêteurs pour la résolution des affaires dont ils ont la charge. Ces outils répondent à une criminalité classique nécessitant une enquête de « proximité ». Mais cette vision est aujourd'hui dépassée. La criminalité a évolué, elle s'est transformée structurellement. Comme l'annonce Monsieur François Molins, « *depuis quelques années, la délinquance traditionnelle s'est développée et structurée en passant d'une forme régionale de grand banditisme à une montée en puissance de nouvelles bandes de malfaiteurs, dont les membres sont éloignés du milieu traditionnel, d'origines diverses et investis dans des trafics diversifiés mais très internationalisés.* »¹⁵⁵⁸. La corruption est justement un exemple de cette nouvelle forme de criminalité structurée, complexe et protéiforme¹⁵⁵⁹ nécessitant la création de mesures spécifiques d'investigations. Les enquêteurs ne doivent plus simplement élucider une affaire portée à leur connaissance. Ils doivent s'efforcer de détecter les infractions et de recueillir les preuves nécessaires à leur poursuite. Or le droit vietnamien ne connaît aucune de ces mesures spécifiques. Il ne semble

¹⁵⁵⁶ C. Proc. Pén., art. 62-2.

¹⁵⁵⁷ C. Proc. Pén., art. 706-88-1.

¹⁵⁵⁸ F. Molins, « De la nécessité de lutter plus activement contre les nouvelles formes de criminalité », *op. cit.*, p. 177.

¹⁵⁵⁹ B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion, op. cit.*, p. 14.

pas possible de mettre en place, même sur autorisation spécifique, des écoutes, sonorisation ou autre captation d'image. Un officier de police vietnamien ne semble pas non plus pouvoir être habilité à infiltrer un réseau de criminalité organisée pour constater les infractions. Tous ces outils sont pourtant nécessaires pour s'adapter aux nouvelles formes de criminalité dans la mesure où leur recours est strictement encadré. La Convention des Nations Unies contre la Corruption recommande d'ailleurs aux Etats la création de « techniques d'enquêtes spéciales » en matière de corruption. Tel est le cas, par exemple, du recours à la livraison surveillée ou à des systèmes de surveillance électronique.

560. L'inadaptation des systèmes procéduraux aux évolutions de la criminalité est une entrave sérieuse à la répression. En l'absence d'outils adaptés, les autorités d'enquêtes et de poursuites se trouvent dans l'impossibilité de recueillir les preuves nécessaires à la condamnation des auteurs de corruption. Au-delà de cet aspect spécifique relatif aux enquêtes, c'est toute la procédure pénale qui doit s'adapter aux évolutions de la criminalité. La corruption est une infraction complexe et structurée. Elle nécessite une spécialisation des autorités de poursuite et de jugement. En ce sens, un système de compétences dérogatoire doit être envisagé.

B - La nécessité d'une procédure pénale adaptée

561. La poursuite et la condamnation des pratiques de corruption soulèvent des difficultés procédurales en matière de compétence. Les systèmes procéduraux sont amenés à prévoir des régimes dérogatoires dans un souci d'efficacité de la répression de la criminalité économique et financière.

562. Traditionnellement, les deux législations étudiées ont mis en place un système de compétence territoriale pour la poursuite et le jugement des infractions. Elle répond au schéma de la carte judiciaire établie souverainement par les deux Etats. En France, le droit commun de la compétence territoriale est régi par les articles 43, 52 et 382 du CPP. L'attribution des compétences se fait en fonction du lieu de commission de l'infraction, de résidence de la personne poursuivie ou encore du lieu son arrestation ou de sa détention, même lorsqu'elle est basée sur un autre motif. En droit vietnamien, le principe de compétence territoriale apparaît à l'analyse de l'ordonnance sur les enquêtes pénales et du CPPVn. Mais le principe n'est pas exprimé aussi clairement qu'en droit français. Les textes mettent en lumière l'existence d'une hiérarchie très structurée entre le « pouvoir » central, les services de province et les services de district¹⁵⁶⁰. Elle joue pour tous les organes d'enquêtes, de poursuite et de jugement. Pour ce qui est de la compétence juridictionnelle, l'article 171 du CPPVn prévoit la compétence de la Cour du lieu de commission de l'infraction. Si ce lieu est multiple ou inconnu, la Cour compétente sera celle du lieu de réalisation de l'enquête.

563. Comme soulevé, bien que ce découpage territorial puisse être satisfaisant pour la majeure partie des infractions, ce n'est pas le cas des infractions ingénieuses et complexes telles que la corruption. Ces nouvelles formes de criminalité nécessitent « *une grande spécialisation des magistrats et une centralisation des moyens et de compétences* »¹⁵⁶¹. Pour

¹⁵⁶⁰ Cette hiérarchisation apparaît très clairement en ce qui concerne les services d'enquêtes, dans l'article 1^{er} de l'ordonnance de 2004 sur les enquêtes pénales (*op. cit.*). En revanche elle est seulement mentionnée en ce qui concerne les juridictions puisqu'il est prévu à l'article 171 du code de procédure pénale que la compétence juridictionnelle est territoriale en fonction des districts où ont été commis l'infraction. Cette hiérarchie n'apparaît, en revanche, nullement en ce qui concerne le parquet mais il se déduit de l'analyse du code de procédure pénale qu'il existe un parquet attaché à chacune des juridictions. Ainsi, le pouvoir central du parquet (le parquet populaire suprême) relève de la Cour populaire suprême. Il en est de même pour les Cours de province et de district.

¹⁵⁶¹ M. Quémener, « Vers une réforme de la justice économique et financière », *AJ Pénal*, 2013, p. 244.

ces infractions, la compétence territoriale doit s'effacer au profit d'une compétence matérielle. Les affaires doivent être confiées à des autorités d'enquêtes, de poursuites et de jugement spécialisées en la matière. Or, en droit vietnamien, c'est encore la vision d'une procédure classique à compétence territoriale qui domine. Les différents organes sont hiérarchisés dans un système de déconcentration, le pouvoir décisionnel appartenant aux autorités « centrales ». La « police économique » compétente en matière de corruption répond de ce schéma territorial et hiérarchisé. La création de ce corps de police par l'ordonnance de 2004 ne s'accompagne pas d'une compétence nationale¹⁵⁶². Pour autant, en vertu de l'organisation hiérarchique, certaines enquêtes peuvent être centralisées lorsqu'elles représentent un degré important de « gravité et de complexité ». Dans ce cas, le service central de la police rattaché au Ministère de la Sécurité Publique peut mener directement l'enquête quel que soit le lieu de commission de l'infraction¹⁵⁶³. Certaines infractions relèvent par ailleurs de la compétence exclusive du Parquet populaire suprême, pouvoir central du parquet. Il s'agit des infractions du chapitre XXII du Code pénal¹⁵⁶⁴ relatif aux entraves à l'exercice de la justice¹⁵⁶⁵. La compétence est, dans ce cas, exclusive pour les phases d'enquête et de poursuites. Seules les affaires de corruption commises par un agent judiciaire et dans le but d'entraver l'exercice de la justice entrent dans le cadre de cette compétence exclusive¹⁵⁶⁶.

De ce régime de compétence semble découler la compétence des autres organes de la procédure. Le Parquet compétent pour la poursuite des infractions devrait, théoriquement, être celui du lieu de commission de l'infraction. A l'image de la compétence juridictionnelle, si ce lieu est multiple ou inconnu, le Parquet compétent sera celui du lieu de réalisation de l'enquête. Aucun organe judiciaire spécialisé dans les infractions économiques et à compétence nationale n'a donc été créé. Nous signalons à ce titre que le Comité de lutte contre la corruption (CLC) n'a été créé qu'à des fins préventives. Il n'est doté d'aucune compétence juridictionnelle¹⁵⁶⁷. Si dans certaines situations de grave complexité, les affaires de corruption peuvent être centralisées, aucune démarche n'a été entreprise à ce jour pour la spécialisation des magistrats et enquêteurs aux caractéristiques de la délinquance économique et financière.

564. En droit français, au contraire, la nécessité de créer des organes spécifiques à la lutte contre la criminalité économique et financière a été prise en compte par le législateur. Depuis quelques années, de nouveaux organes procéduraux font régulièrement leur apparition.

565. En matière d'enquête, d'une part, la France a créé un service de police spécifique à la lutte contre la corruption. Cette initiative s'est faite sous l'impulsion du GRECO, le groupe d'Etats contre la corruption, qui proposait en 2001 à la France, de se doter d'un service d'enquête spécial pour les affaires de corruption. Ce service est né en 2004 sous le nom de Brigade Centrale de Lutte contre la Corruption (BCLC). La brigade est rattachée à la Division nationale d'investigations financières et fiscales de la Direction centrale de la Police

¹⁵⁶² Ord., n°23 / 2004 / PL - UBTVQH11, « Ordonnance sur l'organisation des enquêtes pénales », *op. cit.*, art. 11§1. Il relève de cet article que les services d'enquêtes de la police sont compétents pour toutes les infractions de droit commun ; la corruption entrant dans le cadre de ces infractions. Sont exclues, à titre d'exemple, des services de la police nationale, les infractions politiques, militaires ou relatives à l'obstruction de la justice par un agent judiciaire.

¹⁵⁶³ *Ibid.*, art. 11§3.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, art. 12.

¹⁵⁶⁵ C. Pén. Vn, art. 292 à 314.

¹⁵⁶⁶ C. Pén. Vn., art. 309.

¹⁵⁶⁷ Le comité de Lutte contre la corruption est, en effet, un organe créé par la loi contre la corruption de 2005 (*op. cit.*). Il est en charge de la prévention des actes de corruption. Il mène, ainsi, des actions auprès des organismes publics pour prévenir la survenance des pratiques de corruption. Il ne semble pas avoir de pouvoir de détection, centralisation des informations et d'enquêtes en matière de corruption. Voir *infra* n°679 et s.

judiciaire¹⁵⁶⁸ et elle détient une compétence nationale. Elle ne dispose pas pour autant d'outils spécifiques autres que ceux autorisés par les lois de 2007 et de 2013. Sa compétence est, par ailleurs, concurrente et non exclusive. Elle se trouve, à ce titre, en concurrence avec les services de police territorialement compétents mais aussi avec d'autres services spécialisés dans la délinquance économique et financière. Tel est le cas de la brigade de répression de la délinquance économique (BRDE) placée au sein de la direction régionale de la police judiciaire de Paris¹⁵⁶⁹.

566. En matière de poursuites et de jugement, d'autre part, la France s'est depuis longtemps dotée de services spécialisés pour certaines catégories de criminalité. Ils ont cependant beaucoup évolué depuis leur création par l'intervention de nombreuses modifications législatives.

Une première loi du 6 août 1975¹⁵⁷⁰ avait confié à des magistrats spécialisés en matière économique et financière, mais relevant des tribunaux de grande instance de droit commun, la poursuite, l'instruction, voire le jugement des infractions entrant dans cette catégorie¹⁵⁷¹. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 novembre 2007, ces juridictions régionales spécialisées étaient notamment compétentes pour les infractions de corruption active et passive interne ainsi que pour les délits de blanchiment lorsque les affaires étaient ou apparaissaient de « grande complexité ». Il ne s'agissait pas pour autant de la création d'une nouvelle catégorie de juridictions. Le législateur avait simplement entendu attribuer une compétence spéciale à un ou plusieurs tribunaux dans le ressort de chaque Cour d'Appel. Ces pôles ne jouissaient pas non plus d'une compétence obligatoire¹⁵⁷². En outre, les délits de corruption privée et de corruption transnationale étaient exclus de la compétence de ces pôles. Aucune explication ne peut être fournie pour l'exclusion critiquable de la corruption privée de toutes les compétences dérogatoires. Pour ce qui est de la corruption transnationale, le législateur l'avait retirée de la compétence des pôles régionaux pour créer une compétence spéciale du Procureur, du juge d'instruction et du Tribunal Correctionnel de Paris¹⁵⁷³. Ces organes détenaient une compétence nationale pour la poursuite, l'instruction et le jugement des affaires de corruption d'agents publics étrangers¹⁵⁷⁴. A l'image des pôles financiers, les juridictions de Paris ne bénéficiaient pas non plus d'une compétence exclusive mais d'une compétence concurrente des autres autorités existantes. L'article 706-1 al. 3 prévoyait effectivement une procédure de dessaisissement des juridictions territorialement compétentes au profit du « Procureur de Paris » mais cette procédure restait facultative.

567. La loi Perben II du 9 mars 2004 a créé d'autres juridictions spécialisées à côté des pôles régionaux. Ce sont les juridictions interrégionales spécialisées (JIRS) en matière de criminalité organisée codifiées aux articles 706-75 à 706-79-1 du CPP. Ces juridictions sont en réalité une extension des compétences territoriales d'un TGI ou d'une Cour d'Assise ainsi que d'un Procureur et d'un juge d'instruction¹⁵⁷⁵. Le Décret du 16 septembre 2004¹⁵⁷⁶ a désigné huit JIRS¹⁵⁷⁷ sur tout le territoire national¹⁵⁷⁸. Leur compétence est limitée aux

¹⁵⁶⁸ C. Dufau, « Pour une modélisation de l'enquête judiciaire en matière de corruption », *AJ Pénal*, 2013, p. 75.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*

¹⁵⁷⁰ Loi, n°75-701, « Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale », 6 août 1975, *JORF*, 7 août 1975, p. 8035.

¹⁵⁷¹ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°187, p. 239.

¹⁵⁷² B. Bouloc, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°568, p. 491.

¹⁵⁷³ C. Pr. Pén., art. 706-1, créé par Loi, n° 2007-1598, 13 novembre 2007, « Loi relative à la lutte contre la corruption », *op. cit.*

¹⁵⁷⁴ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1317, p. 885.

¹⁵⁷⁵ C. Pr. Pén., art. 706-75 et 706-75-1.

¹⁵⁷⁶ Décret, n°2004-984, « Décret fixant la liste et le ressort des tribunaux spécialisés et des juridictions interrégionales et relatif à la définition des matières donnant lieu à l'attribution d'un diplôme permettant l'exercice des fonctions d'assistant spécialisé », 16 septembre 2004, *JORF*, n° 218, 18 septembre 2004, p. 16274.

¹⁵⁷⁷ A savoir : Bordeaux, Lille, Marseille, Nancy, Paris, Rennes et Fort-de-France.

infractions relevant de la criminalité organisée, c'est-à-dire, les dix-sept infractions listées à l'article 706-73 du CPP plus les infractions de l'article 706-74 du CPP. Cet article étend la qualification de criminalité organisée à toutes les infractions, autres que celles listées à l'article 706-73 du CPP, commises en bande organisée¹⁵⁷⁹. Pour ces infractions, la compétence est conditionnée au fait que l'affaire « soit ou apparaisse d'une très grande complexité »¹⁵⁸⁰. Les délits de corruption n'entrent donc pas *ipso facto* dans le ressort de la compétence de ces JIRS. Toutefois, ils peuvent y entrer lorsque les délits ont été commis en bande organisée et si les affaires sont ou apparaissent d'une très grande complexité. En outre, l'article 706-75 al. 2 prévoit expressément que la compétence des JIRS s'étend aux infractions connexes. Si des pratiques de corruption s'avèrent détenir un lien de connexité avec des infractions de l'article 706-73, les JIRS seront directement compétentes sans que les conditions énoncées ne soient requises.

568. Le législateur avait donc « créé deux catégories de juridictions interrégionales spécialisées d'une part pour les délits économiques et financiers définis sous forme de liste et d'autre part en matière de criminalité organisée »¹⁵⁸¹. Ce partage des compétences au demeurant « brouillon » a prévalu jusqu'au début de l'année 2014. En réalité trois compétences concurrentes existaient et elles différaient selon le « type » de corruption poursuivi. Pour la corruption interne, la compétence était concurrente entre les juridictions territorialement compétentes, les « pôles régionaux » spécialisés en matière économique et financière lorsque les affaires étaient ou apparaissaient de « grande complexité » et les JIRS si les délits avaient été commis en bande organisée lorsque les affaires étaient d'une très grande complexité ou si la corruption présentait un lien de connexité avec l'une ou plusieurs des infractions de l'article 706-73 du CPP. En matière de corruption transnationale, les compétences étaient concurrentes entre les juridictions territorialement compétentes, les juridictions de Paris en vertu de l'application de l'article 706-1 du CPP et les JIRS selon les mêmes critères que pour la corruption interne. En matière de corruption privée, enfin, aucune juridiction spécialisée n'ayant été dotée de cette compétence, seules les juridictions territorialement compétentes pouvaient connaître de ces affaires.

Le système procédural en matière de criminalité économique et financière était complexe et manquait sérieusement de lisibilité¹⁵⁸². La coexistence de trois niveaux de compétences différents selon les catégories de corruption réduisait considérablement l'efficacité de la répression. Comme soulevé, la corruption nécessite une spécialisation des magistrats. Mais l'efficacité de la répression dépend également de la « clarté » de cette spécialisation. Le système français, au contraire, ressemblait plus à la superposition de strates successives à compétences concurrentes.

569. La loi du 6 décembre 2013¹⁵⁸³ a opéré une refonte de l'organisation judiciaire en matière économique et sociale engageant, chez les auteurs, l'espoir d'une clarification du fonctionnement de la justice dans ce domaine¹⁵⁸⁴.

570. D'une part, la loi crée un « Procureur de la République financier » doté d'une compétence d'attribution nationale¹⁵⁸⁵. Ce Procureur, près le TGI de Paris, est désormais

¹⁵⁷⁸ M. Quémener, « Vers une refonte globale de la justice économique et financière », *op. cit.*, p. 244-245.

¹⁵⁷⁹ J. Pradel, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°132, p. 114.

¹⁵⁸⁰ H. Matsopoulou et C. Mascala, « Compétence concurrente des juges d'instruction spécialisés », *Lamy droit pénal des affaires*, 2014, p. 5157 ; S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 182, p. 231-232.

¹⁵⁸¹ M. Quémener, « Vers une refonte globale de la justice économique et financière », *op. cit.*, p. 246.

¹⁵⁸² *Ibid.*, p. 247.

¹⁵⁸³ Loi, n°2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *op. cit.*

¹⁵⁸⁴ Cf. C. Cutajar, « Le nouvel arsenal de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *op. cit.*

compétent pour toutes les infractions dites « d'atteintes à la probité »¹⁵⁸⁶ telles que la corruption, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, le délit dit de « pantouflage »¹⁵⁸⁷, le favoritisme, la fraude fiscale ou encore le blanchiment du produit de ces infractions. En ce qui concerne les délits de corruption, il ressort du nouvel article 705 du CPP que sa compétence d'attribution porte sur tous les délits de corruption : atteintes à la probité par des personnes exerçant une fonction publique, par des particuliers et par des agents publics étrangers¹⁵⁸⁸. L'intégration de la corruption privée dans la compétence d'une juridiction spécialisée est vécue comme un véritable soulagement en faveur de l'harmonisation des procédures et de l'efficacité de la répression. L'intégration de la corruption transnationale dans la compétence de ce nouveau Procureur financier doit également recevoir un accueil favorable. La loi abroge de ce fait l'ancien article 706-1 du CPP consacrant la compétence du parquet de Paris pour les délits des articles 435-2 et 435-3 du code pénal. Sur ce point, la loi du 6 décembre 2013 clarifie nettement les compétences en matière de corruption en rassemblant toutes les catégories d'atteintes à la probité dans un seul et même organe.

571. D'autre part, la Loi supprime les « pôles économiques et financiers » qui avaient été créés par la loi du 6 décembre 1975. Leur compétence est désormais transférée aux JIRS pour « les affaires qui sont ou apparaîtraient d'une grande complexité, en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent »¹⁵⁸⁹. Le nouvel article 704 du CPP assoit la compétence des huit TGI sur le critère de la grande complexité et non plus de la très grande complexité qui disparaît¹⁵⁹⁰.

572. Mais le constat reste mitigé sur les bénéfices de cette refonte en termes de clarification des compétences. La compétence reste, en effet, une compétence concurrente pour les atteintes à la probité. Le Procureur financier ne détient une compétence exclusive que pour les délits boursiers tels que le délit d'initié ou de manipulation des cours¹⁵⁹¹. Le législateur n'entend donc pas encore confier les affaires de corruption à une seule juridiction spécialisée dotée d'une compétence exclusive. Or cette compétence concurrente reste pour le moins « floue »¹⁵⁹². Premièrement, trois catégories de juridictions sont toujours concurremment compétentes : les juridictions territorialement compétentes, le Procureur financier et les JIRS si l'affaire présente un critère de « grande complexité ». Le système procédural ne change pas radicalement sur ce point par rapport au système antérieur. Deuxièmement, la question se pose de savoir comment se répartiront les affaires entre ces trois organes juridictionnels. L'article 705-2 du CPP institue une procédure de dessaisissement en faveur du Procureur financier. Plus concrètement, l'article étend le mécanisme de dessaisissement prévu pour les JIRS au profit du Procureur financier¹⁵⁹³. Mais le mécanisme mis en place est un mécanisme « souple » qui propose à la juridiction territorialement compétente un dessaisissement de l'affaire au profit du Procureur financier si une JIRS n'est pas encore saisie¹⁵⁹⁴. Le dessaisissement n'est donc que facultatif. Le « pôle financier » de la JIRS de Paris a d'ailleurs

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*

¹⁵⁸⁶ M. Quémener, « Vers une réforme globale de la justice économique et financière », *op. cit.*, p. 244.

¹⁵⁸⁷ Il s'agit de l'interdiction faite aux fonctionnaires de rejoindre, à l'issue de leurs fonctions, une entreprise avec laquelle ils ont été en relation pendant l'exercice de leurs fonctions. Voir *infra* n°757 et s.

¹⁵⁸⁸ H. Robert, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. – A propos de la loi du 6 décembre 2013 », *op. cit.*, n°35.

¹⁵⁸⁹ N. Rontchevsky, « Création du Procureur de la République financier », *RTD Com.*, 2014, p. 151 ; M. Babonneau, « Le procureur financier est né », *Dalloz actualité*, 3 février 2014.

¹⁵⁹⁰ H. Robert, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. – A propos de la loi du 6 décembre 2013 », *op. cit.*, n°37.

¹⁵⁹¹ C. Cutajar, « Le nouvel arsenal de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *op. cit.*

¹⁵⁹² Cf. M. Babonneau, « Le procureur financier est né », *op. cit.*

¹⁵⁹³ C. Cutajar, « Le nouvel arsenal de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *op. cit.*

¹⁵⁹⁴ M. Quémener, « Le nouveau procureur financier : quel environnement ? », *Dalloz*, 2014, p. 472.

recouvrement et de restitution. Or ces sanctions s'avèrent être, en pratique, d'une applicabilité fragile.

SECTION 2: L'APPLICABILITE FRAGILE DES MESURES DE SANCTIONS EFFECTIVES AUX AUTEURS DE CORRUPTION

575. Dans les deux systèmes juridiques, les infractions de corruption sont perçues comme des infractions graves punies de peines d'emprisonnement et d'amende relativement lourdes. En droit vietnamien, les sanctions pour corruption sont comprises entre un an d'emprisonnement pour la corruption active la « moins grave » et une réclusion criminelle à perpétuité, voire la peine capitale, pour la corruption passive « la plus grave ». La gravité des actes de l'auteur s'évalue essentiellement en fonction du montant des biens et sommes détournées. La moyenne des peines d'emprisonnement est d'environ six à sept ans. La peine d'amende est une sanction complémentaire dont le montant maximal n'est pas fixé par les textes répressifs mais qui peut atteindre cinq fois la valeur du produit de la corruption. En droit français, la peine d'amende a été substantiellement augmentée. Depuis la loi du 6 décembre 2013¹⁵⁹⁸, les infractions de corruption sont, pour la plupart, punies d'une peine de dix ans d'emprisonnement et de 1 million d'euros d'amende. L'amende peut être portée au « double du profit tiré de l'infraction »¹⁵⁹⁹.

576. Bien que ces peines principales soient conséquentes, elles ne suffisent pas toujours à véritablement priver l'auteur de tous les bénéfices engendrés des pratiques corruptrices. Il ne suffit pas qu'une sanction soit sévère, elle doit avant tout « *faire nettement plus que contrebalancer les avantages tirés des infractions* »¹⁶⁰⁰. Pour ce faire, deux aspects apparaissent fondamentaux à une répression efficace.

D'une part, la condamnation pour corruption devrait systématiquement s'accompagner d'une sanction complémentaire. Il peut s'agir d'une confiscation pour les personnes privées et d'une exclusion des marchés publics pour les personnes morales. Si l'amende peut permettre de priver l'auteur de tout ou partie de ses revenus illégaux, elle ne suffit pas toujours à le priver de tous les bénéfices directs ou indirects issus du produit de l'infraction. Seules ces sanctions complémentaires permettront de faire cesser chez lui, le sentiment que le « crime paie toujours ». Malgré l'utilité de ces mesures, leur applicabilité apparaît délicate (§1).

D'autre part, pour que la condamnation soit efficace, la victime doit obtenir réparation de son préjudice. En matière de corruption, cela doit se traduire par la mise en place d'un système de recouvrement et de restitution efficace. La restitution est un des principes fondamentaux de la lutte contre la corruption. Elle a d'ailleurs été consacrée comme tel dans la Convention des Nations Unies contre la corruption. Si le principe est effectivement fondamental, sa mise en œuvre est en revanche complexe (§2).

¹⁵⁹⁸ Loi, n°2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *op. cit.*

¹⁵⁹⁹ C/par exemple, C. Pén., art. 432-11 et 433-1.

¹⁶⁰⁰ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §376, p. 135.

§1 – LE DELICAT REGIME JURIDIQUE DES SANCTIONS COMPLEMENTAIRES

577. L'un des moteurs de la Convention des Nations Unies contre la corruption est l'application, pour la répression des activités de corruption, de mesures « *efficaces, proportionnées et dissuasives* »¹⁶⁰¹. Les sanctions principales d'amende et d'emprisonnement peuvent être considérées comme suffisamment efficaces et proportionnées en fonction du degré de gravité des pratiques condamnées. En revanche, elles ne sont pas suffisamment dissuasives. Comme soulevé, pour qu'une peine soit dissuasive, elle doit ôter chez l'auteur le sentiment que ses activités continuent de payer malgré une condamnation. Elle doit également le priver de ses « outils » qui pourraient lui permettre de réitérer ses activités une fois la peine effectuée. Pour que le critère dissuasif soit rempli, le juge répressif doit prononcer une ou plusieurs sanctions complémentaires prévues par la loi. Parmi les mesures existantes, notamment en droit français, deux sont internationalement reconnues comme détenant le plus haut degré de dissuasion. Il s'agit, d'une part, de la sanction de confiscation applicable à tous les auteurs de corruption et, d'autre part, de la sanction relative à l'exclusion des marchés publics réservée aux personnes morales.

578. Malgré l'efficacité de ces mesures, leur application est encore loin d'être satisfaisante. La mise en œuvre d'une mesure de confiscation, d'abord, apparaît comme particulièrement complexe (A). Elle se heurte à de nombreux obstacles, notamment relatifs à la « fuite » des produits de la corruption. La sanction d'exclusion des marchés publics, ensuite, ne se heurte pas à de telles entraves mais son application fait preuve d'un sérieux manque de rigueur (B).

A -La complexité tenant à la sanction de confiscation

579. L'effectivité de la sanction complémentaire de confiscation se heurte à de nombreux obstacles. Certains tiennent à la sanction même (1), tandis que d'autres tiennent à la mise en place indispensable d'un mécanisme de saisies aux fins de confiscations (2).

1. Les obstacles relatifs à la sanction même de confiscation

580. La confiscation existe dans les deux systèmes juridiques français et vietnamiens. Elle se définit comme une peine complémentaire prononcée à l'encontre de l'auteur d'une infraction et portant sur un ou plusieurs biens ayant ou non un lien avec l'infraction¹⁶⁰². Elle représente à ce titre une mise en œuvre concrète du proverbe « *bien mal acquis ne profite jamais* »¹⁶⁰³.

581. La confiscation est perçue comme la sanction dissuasive « par excellence ». En venant se greffer à une peine privative de liberté et/ou d'amende¹⁶⁰⁴, elle prive le condamné du produit de ses méfaits ainsi que, dans certains cas, de tout ou partie de ses biens personnels¹⁶⁰⁵. Son potentiel dissuasif est donc bien plus important que les peines principales d'amende et d'emprisonnement. Une fois ces dernières acquittées, l'auteur d'une corruption continuera à

¹⁶⁰¹ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, en particulier, art. 12 et 26.

¹⁶⁰² C. Cutajar, « le nouveau droit des saisies pénales », *AJ Pénal*, 2012, p. 124.

¹⁶⁰³ Y. Charpenel, « L'appréhension française de la confiscation des avoirs criminels », in International Association of Anti-Corruption Authorities (IAACA), *Fourth seminar of IAACA*, 25 à 28 juin 2012, Dalian, China, p. 1.

¹⁶⁰⁴ En droit vietnamien les peines d'emprisonnement et d'amende sont alternatives. Par ailleurs la peine de confiscation est applicable, en France, aux personnes morales dont la seule sanction principale pouvant être prononcée à leur encontre est une sanction d'amende.

¹⁶⁰⁵ Voir en ce sens, S. Ledan, « Le droit pénal et les mouvements de capitaux », Thèse, *op. cit.*, n°465, p. 404-405.

jouir du reste des bénéfices engendrés du fait de ses activités et en toute impunité¹⁶⁰⁶. De ce fait, le risque pénal apparaît comme un risque acceptable. En droit français, malgré l'augmentation substantielle de la peine d'amende, elle ne suffit pas pour autant à priver l'auteur de tous les bénéfices de ses méfaits, notamment les plus indirects.

Le caractère particulièrement dissuasif de la mesure est d'ailleurs consacré dans les principaux instruments internationaux de lutte contre la corruption. En ce sens, la Convention de Mérida recommande aux Etats de prendre « *Les mesures nécessaires pour permettre la confiscation du produit du crime [...] ou des biens dont la valeur correspond à celle de ce produit* » ainsi que « *des biens, matériels et autres instruments utilisés ou destinés à être utilisés pour les infractions établies conformément à la présente convention* »¹⁶⁰⁷. La Convention de l'OCDE prévoit, quant à elle, la sanction de confiscation à son article 3§3. Elle donne par la même occasion une définition autonome de cette mesure qui s'entend de « *la déchéance de droits et [...] la privation permanente de biens par décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente* »¹⁶⁰⁸. L'organisation voit, en outre, la confiscation comme l'un des piliers du cadre international contre la corruption avec le recouvrement¹⁶⁰⁹.

582. En droit français, le régime général des confiscations est prévu par l'article 131-21 du code pénal. Ce régime a connu une profonde modification par l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007¹⁶¹⁰.

Avant cette réforme, seules trois catégories de confiscations avaient été prévues par la loi du 9 mars 2004¹⁶¹¹ : la confiscation des produits nuisibles ou dangereux, la confiscation des biens ayant servi à la commission de l'infraction ou du produit de cette dernière et la confiscation en valeur lorsqu'il n'était pas possible de confisquer les choses directement issues du produit de l'infraction.

Depuis 2007, le nombre de catégories de confiscations a fortement augmenté. L'article 131-21 du code pénal ne prévoit pas moins de onze alinéas distincts. Le législateur a par ailleurs apporté des précisions utiles relatives à la propriété du bien confisqué.

583. La loi de 2007 a profondément modifié le régime des confiscations. Le législateur établit pour la première fois, une dérogation au principe de spécialité. L'article 131-21 prévoit à ce titre deux possibilités de confiscations : lorsque la loi le prévoit ou de plein droit pour tous les crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an¹⁶¹². Le juge répressif est désormais en droit de prononcer une peine de confiscation même si elle n'est pas prévue spécifiquement pour le crime ou le délit concerné. Le législateur a également établi un régime de confiscation « obligatoire » qui doit avoir lieu même en l'absence de toute condamnation pénale préalable. Tel est le cas lorsque le « confisqué » se trouve en présence de produits dangereux et/ou nuisibles dont la détention est illicite¹⁶¹³. Enfin, le législateur a substantiellement augmenté le nombre de « catégories » de confiscations. L'innovation

¹⁶⁰⁶ La règle du *non bis in idem* qui veut que l'on ne puisse être jugé deux fois pour la même chose fait effectivement obstacle à la possibilité de condamner toute personne qui, après avoir « purgé » sa peine d'emprisonnement pour une infraction, soit à nouveau condamnée pour l'utilisation des produits de l'infraction pour laquelle il a déjà fait l'objet d'une condamnation.

¹⁶⁰⁷ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 31§1.

¹⁶⁰⁸ Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales *op. cit.*, Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, art. 3§3.

¹⁶⁰⁹ OCDE/STAR, *Identification et quantification des profits de la corruption*, OCDE/STAR, 2011, p.11.

¹⁶¹⁰ Loi, n° 2007-297, « Loi relative à la prévention de la délinquance », 5 mars 2007, *JORF*, n° 0056, 7 mars 2007, p. 4297.

¹⁶¹¹ Loi Perben II, *op. cit.*

¹⁶¹² C. Pén., art. 131-21 al.1^{er}.

¹⁶¹³ C. Pén., art. 131-21 al. 7.

majeure de cette loi, appuyée par deux autres modifications législatives de 2012 et 2013, est la possibilité de confisquer des biens ne présentant aucun lien direct avec l'infraction.

L'article prévoit d'abord la confiscation de tous les biens présentant un lien plus ou moins direct avec l'infraction. Il s'agit des biens « *ayant servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre* »¹⁶¹⁴ ainsi que « *tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime* »¹⁶¹⁵. Cette dernière possibilité permet d'appréhender les biens acquis au moyen de fonds d'origine criminelle ou délictuelle¹⁶¹⁶. Tel est le cas d'une maison appartenant au condamné si les matériaux utilisés pour sa construction et l'achat du terrain sur lequel elle se situe ont été financés au moyen de fonds d'origine illicite¹⁶¹⁷.

Lorsque l'infraction est un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement, il est ensuite désormais possible de confisquer tous les biens sur lesquels « *est établie une présomption de lien avec l'infraction* »¹⁶¹⁸. Dans ce cas, il appartiendra à la personne condamnée de justifier l'origine licite du bien si elle ne souhaite pas qu'il soit confisqué¹⁶¹⁹. Cette mesure revêt « l'avantage » de renverser la charge de la preuve sur la personne du condamné. C'est à lui qu'appartiendra la charge de justifier l'origine licite de ses biens et revenus. Cette innovation permet d'éviter que l'auteur puisse « *jouir de biens qu'il est présumé avoir acquis avec des ressources illicites et donc il ne sera pas parvenu à démontrer l'origine licite* »¹⁶²⁰.

Il est aussi possible, dans certaines conditions, de confisquer des biens qui ne présentent aucun lien avec l'infraction. L'article 131-21 al. 6 prévoit à ce titre une mesure de confiscation générale. Elle n'est cependant applicable uniquement pour les infractions les plus graves et elle répond au principe de spécialité. En d'autres termes, le texte de l'incrimination doit prévoir cette mesure à titre de sanction complémentaire. C'est notamment le cas de l'infraction de blanchiment pour laquelle l'article 324-7 du code pénal prévoit la possibilité de prononcer une peine de confiscation générale¹⁶²¹. En outre, depuis la loi du 6 décembre 2013¹⁶²², l'article 131-21 du code pénal prévoit que la confiscation peut être effectuée en valeur lorsqu'il n'est pas possible de confisquer le bien concerné. Dans ce cas, le bien confisqué n'aura aucun lien direct avec l'infraction. Cette innovation permet de contourner les difficultés relatives à la disparition des biens « confisquables ». De ce fait, l'auteur ne peut se mettre à l'abri de la mesure par une dissipation des biens objets de la confiscation.

Bien qu'importante, la portée de cette modification reste doublement limitée en matière de corruption.

584. Malgré un élargissement indiscutable des possibilités de confiscation, le législateur reste encore trop attaché à la propriété personnelle des avoirs confisqués. Jusqu'en 2012, la confiscation des biens pouvait porter sur ceux dont l'auteur était le légitime propriétaire ou sur ceux dont il avait la libre disposition. Cette possibilité souffrait de deux exceptions. Pour la confiscation générale et celle des biens présumés avoir un lien avec l'infraction, la propriété

¹⁶¹⁴ C. Pén., art. 131-21 al. 2.

¹⁶¹⁵ C. Pén., art. 131-21 al.3.

¹⁶¹⁶ C. Cutajar, « La nouveau droit des saisies pénales », *op. cit.*, p.125.

¹⁶¹⁷ Cass. Crim, 27 avril 2000, *Bull. crim.*, 2000, n° 172.

¹⁶¹⁸ C. Pén., art. 131-21 al. 4.

¹⁶¹⁹ C. Cutajar, « La nouveau droit des saisies pénales », *op. cit.*

¹⁶²⁰ Cass. Crim, 8 juin 2010, *Dalloz*, 2010, p. 1875.

¹⁶²¹ C. Pén., art. 324-7 al. 12, prévoit, en effet, la possibilité pour le juge de prononcer, à titre de sanction complémentaire, la confiscation de tout ou partie des biens du condamné.

¹⁶²² Loi, n°2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *op. cit.*, art. 23

devait obligatoirement être attestée. La confiscation des biens présumés être en lien avec les pratiques corruptrices devenaient de ce fait pratiquement impossible. Rappelons ici que les auteurs n'hésitent pas à avoir recours à des montages juridico-financiers ainsi qu'à des prête-noms pour dissimuler les produits de la corruption. De ce fait, leur nom est souvent dissocié de la propriété des biens et ils n'en sont que les bénéficiaires effectifs. En 2012, le législateur est intervenu afin de permettre la confiscation des biens en « libre disposition »¹⁶²³ pour les deux catégories précitées. Pour autant, la notion de « libre disposition » ne paraît pas optimale pour l'efficacité de la mesure. Elle semble en réalité entraîner plus de difficultés qu'elle n'apporte de solutions à l'épineux problème de l'appréhension de tous les produits illicites. Cette notion de « libre disposition » nécessite de rapporter la preuve que le détenteur condamné pour corruption est seul à avoir l'*abusus* du bien et que le propriétaire officiel n'est, en réalité, que le propriétaire apparent¹⁶²⁴. Il devient nécessaire de rapporter une double preuve : la réalité du droit de propriété de la personne du condamné d'une part et la fausseté du titre revendiqué par le tiers, propriétaire apparent, d'autre part. Pour contourner cette difficulté, la Cour de Cassation avait, fort justement, notifié au législateur l'intérêt de remplacer la notion de « libre disposition » par celle « d'ayant droit économique »¹⁶²⁵. Dans l'affaire dont elle avait la charge de se positionner, la Haute Cour a, en effet, dû refuser la demande d'exécution d'une mesure conservatoire émise par le tribunal de Milan et relative à une saisie de patrimoine d'une personne morale établie en France. Le refus était motivé par le fait que la personne morale française n'était pas directement mise en examen. Or, dans cette affaire, il ne faisait aucun doute que la personne morale française n'était que le propriétaire apparent du « patrimoine ». Le mis en examen en était l'ayant droit économique. Mais en l'absence de dispositions légales en ce sens dans le droit français, l'exécution de la demande demeurait impossible¹⁶²⁶. En l'Etat de la législation actuelle, les auteurs de corruption conservent donc toute possibilité pour organiser leur patrimoine en conséquence et s'éviter la confiscation de leurs biens en cas de condamnation pénale¹⁶²⁷.

585. Le législateur semble en outre avoir souhaité limiter l'étendue des possibilités de confiscation en matière de corruption. Cette vision est cependant à nuancer. Pour les personnes morales, la peine complémentaire de confiscation n'est prévue que depuis la loi du 9 juillet 2010¹⁶²⁸, dite Loi Warsmann. Par cette loi, le législateur a ajouté aux sanctions complémentaires déjà prévues pour l'infraction de corruption active interne, les termes : « *Les personnes morales déclarées responsables pénalement [...] encourtent [...] la confiscation prévue à l'article 131-21* »¹⁶²⁹. Il semble dès lors que toutes les confiscations prévues par l'article 131-21 du code pénal soient applicables, y compris la peine de confiscation générale. Mais cette hypothèse n'est pas certaine puisque, rappelons-le, la confiscation générale est normalement soumise au principe de spécialité. Pour les personnes morales coupables des autres délits de corruption, la confiscation semble limitée aux seuls produits de l'infraction. Pour les personnes physiques, la sanction complémentaire de confiscation est également prévue pour les trois catégories de corruption. Pour autant, le législateur a limité l'application de cette mesure aux seuls « *sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution* »¹⁶³⁰. Le législateur n'a donc

¹⁶²³ Loi, n° 2012-409, « Loi de programmation relative à l'exécution des peines », 27 mars 2012, *JORF*, n° 0075, 28 mars 2012, p. 5592.

¹⁶²⁴ C. Cutajar, « La nouveau droit des saisies pénales », *op. cit.*, p.127-129.

¹⁶²⁵ Cass. Civ. 2^{ème}, 4 juin 2009, *Dalloz*, 2009, p. 2250, note C. Cutajar.

¹⁶²⁶ C. Cutajar, « Le nouveau droit des saisies pénales », *op. cit.*, p.129.

¹⁶²⁷ Y. Charpenel, « L'appréhension française de la confiscation des avoirs criminels », *op. cit.*, p. 6.

¹⁶²⁸ Loi, n° 2010-768, « Loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », 9 juillet 2010, *JORF*, n° 0158, 10 juillet 2010, p. 12753.

¹⁶²⁹ C. Pén., art. 433-25.

¹⁶³⁰ C. Pén., art. 432-17 al. 3 pour la corruption passive interne, art. 433-23 pour la corruption active interne, art. 435-14 et 435-15 pour la corruption transnationale, art. 445-3 et 445-4 pour la corruption privée.

pas établi de confiscation générale. La seule qu'il serait possible d'envisager ici est lorsque la corruption aura été effectuée dans le cadre d'une association de malfaiteurs¹⁶³¹. Cette position est regrettable au regard de l'essence même de l'infraction dont l'enrichissement matériel en est « l'élément central »¹⁶³². Cela est d'autant plus étonnant que, comme soulevé, la confiscation générale est en revanche prévue en matière de blanchiment. Nous soulignons également la dyssymétrie d'écriture entre la peine complémentaire de confiscation des personnes morales pour la corruption active interne et les autres peines complémentaires prévues en matière de corruption. Cela ne fait que renforcer l'idée de la nécessité de réécrire les délits de corruption en France afin qu'il ne subsiste que deux infractions¹⁶³³ soumises au même régime.

Cette limitation a toutefois été quelque peu mise à mal par la réforme du régime général des confiscations en 2007. La corruption étant un délit puni de plus de cinq ans d'emprisonnement, il est non seulement possible de confisquer les produits directs et indirects de la corruption mais également tous les biens dont l'auteur n'a pas pu en justifier l'origine légale. Ces dispositions vont donc au-delà des prescriptions légales spécifiques à la corruption et élargissent le domaine de la confiscation en la matière. De plus, depuis 2013, la confiscation peut se faire en valeur.

586. En droit vietnamien, le législateur n'a pas adopté de régime général relatif aux sanctions de confiscation. Cette peine complémentaire répond donc à un principe de spécialité et doit être prévue par les textes d'incrimination pour être applicable.

587. En ce qui concerne l'infraction de corruption passive, l'article 279 *in fine* du code pénal prévoit que l'auteur peut, en plus des sanctions principales, être « *interdit d'exercice d'une fonction publique déterminée pendant une durée de un à cinq ans, être puni d'une amende de un à cinq fois la valeur des biens offerts et de la confiscation de tout ou partie de ses biens.* ». La Loi contre la corruption de 2005 prévoit, quant à elle, l'obligation pour « l'autorité compétente » de procéder à la confiscation des produits de la corruption¹⁶³⁴. De ce fait, deux types de confiscations coexistent : la confiscation des produits de la corruption, impérative, et la confiscation de tout ou partie des biens de l'auteur, soumise à la décision d'un jugement répressif. Malgré un dispositif d'apparence sévère, la pratique est tout autre.

Les sanctions complémentaires de l'article 279 *in fine* du code pénal semblent être cumulatives. Si tel est le cas, le juge répressif qui souhaiterait prononcer une sanction complémentaire serait dès lors dans l'obligation de prononcer les trois sanctions cumulativement. Paradoxalement, cette hypothèse desservirait la répression. Ces trois sanctions représentent un degré beaucoup trop élevé de sévérité pour envisager qu'elles soient régulièrement prononcées. Cela réduit considérablement l'aspect dissuasif de la mesure de confiscation générale.

La sanction « obligatoire » de confiscation des produits de la corruption semble en outre être soumise, elle aussi, à son prononcé par le juge pénal. A cet égard, la sanction prévue par la Loi de 2005 ne différerait pas de celle prévue par l'article 279 *in fine*. La sanction de confiscation générale ne serait donc autre qu'une confiscation limitée aux produits de la

¹⁶³¹ C. Pén., art. 450-5 prévoit la confiscation de tout ou partie des biens d'une personne condamnée pour participation à une association de malfaiteurs lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement.

¹⁶³² Y. Charpenel, « L'appréhension française de la confiscation des avoirs criminels », *op. cit.*, p. 1.

¹⁶³³ M. Segonds, « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », *AJ Pénal*, 2006, p.196.

¹⁶³⁴ Loi n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 70§1.

corruption¹⁶³⁵. Elle ne sera générale que si tous les biens du condamné ont été acquis grâce à ses activités illicites. En conséquence, seuls les produits de la corruption sont confisquables. La question se pose dès lors de connaître l'étendue des produits confisquables. Il semble, à l'analyse du dispositif vietnamien, que tous les produits de la corruption, directs ou indirects, mobiliers ou immobiliers, le soient. En revanche, au contraire du droit français, les biens sur lesquels il existe une présomption de lien avec l'infraction ne sauraient être appréhendés. Comme soulevé, le droit vietnamien ne connaît pas la notion de suspicion¹⁶³⁶. Il n'est pas possible non plus de confisquer les biens dont l'auteur n'est que le bénéficiaire effectif. Pour évaluer la « confiscabilité » du bien, le système répressif s'appuie exclusivement sur les aveux du condamné¹⁶³⁷. Seuls les biens que le corrompu aura avoué avoir acquis avec le produit de ses activités seront soumis à la mesure. Si un bien a été acquis partiellement avec des fonds illicites et le reste avec des fonds légaux, il sera possible de confisquer en valeur la part estimée des fonds illicites. Enfin, si le corrompu a utilisé des prête-noms, acheté des biens au nom de membres de leur famille, la justice se verra dans l'impossibilité de les saisir puisque la propriété légale n'est pas au nom de la personne condamnée. Cette règle prévaut également pour les biens dont le lien avec l'infraction paraît évident¹⁶³⁸.

588. En ce qui concerne la corruption active, la loi ne prévoit aucune mesure de confiscation. L'article 289 *in fine* du code pénal et l'article 70§3 de la loi contre la corruption prévoient simplement que lorsque le « corrupteur » a été contraint par le corrompu et qu'il a dénoncé les faits avant leur découverte, les biens cédés au corrompu pourront lui être restitués. A *contrario* la seule confiscation que risque le corrupteur est la « non restitution » des biens versés au corrompu.

589. Le droit vietnamien et le droit français semblent souffrir des mêmes faiblesses. En premier lieu, aucun des deux droits ne permet, dans la pratique, une confiscation générale en matière de corruption. L'effet dissuasif de la mesure reste amoindri par rapport à d'autres infractions, tel que le délit français de blanchiment. En second lieu, les deux systèmes conservent une préférence pour la notion de « propriété personnelle » des biens confisqués. Cette vision trop restrictive soustrait de la mesure un grand nombre de produits illicites que les auteurs ont pu dissimuler derrière des prête-noms et autres montages.

La mesure de confiscation se heurte, de surcroît, à une autre difficulté relative à la saisie préalable des biens confisquables. Pour éviter la dissipation des biens par le mis en examen, il apparaît essentiel de pouvoir les saisir à des fins conservatoires dès le début de la procédure et jusqu'au jugement définitif. Mais la mise en œuvre d'une telle saisie n'est pas simple, surtout quand les systèmes ont avant tout conçu cette mesure à des fins probatoires.

2. Les difficultés liées à la mise en place d'un régime de saisies conservatoires

590. En tant que peine complémentaire, une mesure de confiscation ne peut avoir lieu qu'après une condamnation pénale passée en force de chose jugée. Pendant toute la durée de la procédure, si le mis en examen conserve la libre disposition de ses biens, il conserve donc toute latitude pour organiser son patrimoine en conséquence. De ce fait, la mesure de

¹⁶³⁵ T. Van Dung, Professeur, Vice-directeur de la division du droit pénal, Département du droit pénal et administratif, Ministère de la Justice, Interview du 2 mai 2013.

¹⁶³⁶ Voir *supra* n°286 et 298.

¹⁶³⁷ T. Van Dung, *op. cit.*

¹⁶³⁸ Les liens sont évidents lorsque les biens achetés par le condamné ont été, par exemple, mis au nom de certains de ses proches ou de membres de sa famille.

confiscation est vidée de sa substance. C'est pourquoi, afin de « garantir l'exécution des procédures de confiscations »¹⁶³⁹, il est essentiel de pouvoir saisir à titre préventif tous les biens susceptibles d'en faire l'objet.

591. La notion de saisie est une notion protéiforme. Elle se définit, le plus souvent, comme une mesure tendant à éviter la disparition ou le dépérissement d'un élément de preuve. En droit français, elle peut également s'entendre du fait de geler des biens affectés à une garantie patrimoniale¹⁶⁴⁰. Dans les deux systèmes étudiés, la saisie est avant tout effectuée à des fins probatoires. A ce titre, la notion est d'ailleurs associée à celle de perquisition. Or en matière de confiscation, la saisie ne poursuit pas le même objectif. Elle est, dans ce cas, effectuée à des fins conservatoires. La volonté n'est plus de tendre vers la manifestation de la vérité mais de garantir le maintien de certains biens dans le patrimoine de la personne poursuivie. Pour ce faire, la saisie va se traduire par une paralysie des droits attachés aux biens pour assurer leur indisponibilité juridique.

592. En droit français, le régime des saisies conservatoires a subi une profonde modification par l'entrée en vigueur de la loi Warsmann du 9 juillet 2010¹⁶⁴¹. Avant cette loi, le droit pénal des saisies conservatoires était très limité. Seul l'article 706-103 du code de procédure pénale, créé par la loi Perben II du 9 mars 2004, permettait au JLD d'ordonner des mesures de saisies conservatoires. Ces mesures pouvaient être ordonnées sur l'ensemble des biens du mis en examen pour garantir le paiement des amendes encourues, l'indemnisation des victimes et l'exécution de la confiscation. Mais cette disposition était limitée aux infractions de criminalité organisée. Elle n'était donc pas applicable en matière de corruption sauf lorsque cette dernière avait été commise en bande organisée¹⁶⁴². Pour toutes les autres infractions de droit commun, une procédure de saisie conservatoire demeurait possible dans le cadre d'une information judiciaire mais le JLD devait, pour ce faire, appliquer le régime des procédures civiles d'exécution. Or ces dernières s'avéraient très complexes et inadaptées aux besoins de la procédure pénale, notamment pour les saisies aux fins de confiscation¹⁶⁴³. L'autre solution était de prononcer à l'encontre du mis en examen une mesure de contrôle judiciaire par laquelle il lui était ordonné de constituer des sûretés réelles pour garantir l'ensemble des obligations qui lui seront imposées¹⁶⁴⁴. Dans le silence de la loi, certains auteurs considéraient que des saisies conservatoires pouvaient également être prononcées par le juge d'instruction en application des articles 81 et 99 du code de procédure pénale. Ces deux articles donnent, en effet, la possibilité au juge d'instruction d'ordonner toute mesure utile à la manifestation de la vérité et de refuser la restitution des objets placés sous-main de justice dont la confiscation était prévue par la loi¹⁶⁴⁵. Mais cette interprétation apparaissait un peu trop extensive au regard des dispositions textuelles.

Toutes ces solutions étaient donc loin d'être satisfaisantes. D'une part, elles n'offraient pas les mêmes garanties qu'une véritable saisie conservatoire. D'autre part, elles supposaient que la personne poursuivie soit préalablement mise en examen dans le cadre d'une instruction. Or, en matière de délit, l'instruction n'est pas obligatoire. En outre, le régime de l'article 706-103

¹⁶³⁹ F. Zocchetto, « proposition de loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », Rapport fait au nom de la commission des lois, *Sénat*, Rapport n°328, 24 février 2010, p. 1.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.* p.4

¹⁶⁴¹ Loi, n° 2010-768, « Loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », *op. cit.*

¹⁶⁴² Voir *supra* n°550 et s.

¹⁶⁴³ En effet, la base de la procédure civile d'exécution vise le recouvrement d'une créance. Elle suppose, ainsi, que le créancier dispose, obligatoirement, d'un titre exécutoire et qu'il signifie au débiteur un commandement de payer avant toute possibilité de recouvrer à la saisie des biens du débiteur. Cette procédure était donc jugée « périlleuse à mettre en œuvre » dans un contexte de procédure pénale ; Cf C. Cutajar, « La saisie du produit du blanchiment sur le territoire français », note sous arrêt Cass. Civ. 2^{ème}, 4 juin 2009, *op. cit.*

¹⁶⁴⁴ C. Pr. Pén., art. 138.

¹⁶⁴⁵ F. Zocchetto, « proposition de loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », *op. cit.*, p. 5.

souffrait de l'absence de quelconque référence à la notion « d'ayant droit économique ». Comme le soulevait la Cour de Cassation en 2009¹⁶⁴⁶, l'efficacité de la saisie conservatoire s'en trouvait nettement réduite¹⁶⁴⁷.

593. Le législateur est donc intervenu en 2010 pour créer, à côté de la saisie probatoire, un nouveau droit de saisies spéciales intégrée au Titre XXIX du code de procédure pénale¹⁶⁴⁸. L'article 706-142 du CPP permet désormais au Procureur de la République et au juge d'instruction de prononcer une mesure de saisie en vue de garantir l'exécution de la peine complémentaire de confiscation¹⁶⁴⁹. Ce nouveau régime de saisies conservatoires est applicable à toutes les catégories de confiscations prévues à l'article 131-21 du code pénal¹⁶⁵⁰ et peut intervenir à tous les stades la procédure, dans le cadre d'une enquête de flagrance, d'une enquête préliminaire ou au cours d'une instruction préparatoire¹⁶⁵¹. La mesure n'est donc plus soumise à l'ouverture préalable d'une information judiciaire et elle peut être décidée par le Ministère public. Pour ce faire, plusieurs types de saisies spéciales ont été créées : les saisies de patrimoine (CPP, art. 706-148), les saisies immobilières (CPP, art. 706-150), les saisies de biens ou droits incorporels (CPP, art. 706-153) ainsi que les saisies sans dépossession (CPP, art. 706-158)¹⁶⁵².

L'évolution législative est significative. Pour la première fois, il est véritablement possible de procéder à des saisies « *dans la poursuite d'une finalité autre que celle de la manifestation de la vérité* »¹⁶⁵³. En outre, le législateur de 2010 a également réformé le régime des perquisitions pour s'adapter à cette évolution. Il a créé un régime de perquisitions spéciales pour la recherche et la saisie des biens susceptibles de confiscation. « *Alors que la perquisition n'était autrefois qu'un moyen d'enquête visant à recueillir des preuves, la loi Warsmann en fait désormais un outil visant à garantir l'efficacité d'une potentielle décision de confiscation à venir* »¹⁶⁵⁴.

594. La saisie de patrimoine est surprenante. Elle offre la possibilité de saisir des biens qui, en réalité, n'ont aucun lien avec l'infraction. Cette mesure permet de garantir l'exécution d'une future décision de confiscation générale. Elle permet en outre, la saisie de tous les biens présumés avoir un lien avec l'infraction mais dont l'auteur n'a pu en justifier l'origine. Cette mesure est possible pour toutes les infractions punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement¹⁶⁵⁵.

Il est aussi désormais possible de saisir des immeubles ainsi que des biens incorporels à titre conservatoire. Parmi les saisies incorporelles, figure notamment la saisie de sommes versées sur un compte bancaire. Pour ce faire, une procédure accélérée a été créée. Pour une appréhension rapide des fonds susceptibles d'être vite transférés, l'article 706-154 du CPP déroge à la nécessité d'obtenir une ordonnance préalable et autorise le Procureur ou le juge

¹⁶⁴⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 4 juin 2009, *op. cit.*

¹⁶⁴⁷ La Cour de Cassation, dans son rapport de 2010 fait, d'ailleurs, état de cette lacune et incite fortement le législateur à intégrer la notion d'ayant droit économique dans les dispositions relatives aux saisies conservatoires ; Cf Cour de Cassation, « Le droit de savoir », *Rapport annuel, Cour de Cassation*, 2010, p. 44.

¹⁶⁴⁸ J. Pradel, *Procédure pénale, op. cit.*, n°445, p. 390.

¹⁶⁴⁹ B. Bouloc, *Procédure pénale, op. cit.*, n°814, p. 687

¹⁶⁵⁰ C. Pr. Pén., art. 706-41.

¹⁶⁵¹ C. Cutajar, « le nouveau droit des saisies pénales », *op. cit.*, p. 129.

¹⁶⁵² S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale, op. cit.*, n°2195, p. 1255.

¹⁶⁵³ *Ibid.*

¹⁶⁵⁴ Y. Charpenel, « L'appréhension française de la confiscation des avoirs criminels », *op. cit.*, p.2.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, p.3.

d'instruction à demander, par tout moyen, à un officier de police judiciaire d'y procéder sans que quelconque formalisme ne soit nécessaire¹⁶⁵⁶.

595. Le législateur de 2010 semble donc avoir réellement voulu conférer plus d'efficacité à la sanction complémentaire de confiscation par l'instauration d'un régime spécial de saisies conservatoires. L'abandon du formalisme dans certaines situations urgentes démontre une volonté d'adaptation et de réactivité. La Cour de Cassation a précisé en ce sens que ce nouveau régime était applicable à tous les biens dont la personne poursuivie était propriétaire ou dont elle avait la libre disposition¹⁶⁵⁷. La réforme est cependant critiquable sur un point : le maintien de la préférence à la propriété personnelle. Le législateur n'a pas suivi les recommandations de la Haute Cour exprimées dans son rapport de 2010. Il n'a donc pas abandonné la notion de « libre disposition » au profit de celle « d'ayant droit économique » ou de « bénéficiaire effectif ». L'article 706-103 n'a pas non plus été modifié de sorte que la saisie conservatoire en matière de criminalité organisée n'est applicable que sur les biens dont le mis en examen est le véritable propriétaire.

596. En droit vietnamien, des dispositions ont également été adoptées afin d'autoriser la « confiscation à titre préventif » des biens d'une personne poursuivie. L'article 146 du CPPVn prévoit à ce titre qu'une confiscation préventive peut avoir lieu sur « toute chose sujette à confiscation ultérieure », pour garantir le paiement de l'amende et l'indemnisation des victimes en cas de condamnation définitive. Cette saisie ne peut être mise en œuvre qu'à l'encontre d'une personne poursuivie et elle ne peut être décidée que par le parquet. L'étendue de la saisie n'est en revanche pas précisée. L'article n'indique pas, par exemple, s'il est possible de procéder à une saisie sur les comptes bancaires, sur des biens immeubles ou sur des choses incorporelles. Il semblerait qu'il soit possible, dans la mise en œuvre de cette procédure, de geler les comptes de la personne poursuivie¹⁶⁵⁸. La loi reste cependant silencieuse sur ce point. En outre, l'article prévoit que seuls les biens de la personne sont susceptibles d'être appréhendés. De ce fait, les biens dont elle a la libre disposition sont exclus.

597. Ce régime procédural de saisie conservatoires est donc orienté vers un schéma traditionnel dans lequel la personne poursuivie conserve en pleine propriété le produit de ses activités illicites. Bien qu'il en soit ainsi la majeure partie du temps grâce à la liquidité des transactions, il n'est pas rare que les auteurs de corruption aient recours à une certaine forme de montage. Comme soulevé, ils acquièrent, par exemple, des biens onéreux au nom de leurs proches ou de tiers complices¹⁶⁵⁹. Dans ce cas, ils ne sont plus propriétaires mais bénéficiaires effectifs des biens acquis. En outre, il apparaît en pratique que les autorités ont très rarement recours à la procédure de « confiscation préventive ». Dans la majeure partie des affaires, la confiscation sera prononcée uniquement lors de la condamnation de l'auteur. Dans ce cas, les seuls biens confisqués seront ceux dont l'auteur a avoué avoir acquis avec le produit de l'infraction¹⁶⁶⁰.

598. En droit français comme en droit vietnamien, la peine complémentaire de confiscation souffre d'un certain manque d'effectivité. La création, par le législateur français, d'un véritable droit des saisies conservatoires reçoit un accueil favorable. Mais il ne permet pas de

¹⁶⁵⁶ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, op. cit., n°2257, p.1294.

¹⁶⁵⁷ Cass. Crim, 9 mai 2012, *Bull. Crim.*, 2012, n° 110.

¹⁶⁵⁸ T. Van Dung, Professeur, Vice-directeur de la division du droit pénal, Département du droit pénal et administratif, Ministère de la Justice, Interview du 2 mai 2013.

¹⁶⁵⁹ Voir *supra* n°384.

¹⁶⁶⁰ T. Van Dung, op. cit.

combler les lacunes de la sanction même de confiscation. Le législateur doit se détacher de la notion de propriété personnelle pour intégrer celle de bénéficiaire effectif. La remarque est la même concernant le droit vietnamien où le législateur semble encore plus attaché à la pleine propriété personnelle des biens confisqués. En outre, le droit vietnamien s'appuie sur les aveux de l'auteur, ce qui lui laisse une grande latitude pour conserver tout ou partie de ses bénéfices illégaux.

Cette peine est perçue comme la mesure la plus dissuasive pour les personnes physiques. Bien qu'elle soit également applicable, du moins en France, aux personnes morales, ce n'est en revanche pas la mesure la plus dissuasive pour elles. Il apparaît, en effet, que l'exclusion des marchés publics est bien plus sévère qu'une simple confiscation à l'égard des personnes morales. Mais, malgré l'efficacité de cette mesure, son application fait preuve d'un certain manque de rigueur.

B - La sanction peu rigoureuse d'exclusion des marchés publics

599. La peine complémentaire d'exclusion des marchés publics s'entend de l'interdiction faite à une personne morale condamnée pour corruption, de conclure des marchés avec une personne publique ou de répondre à des appels d'offres émis par un organisme public¹⁶⁶¹. L'aspect dissuasif de cette sanction est internationalement consacré. Elle répond à ce titre aux exigences de la Convention de Mérida de reconnaître la responsabilité pénale des personnes morales¹⁶⁶² et de prévoir à leur égard des sanctions « efficaces, proportionnées et dissuasives »¹⁶⁶³.

600. En droit français, les personnes morales sont pénalement responsables. Le principe de spécialité de cette responsabilité a d'ailleurs disparu en 2004¹⁶⁶⁴ au profit d'une responsabilité pénale générale. Depuis lors, en vertu de l'article 121-2 du code pénal, les personnes morales sont en principe responsables pour toutes les infractions du droit répressif. Les peines principales qui leur sont applicables sont une amende égale au quintuple du montant maximum applicable aux personnes physiques¹⁶⁶⁵. Les personnes morales sont, en outre, soumises à une série de sanctions complémentaires prévues à l'article 131-39 du code pénal. Parmi ces sanctions, la peine d'exclusion des marchés publics, temporaire ou définitive, est prévue. Mais il ressort de ces dispositions que cette peine répond à un principe de spécialité. Elle doit donc être spécifiquement prévue par les textes d'incriminations de l'infraction poursuivie pour être applicable¹⁶⁶⁶.

601. Les textes d'incriminations en matière de corruption semblent tous prévoir cette sanction. Elle est néanmoins relativement limitée.

L'article 433-25 du code pénal prévoit la possibilité de prononcer à l'encontre d'une personne morale condamnée pour corruption active d'agent public national, une peine d'exclusion des marchés publics. Cette peine figure parmi une liste exhaustive de peines complémentaires envisageables. Elle vient en complément de la peine principale d'amende. Depuis 2013,

¹⁶⁶¹ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §338, p. 118.

¹⁶⁶² *Ibid.*, art. 26§1.

¹⁶⁶³ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 26§4.

¹⁶⁶⁴ Loi n°2004-204, « Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », dite Loi Perben II, *op. cit.*

¹⁶⁶⁵ C. Pén., art. 131-38.

¹⁶⁶⁶ La Cour de Cassation sanctionne le non-respect de ce principe de spécialité en considérant que cela relevait du principe fondamental selon lequel nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi ; cf Cass. Crim, 23 octobre 2007, *Droit pénal*, 2008, comm. 4, obs. Véron.

l'amende maximale pouvant être prononcée par le juge répressif est de cinq millions d'euros. Elle peut être portée au double du profit tiré de l'infraction. L'exclusion prononcée en complément est cependant doublement limitée. Elle est d'abord limitée à une durée maximale de cinq ans, ce qui est en deçà des prescriptions de l'article 131-39 du code pénal qui offre la possibilité au législateur de prévoir une exclusion définitive. Elle est ensuite limitée au domaine d'activités dans lequel les pratiques corruptrices ont été commises.

Pour la corruption transnationale, l'article 435-15 al. 2 prévoit lui aussi la possibilité de prononcer une peine d'exclusion des marchés publics. Néanmoins, à la différence du régime applicable à la corruption interne, la sanction n'est pas complémentaire. L'article prévoit, en effet, une série de « peines principales » alternatives. Le juge répressif a le choix du nombre de peines qu'il souhaite prononcer. Lorsqu'il prononce une peine d'amende, il n'est pas incité à prononcer une autre peine en complément. *A contrario* le tribunal peut aussi décider de ne prononcer qu'une sanction d'exclusion des marchés publics. Cette peine peut également être prononcée pour une durée maximale de cinq ans. Elle n'est pas en revanche limitée au seul domaine d'activités dans lequel la corruption a été commise.

Pour les infractions de corruption privée et à la différence des catégories précitées, l'exclusion est applicable aux deux formes de corruption, active et passive. L'article 445-4 al. 2 du code pénal prévoit à ce titre une peine complémentaire qui s'ajoute à la peine principale d'amende. Le montant maximal de l'amende applicable aux personnes morales est désormais de 2,5 millions d'euros¹⁶⁶⁷ et être portée au double du profit tiré de l'infraction. Ici encore, la peine d'exclusion des marchés publics est limitée *rationae temporis* à une durée maximale de cinq ans. Elle ne l'est en revanche pas concernant le domaine d'activité.

La peine d'exclusion des marchés publics existe bel et bien en droit français mais de sérieuses critiques peuvent être apportées. La sanction française souffre d'un cruel manque de rigueur.

Il s'agit d'abord d'un manque de rigueur « textuelle ». Le législateur français a limité son application de sorte que la sanction n'est pas aussi dissuasive qu'elle devrait l'être. D'une part, la sanction est limitée pour une durée maximale du cinq ans. C'est peu comparé à la gravité des pratiques de corruption. Rappelons ici que l'article 131-39 du code pénal offre de surcroît la possibilité au législateur de prévoir une exclusion définitive.

D'autre part, l'exclusion est limitée, pour la corruption active d'agent public national, au seul domaine d'activités dans lequel l'infraction a été commise. Cela est très critiquable. En d'autres termes, la personne morale n'est pas exclue des marchés publics. Elle l'est seulement d'une infime partie des marchés publics. Rien ne l'empêche de se tourner vers d'autres secteurs pour lesquels elle n'a pas été condamnée si la peine d'exclusion ne s'accompagne pas d'une peine d'interdiction d'exercice.

Le manque de rigueur se constate ensuite dans la pratique. Elle démontre que la sanction est très peu appliquée dans le cadre de la corruption transnationale. C'est pourtant là que la peine complémentaire est la plus dissuasive.

Or, la sanction ne vient pas systématiquement en complément de l'amende. Comme soulevé, le législateur a prévu une série de sanctions « principales » qui ont la possibilité de se cumuler ou non. L'amende étant la sanction principale majoritairement prononcée, cela se fait au détriment des autres peines. La pratique démontre d'ailleurs que le juge répressif a tendance à ne prononcer qu'une peine d'amende. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit dans l'affaire des

¹⁶⁶⁷ L'amende maximale avant cette date était de 375 000 euros pour les personnes morales et 75 000 euros pour les personnes physiques.

« *cartes d'identités au Nigéria* » pour laquelle le groupe Safran a été condamné en 2012¹⁶⁶⁸. Le juge s'est abstenu de prononcer toute autre sanction y compris la confiscation du bénéfice de l'infraction.

Pourtant, comme le soulève très justement l'OCDE, l'exclusion des marchés publics a un effet bien plus dissuasif que la peine d'amende sur les entreprises implantées à l'international¹⁶⁶⁹. Cette préférence pour la peine d'amende est d'autant plus critiquable que son *quantum* était très bas jusqu'en 2013. Avant la loi du 6 décembre 2013, l'amende maximale applicable aux personnes morales pour l'infraction de corruption transnationale était de 750 000 euros. Ce montant était dérisoire au regard des profits que les plus grosses entreprises françaises implantées à l'étranger pouvaient réaliser par le versement de commissions¹⁶⁷⁰. L'amende n'était donc ni efficace, ni proportionnée et encore moins dissuasive. En 2013, le législateur est intervenu pour porter son *quantum* maximal à cinq millions d'euros pour les personnes morales. Elle peut aussi être portée au double du profit tiré de l'infraction. Les dispositions textuelles sont donc nettement plus sévères et l'amende retrouve son pouvoir sanctionnateur et dissuasif. Si la pratique relative à la peine unique d'amende se maintient, le nouveau *quantum* aura au moins pour effet de compenser un peu l'absence de peine complémentaire en privant la personne morale d'une partie substantielle de son patrimoine. Mais il faut attendre de voir comment ces dispositions seront appliquées et si les juges prononceront à l'avenir des peines d'amendes conséquentes.

602. Le droit vietnamien, au contraire de la France, ne reconnaît pas le principe de responsabilité pénale des personnes morales. De ce fait, il n'existe pas de sanction complémentaire d'exclusion des marchés publics. Cela va à l'encontre des dispositions impératives de l'article 26 de la Convention de Mérida. Il ressort de constatations pratiques que le « processus » d'une personne morale est complexe. Il est donc souvent difficile de déterminer précisément la personne physique responsable des agissements corruptifs. C'est la raison pour laquelle la Convention considère comme indispensable le fait, pour les Etats parties, de prévoir un système permettant de « punir » l'entreprise toute entière¹⁶⁷¹.

603. En outre se pose la question de l'effectivité d'une peine française d'exclusion des marchés publics sur le territoire vietnamien. Puisque le Vietnam ne connaît pas le principe de responsabilité pénale des personnes morales, une telle peine serait-elle exécutoire sur son territoire ? L'effet dissuasif de la sanction tient en son caractère absolu. De ce fait, si elle ne produit pas d'effet au Vietnam, elle perd son caractère sanctionnateur et dissuasif. Si le Vietnam se dote enfin d'un système de responsabilisation des personnes morales, l'exécution d'une peine étrangère des marchés publics aurait plus de chances d'être garantie qu'à l'heure actuelle.

604. Pour être dissuasive, une sanction doit remplir deux conditions. Elle doit d'abord être prévue par les textes d'incriminations. Pour ce faire, elle doit être claire, précise et sévère. Elle doit ensuite être régulièrement prononcée par les juges répressifs et faire l'objet d'une véritable application. L'aspect dissuasif des peines de confiscation et d'exclusion des marchés publics est amoindri car elles ne respectent pas ces conditions. Soit le législateur prévoit des peines trop douces ou trop courtes qui ne provoquent pas, chez l'auteur, la peur d'un risque

¹⁶⁶⁸Ce groupe français a été condamné, le 5 septembre 2012, pour le versement de pots-de-vin d'un montant atteignant 380 000 euros à des agents publics nigériens en marge d'un contrat de 171 millions d'euros pour la fourniture de 70 millions de cartes d'identités ; cf TI, *Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence la démocratie avance*, op.cit., p. 11.

¹⁶⁶⁹ OCDE, « Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption », op. cit., n°64, p. 30.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, n°62, p. 29.

¹⁶⁷¹ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », op. cit., §315, p. 113.

encouru. Soit le juge ne prononce pas la peine ou elle ne reçoit pas application ce qui provoque chez l'auteur le sentiment que « le jeu en vaut toujours la chandelle ».

Cette situation se retrouve dans la pratique, notamment dans le cadre des relations commerciales entretenues entre la France et le Vietnam. Les entreprises françaises implantées sur le territoire vietnamien sont constamment sollicitées pour le versement de commissions en l'échange de l'obtention ou de la conservation de marchés. Les entreprises concernées n'ont dès lors d'autres arguments à avancer que la nécessité de recourir à ce procédé pour décrocher les marchés indispensables et sauvegarder l'emploi de leurs salariés¹⁶⁷². En réalité, si elles cèdent aussi facilement aux sollicitations c'est aussi parce que le risque de condamnation apparaît faible en comparaison des avantages que procure le marché convoité. Malgré la multiplication des incriminations françaises de corruption, le risque de tomber sous le coup d'une infraction pénale n'effraie toujours pas.

605. Outre le fait de sanctionner sévèrement les auteurs, la condamnation des pratiques de corruption a aussi normalement pour effet de réparer les dommages causés à la victime. La réparation doit se faire, ici, par la mise en œuvre de procédures de recouvrement des avoirs détournés et de restitution. Mais il s'agit là de mesures complexes, difficiles à exécuter. Si le recouvrement peut trouver application, tel n'est pas souvent le cas de la restitution qui reste encore une mesure exceptionnelle. Ce n'est pourtant qu'en restituant les avoirs à la victime que l'on répare le préjudice qui lui a été causé.

§2 – LA COMPLEXITE ENGENDREE PAR LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCEDURE DE RECOUVREMENT ET DE RESTITUTION DES AVOIRS

606. Le recouvrement consiste, pour un Etat condamnant l'auteur de pratiques corruptrices, à récupérer les produits des activités de ce dernier afin de s'assurer qu'il ne puisse plus en bénéficier. Une fois le produit recouvré, l'Etat se doit ensuite de le restituer à la victime à hauteur de son préjudice.

607. Le recouvrement est perçu ici comme le pendant essentiel de la restitution. Il est l'étape essentielle pour permettre à un Etat de restituer les produits de la corruption détournés à son véritable propriétaire. Ces deux principes sont une innovation majeure de la Convention des Nations Unies contre la corruption qui leur a conféré, pour la première fois, une consécration internationale (A).

Par conséquent, les Etats parties à la Convention doivent impérativement conférer une place importante au recouvrement et à la restitution des produits de la corruption. Pour ce faire, ils doivent prendre toutes les mesures nécessaires afin de créer des organismes spécialement chargés de recouvrer et restituer les avoirs. Mais la pratique démontre une réalité plus complexe où la mise en œuvre de ces principes s'avère délicate (B).

A -Un principe consacré par la convention des Nations unies contre la corruption

608. « *Il ne peut y avoir de prévention, de confiance dans la primauté du droit et dans le processus de justice pénale, de gouvernance appropriée et efficiente, d'intégrité des agents*

¹⁶⁷² En ce sens, M. Véron, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, 2013, n°89, p. 73.

publics ou de sentiment généralisé de justice et de conviction que la corruption ne paie pas, si le produit du crime n'est pas soustrait aux coupables et restitué à ses propriétaires légitimes. »¹⁶⁷³.

609. Les principes de recouvrement et de restitution des avoirs issus de la corruption constituent l'une des innovations majeures de la Convention de Mérida. Le texte fait de la restitution l'un des principes fondamentaux de la lutte contre la corruption¹⁶⁷⁴. Il consacre, en outre, un chapitre entier au recouvrement, son pendant essentiel. La Convention est donc le premier instrument international à se positionner autant en faveur de ce mécanisme. Les textes antérieurs se contentaient d'encourager simplement les Etats à mettre en place des mesures efficaces relatives à la saisie et la confiscation des produits des infractions incriminées¹⁶⁷⁵. Une telle consécration par la Convention de Mérida découle d'une volonté ferme de « garantir que le crime ne paie pas »¹⁶⁷⁶ et de dissuader véritablement les auteurs pour lesquels la peine d'emprisonnement est perçue comme un « risque calculé et acceptable »¹⁶⁷⁷.

610. Le recouvrement s'entend du fait, pour un Etat jugeant l'auteur de pratiques corruptrices, de « récupérer » tous les produits issus de ses activités illégales et l'en priver ainsi définitivement de toute jouissance. Dans la pratique, la mise en œuvre de ce principe se traduit par l'exécution de procédures relatives à la saisie et à la confiscation des produits de l'infraction. Mais le seul recouvrement ne suffit pas à garantir que « justice soit faite ». Il est, en effet, difficilement soutenable que l'Etat qui prononce les sanctions patrimoniales puisse bénéficier de celles-ci sans égard aux conséquences de l'infraction, notamment à l'endroit où elle a eu lieu¹⁶⁷⁸. C'est le problème que pose, en particulier, la corruption transnationale. Les fonds détournés par la corruption d'agents publics étrangers représentent des sommes considérables, estimées entre 20 et 40 milliards de dollars¹⁶⁷⁹. Ces montants sont, le plus fréquemment, détournés de fonds publics ou d'aides internationales au développement. Le transfert à l'étranger de ces fonds détournés peut donc avoir des conséquences très néfastes voire dévastatrices pour les « Etats d'origine »¹⁶⁸⁰. Dans une telle configuration, le seul recouvrement des avoirs par l'Etat sanctionnateur ne suffira pas à réparer les Etats victimes de leurs préjudices. C'est pourquoi, la Convention de Mérida fait de la restitution un principe fondamental¹⁶⁸¹.

611. Le recouvrement remplit, par conséquent, quatre objectifs principaux. Premièrement, c'est une mesure dissuasive puissante pour les auteurs de corruption car elle les prive définitivement de leurs bénéfices. Deuxièmement, elle rétablit la justice. Le recouvrement est une sanction pénale qui s'applique au travers de la confiscation. Troisièmement, il neutralise le produit de la corruption. Il évite qu'il soit dissipé ou qu'il ne profite à d'autres personnes. Enfin, l'objectif principal : le recouvrement permet la réparation du préjudice causé à la

¹⁶⁷³ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §765, p. 275.

¹⁶⁷⁴ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 51.

¹⁶⁷⁵ A titre d'exemple, la Convention contre la criminalité transnationale organisée (CTO) dite Convention de Palerme (*op. cit.*) consacre son article 12 à la confiscation et à la saisie et la Convention de l'OCDE (*op. cit.*) fait figurer le principe de confiscation et de saisie du produit de l'infraction dans son article 3§3.

¹⁶⁷⁶ Terme issu de la communication de la Commission des Communautés Européennes de 2008 ; in Commission des Communautés Européennes, « Produits du crime organisé. Garantir que « le crime ne paie pas » », Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil, *Com(2008)*, 20 novembre 2011, pp. 1-14.

¹⁶⁷⁷ J.-M. Souvira, « La plate-forme d'identification des avoirs criminels (PIAC), outil à disposition des enquêteurs et des magistrats », *AJ Pénal*, 2012, p. 134.

¹⁶⁷⁸ T. Ballot, « Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale », *RSC*, 2013, p. 321.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*

¹⁶⁸⁰ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §660, p. 241.

¹⁶⁸¹ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 51.

victime en ce qu'il s'accompagne d'une mesure de restitution¹⁶⁸². L'aspect fondamental de cette mesure pour la privation des avoirs et la réparation fait l'objet d'une consécration internationale par tous les organismes spécialisés dans la lutte contre la corruption.

La « Stolen Asset Recovery initiative » (STAR), organisation créée par la banque mondiale en coopération avec l'Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDC) préconise de nombreux outils à destination des Etats afin qu'ils appréhendent le plus efficacement possible les produits illégalement générés. STAR considère à ce titre que le défi le plus important pour les Etats en matière de recouvrement est de retrouver la « trace » des biens détournés et de prouver qu'ils sont bien le produit d'une infraction commise par la « cible » (*The target*)¹⁶⁸³. La priorité est donc la création de centres d'intelligence financière capables de procéder à l'identification des avoirs d'origine illicite, de les suivre (*follow the money*) et d'établir un profil financier de leurs bénéficiaires¹⁶⁸⁴.

612. La restitution, quant à elle, relève du principe fondamental selon lequel l'Etat qui condamne l'auteur d'une corruption ne doit pas bénéficier des produits de cette dernière. Au contraire, une fois les produits recouvrés, ils doivent tout mettre en œuvre pour être en mesure de les « rendre » à la victime de l'infraction. Pour ce faire, la Convention de Mérida établit une série de dispositions impératives obligeant les Etats à légiférer pour en assurer le respect¹⁶⁸⁵.

613. Dans la pratique cependant, la mise en œuvre de ce principe fait face à de nombreuses complications. L'Etat saisi d'une demande en restitution se heurte à un certain nombre de difficultés.

D'abord, la restitution repose sur l'efficacité de nombreuses mesures exécutées en amont. Il s'agit notamment de l'identification, la saisie et la confiscation des produits de la corruption. Si ces mesures ne sont pas exécutées correctement, la restitution ne saurait être effective. Rappelons ici que la confiscation reste, du moins en France, une peine complémentaire qui ne peut intervenir qu'après une condamnation définitive et à la seule condition que le juge la prononce¹⁶⁸⁶.

Ensuite, la mesure de heurte à des difficultés d'ordre procédural. La Convention soulève à ce titre un problème qui est de savoir à partir de quand un Etat peut légitimement revendiquer la propriété d'un bien. Par exemple, lorsque des hauts fonctionnaires s'approprient les fonds publics de leur Etat, ce dernier peut légitimement se considérer comme victime du détournement et revendiquer la restitution de ces fonds. Mais le droit à restitution n'est pas toujours aussi évident. D'une part, le fait que la corruption soit encore majoritairement perçue comme une infraction d'intérêt général confère une place privilégiée aux Etats pour le droit à restitution au détriment d'autres victimes matérielles de l'infraction. D'autre part, l'Etat qui se prétend victime d'une corruption n'est pas toujours en mesure de fournir les preuves de son droit de propriété antérieur sur un bien ou de prétendre qu'il est la seule partie lésée. La Convention fait acte de ces difficultés et fournit quelques solutions. Par exemple, lorsqu'un Etat se prétend lésé d'un fait de corruption portant sur des fonds ne lui ayant jamais

¹⁶⁸² ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §667, p. 244.

¹⁶⁸³ J.-P. Brun, L. Gray, C. Scott, K. M. Stephenson, « Asset recovery Handbook, a guide for practitioners », *STAR-World Bank-UNODC*, 2011, p. 41.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 73 et s.

¹⁶⁸⁵ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §766, p. 275.

¹⁶⁸⁶ Nous pouvons reprendre ici l'exemple du Groupe Safran condamné, le 5 septembre 2012, à une seule sanction d'amende de 500 000 euros ; le juge n'ayant pas prononcé la confiscation des produits de ces activités.

appartenu, la Convention ouvre à l'Etat un seul droit de recours en dédommagement. De ce fait, les victimes matérielles peuvent encore faire valoir leur droit à restitution¹⁶⁸⁷.

614. Mais la mise en œuvre, à échelle internationale, de mesures de recouvrement et de restitution repose avant tout sur une coopération internationale aboutie. Pour ce faire, l'Union Européenne a adopté un certain nombre d'instruments à destination de ses Etats Membres. Une première décision-cadre du 6 octobre 2006¹⁶⁸⁸ consacre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation. Le texte fait obligation aux Etats Membres de reconnaître la validité des décisions de confiscation prises par les tribunaux nationaux des autres Etats et de les exécuter directement sur leur territoire national. Pour ce faire, le texte abolit partiellement le principe de double incrimination pour trente-deux incriminations dont la corruption et le blanchiment. Pour autant, cette décision n'a pas permis de mettre fin à tous les obstacles relatifs à l'exécution d'une décision étrangères. Certaines demandes ont été refusées en raison de l'incompatibilité des droits nationaux. Tel a été le cas dans l'affaire à l'origine de la décision de la Cour de Cassation du 4 juin 2009¹⁶⁸⁹. Ce n'était pas le problème de la double incrimination qui était en cause dans cette affaire mais les disparités législatives entre la France et l'Italie relatives à la notion de propriété.

Une deuxième décision-cadre du 6 décembre 2007¹⁶⁹⁰ a été adoptée pour obliger les Etats Membres de l'Union Européenne à se doter de Bureaux de Recouvrement des Avoirs (BRA). Une fois désignés, ces BRA doivent avoir pour principale mission de « *faciliter le dépistage et l'identification des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime qui sont susceptibles de faire l'objet d'un gel, d'une saisie ou d'une confiscation ordonnés par une autorité judiciaire compétente dans le cadre de poursuites pénales ou, dans la mesure où le droit interne de l'Etat membre concerné le permet, dans le cadre de poursuites civiles.* »¹⁶⁹¹. Les Etats peuvent, s'ils le souhaitent, établir deux bureaux de recouvrement pour remplir les différentes missions relatives au respect du principe de recouvrement¹⁶⁹². Le texte impose en outre à ces bureaux de se concéder la meilleure coopération possible pour l'identification des avoirs criminels sur tout le territoire de l'UE. Cette dernière peut se faire soit sur demande d'un BRA, soit de manière spontanée. L'échange d'information s'appuie sur une décision-cadre de 2006 venue en simplifier la procédure¹⁶⁹³.

615. L'Union Européenne est donc largement intervenue pour favoriser l'efficacité des mesures de recouvrement sur tout son territoire. Ce n'est malheureusement pas le cas en matière de restitution. L'Union n'a, en effet, adopté aucun texte visant à faciliter la restitution des avoirs recouverts. De ce fait, bien que certains droits nationaux européens connaissent le principe de restitution¹⁶⁹⁴, il n'existe pas de coopération européenne en la matière. Il apparaît pourtant dans la pratique que des dispositions devraient être prises à échelle européenne pour en faciliter l'exécution. La réalité démontre que les Etats qui souhaitent en assurer le respect

¹⁶⁸⁷ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §772-781, p. 277-278.

¹⁶⁸⁸ Décision-cadre, n°2006/783/JAI, « Décision-cadre du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation », 6 octobre 2006, *JOCE*, n° L32, 24 novembre 2006, pp. 0059 – 0078.

¹⁶⁸⁹ Cass. Civ. 2^{ème}, 4 juin 2009, *op. cit.*

¹⁶⁹⁰ Décision-cadre, n°2007/845/JAI, « Décision-cadre du Conseil relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des Etats membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime », 6 décembre 2007, *JOCE*, n° L 332, 18 décembre 2007, pp. 0103 – 0105.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*, art. 1§1.

¹⁶⁹² La France a, par exemple, établi deux organismes en la matière : La Plateforme d'Identification des Avoirs (PIAC) créée en 2005 et l'Agence de Recouvrement des Avoirs Saisis et Confisqués (AGRASC) créée en 2010. Voir *infra* n°618.

¹⁶⁹³ Décision-cadre, n°2006/960/JAI, « Décision-cadre du Conseil relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des Etats membres de l'Union Européenne », 18 décembre 2006, *JOCE*, n° L 386, 29 décembre 2006, pp. 0089 – 0100.

¹⁶⁹⁴ C'est le cas du droit français, qui prévoit, du moins en théorie, la restitution des biens à la victime, en particulier à l'article 131-21 du code pénal relatif à la confiscation. Voir *infra* n°617.

se heurtent à de nombreuses entraves. Nous pouvons à ce titre évoquer les deux affaires « Duvalier » et « Mobutu » qui mirent à mal la Suisse jusque-là considérée comme le pays « leader » en matière de restitution. Dans ces deux affaires, la procédure de restitution, respectivement en Haïti et au Zaïre¹⁶⁹⁵ n'a pu aboutir en raison de droits concurrents détenus par les héritiers des anciens dictateurs. La Suisse n'a pas été en mesure de rejeter *de jure* restitution. Pourtant leurs droits sur la succession, ce qui a bloqué toute possibilité de restitution aux Etats victimes des détournements.

616. Bien que les principes de recouvrement et de restitution soient considérés comme fondamentaux à échelle internationale, leur mise en œuvre semble complexe. Le principe de recouvrement fait l'objet d'un fort encadrement international et régional, du moins en Europe. La restitution, en revanche, reste encore au stade du principe international. La mesure n'a pas encore été reléguée à échelle régionale, de sorte que les Etats ne bénéficient pas des mêmes facilités de coopération. Des difficultés apparaissent déjà au niveau supranational. C'est donc sans surprise que l'on constate une mise en œuvre délicate de ces principes dans les systèmes nationaux.

B - Une mise en œuvre délicate dans les systèmes nationaux

617. La notion de restitution est une notion présente dans les systèmes français et vietnamiens. En droit français, les dispositions générales relatives à la confiscation et à la saisie conservatoire assurent le respect du droit de propriété des tiers de bonne foi. L'article 131-21 du code pénal prévoit, à ce titre, une exception à la confiscation relative aux « biens susceptibles de restitution à la victime »¹⁶⁹⁶. En droit vietnamien, l'article 146 du CPPVn organise une saisie « aux fins d'indemnisation des victimes ». Bien qu'il ne s'agisse pas, à proprement parlé, d'un droit de restitution, le législateur vietnamien semble avoir tout de même cherché à préserver le droit des victimes dans la procédure. En matière de corruption, plus particulièrement, l'article 70§2 de la loi de 2005¹⁶⁹⁷ prévoit que le produit de la corruption doit être retourné à son propriétaire légitime ou, à défaut, être confisqué par l'Etat. La priorité du droit vietnamien relatif à la lutte contre la corruption semble donc être conférée à la restitution. Pourtant, la restitution est une mesure délicate à mettre en œuvre dans les systèmes nationaux.

618. L'efficacité d'une mesure de restitution dépend de l'effectivité du recouvrement antérieur. Ce dernier fait référence aux procédures nationales relatives à la saisie et confiscation des produits de la corruption.

La France s'est dotée, pour ce faire, de deux organismes essentiels au recouvrement. La Plateforme d'identification des avoirs criminels (PIAC), en premier lieu, a été créée en 2005 au sein de l'Office Central pour la Répression de la Grande Délinquance Financière (OCRGDF). Cette structure s'inscrit dans une politique de lutte contre le blanchiment de capitaux et l'utilisation des avoirs criminels¹⁶⁹⁸. Sa mission principale consiste à identifier les avoirs financiers et les biens patrimoniaux des délinquants pour assurer leur saisie et confiscation future. Ses objectifs ont été précisés dans une circulaire interministérielle du 15

¹⁶⁹⁵ Aujourd'hui République Démocratique du Congo (RDC).

¹⁶⁹⁶ A titre d'exemple, l'article 131-21 al.3 du code pénal prévoyant la confiscation du produit de l'infraction, énonce que la confiscation : « porte [...] sur tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime. ».

¹⁶⁹⁷ Loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*

¹⁶⁹⁸ C. Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *op. cit.*, p. 200.

mai 2007. Plus qu'une simple unité d'identification, la PIAC centralise les informations patrimoniales et financières des personnes suspectées et vient en aide aux enquêteurs sur des affaires financières d'une relative complexité. Elle permet d'établir, à ce titre, un « profil financier » des auteurs d'infractions économiques et financières. Cette plateforme permet donc d'identifier les produits des infractions, de déterminer la date d'acquisition, le mode de financement, leur propriété réelle et les liens qui peuvent exister entre ces derniers et l'infraction pour laquelle une enquête a été ouverte¹⁶⁹⁹. L'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC), en second lieu, a été créée par la loi du 9 juillet 2010, dite Loi Warsmann¹⁷⁰⁰ conformément à l'obligation faite aux Etats Membres de l'UE par la décision-cadre de 2007 de créer des BRA¹⁷⁰¹. L'AGRASC a été dotée de deux catégories de missions. Au titre de ses missions impératives, l'agence a le devoir d'établir un suivi des sommes saisies en numéraires ou inscrites sur des comptes bancaires ainsi que des créances saisies. Elle a, en outre, le devoir d'aliéner les biens saisis avant jugement ou, encore, d'indemniser les victimes. L'aliénation concerne « *tous les biens meubles ou immeubles dont la conservation n'est plus utile à la manifestation de la vérité et dont la restitution s'avère impossible, soit parce que le propriétaire ne peut être identifié, soit parce que dernier ne réclame pas l'objet dans un délai de deux mois après mise en demeure ou dont la confiscation est prévue par la loi lorsque le maintien de la saisie du bien serait de nature à entraîner sa dévaluation* »¹⁷⁰². Au titre de ses missions « facultatives », l'AGRASC a la possibilité d'assurer la gestion des biens saisis, de fournir aide et assistance aux juridictions qui la sollicitent ou, encore, de fournir la meilleure coopération internationale possible¹⁷⁰³.

Par la création de ces deux organismes et la réforme de son système de confiscations et de saisies conservatoires, la France s'est donc dotée d'un mécanisme relativement performant en matière de recouvrement.

Le Vietnam, quant à lui, ne s'est doté d'aucun organisme spécialement dédié au recouvrement des avoirs. Aucune agence n'a été créée pour assurer l'identification des avoirs d'origine criminelle ou l'effectivité de la procédure de recouvrement et la gestion des biens confisqués. Aussi, l'effectivité de l'engagement pris à coopérer avec les autres Etats, du moins en matière de corruption, pour garantir le recouvrement des avoirs présents sur son territoire pour la restitution à la victime¹⁷⁰⁴, s'en trouve considérablement réduite.

619. Mais la création d'agences spécialisées pour le recouvrement des avoirs ne suffit pas à garantir l'efficacité de la mesure. Le recouvrement fait directement référence à la mesure de confiscation. En France, il ne peut donc avoir lieu que sur les biens dont l'auteur est le propriétaire ou dont il détient la libre disposition. Tous les biens dont l'auteur n'est que « l'ayant droit économique » sont exclus de la mesure. En outre, la confiscation est une sanction pénale. Elle ne peut être prononcée que par un juge dans le cadre d'une décision de condamnation. La confiscation ne saurait avoir lieu sans une déclaration préalable de

¹⁶⁹⁹ J.-M. Souvira, « La Plate-forme d'identification des avoirs criminels (PIAC), outil à disposition des enquêteurs et des magistrats », *op. cit.*, pp. 134-141.

¹⁷⁰⁰ Loi, n° 2010-768, « Loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », 9 juillet 2010, *op. cit.*

¹⁷⁰¹ Voir *supra* n°614.

¹⁷⁰² C. Cutajar, « L'agence de gestion et de recouvrement des avoirs confisqués », *Dalloz*, 2011, p. 826.

¹⁷⁰³ *Ibid.* Pour avoir plus de détails sur les missions et le fonctionnement de l'AGRASC, Cf. E. Pelsez et H. Robert, « Pour une meilleure appréhension des patrimoines frauduleux. - À propos de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) », *JCP G*, n° 26, 2011, doc., p. 769.

¹⁷⁰⁴ Loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 71.

culpabilité prononcée par une juridiction répressive et passée en force de chose jugée¹⁷⁰⁵. Ce principe de condamnation préalable est un frein au recouvrement.

D'abord, une condamnation doit être prononcée pour envisagée tout acte de recouvrement. Or aucune condamnation ne peut être prononcée si la poursuite de l'auteur s'avère impossible en raison de l'existence d'une immunité ou lorsque la corruption a été commise au sein d'un groupe de sociétés. Il apparaît, en effet, difficile de pouvoir engager la responsabilité pénale de la société mère pour les agissements de sa filiale étrangère¹⁷⁰⁶.

Ensuite, pour qu'il y ait recouvrement, il faut que le juge prononce une sanction complémentaire de confiscation. Rappelons que ce n'est pas systématiquement le cas, notamment en matière de corruption transnationale. Nous pouvons citer à nouveau l'exemple de l'affaire des « *cartes d'identités au Nigéria* »¹⁷⁰⁷.

620. Pour pallier à ces difficultés, certains auteurs se sont prononcés en faveur de la confiscation sans condamnation pénale (CSC). Il s'agirait en effet, d'une simple action *in rem* dirigée contre l'avoir lui-même et non plus contre l'auteur de l'infraction. De ce fait, le recouvrement ne dépendrait plus d'une condamnation personnelle pénale préalable¹⁷⁰⁸. La mesure pourrait être exécutée à la seule condition qu'un lien soit établi en le bien confisqué et l'infraction. Il suffirait d'apporter la preuve que l'avoir concerné constitue l'instrument ou le produit de l'infraction. Le propriétaire du bien confisqué ne serait dès lors qu'un tiers à la procédure et il conserverait ses droits qu'à la condition qu'il apporte la preuve de son origine licite¹⁷⁰⁹. Ce type de confiscation revêt de sérieux avantages pour l'efficacité du recouvrement. Le régime de preuve y est considérablement allégé. Il permet, en outre, de remédier aux limites de la confiscation pénale qui, dans de nombreuses affaires, ne peut intervenir en raison de l'impossibilité d'engager des poursuites à l'égard de l'auteur ou parce qu'elle n'a pas été prononcée par le juge répressif.

621. Aucun des deux systèmes étudiés n'a cependant intégré ce type de confiscation dans leur droit national. La CSC fait, en réalité, l'objet de nombreuses controverses. Elle remet en cause le fragile équilibre devant être maintenu entre efficacité répressive et respect des droits individuels. Cet argument doit effectivement être pris en considération. Néanmoins, il serait possible de maintenir cet équilibre en établissant une CSC applicable à certaines situations particulières. Une telle mesure pourrait intervenir, par exemple, lorsque les poursuites sont impossibles en raison du décès de l'auteur, de sa fuite ou de son absence. Dans ce cas, l'impossibilité de condamner l'auteur de la corruption ne mettrait pas *ipso facto* fin au droit à restitution de la victime.

La France est néanmoins parfois amenée à exécuter des décisions étrangères qui connaissent cette catégorie de confiscations¹⁷¹⁰ sur son territoire¹⁷¹¹. Cette obligation découle notamment du respect de la décision-cadre de 2006 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions de

¹⁷⁰⁵ Ministère de La justice, « Guide sur le recouvrement des avoirs en France » ; in G8- Partenariat de Deauville, *Ministère de la justice*, 11 et 12 avril 2012, p. 5. Guide disponible en ligne sur <http://star.worldbank.org/star/sites/star/files/Guide-sur-le-recouvrement-des-avoirs-en-France.pdf>.

¹⁷⁰⁶ T. Ballot, « Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale », *op. cit.*, p. 324.

¹⁷⁰⁷ Voir *supra* n°45, 146, 601.

¹⁷⁰⁸ T. Ballot, « Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale », *op. cit.*, p. 329.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*

¹⁷¹⁰ C'est par exemple le cas de l'Italie qui est un des rares pays à avoir institué un système préventif de confiscation des avoirs pour lutter contre les organisations criminelles de type mafieux ; Cf T. Ballot, « Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale », *op. cit.*, p. 330.

¹⁷¹¹ Ministère de La justice, « Guide sur le recouvrement des avoirs en France », *op. cit.*, p.11.

confiscation à l'intérieur du territoire de l'UE¹⁷¹². Bien que le droit français n'ait pas directement légiféré en ce sens, cette procédure ne lui est pas totalement inconnue. Au Vietnam, aucune confiscation sans condamnation ne peut, en revanche, être effectuée en dehors de la « confiscation préventive ». Cette procédure est cependant soumise à l'engagement de poursuites pénales à l'encontre de l'auteur de l'infraction. Aussi la question se pose de connaître l'étendue de l'engagement de coopération pris par le législateur dans l'article 71 de la loi de 2005. Une décision étrangère de confiscation sans condamnation serait-elle exécutoire sur le territoire vietnamien en vertu des dispositions de cet article ? Aucune précision n'est fournie à ce sujet. Etant donné que nous nous situons en matière pénale, il est cependant possible que le Vietnam y oppose le principe de double incrimination¹⁷¹³.

622. Mais l'efficacité de la mesure de restitution dépend aussi d'autres facteurs, notamment de l'identification parfois peu aisée, de la victime et de l'existence de droits concurrents. Même lorsque les avoirs ont pu être localisés, gelés, saisis et confisqués dans l'Etat où ils ont été découverts, leur restitution est souvent limitée pour « *des raisons motivant les mesures de recouvrement et l'existence de revendications concurrentes* »¹⁷¹⁴.

L'identification de la victime a été reconnue par la Convention de Mérida comme un obstacle potentiel au principe de restitution. Ainsi que le soulève le texte, dans le cadre d'une corruption transnationale, il peut s'agir d'Etats mais également de personnes privées pouvant détenir des revendications concurrentes de propriété qu'il convient de ne pas ignorer. A ce titre, nous pouvons citer à nouveau les affaires « Duvalier » et « Mobutu » dans lesquelles les revendications des héritiers des anciens dirigeants n'ont pu être évincées au profit de la restitution des fonds détournés aux Etats victimes¹⁷¹⁵.

Toute la difficulté de la procédure de restitution réside donc dans le fait de composer avec toutes les revendications légitimes une fois les victimes identifiées. En outre, le respect du principe fondamental de restitution tel qu'édicté par la Convention voudrait qu'en l'absence de revendications, les Etats « détenteurs » des biens recouvrés mettent tout en œuvre pour identifier d'eux-mêmes toutes les victimes des pratiques corruptrices condamnées et procèdent à la restitution.

623. Or, bien que la France et le Vietnam se soient engagés à respecter le droit des victimes dans la lutte contre la corruption, les Etats n'ont mis en place aucun mécanisme spécifique pour la recherche et l'identification des victimes des pratiques corruptrices. En droit vietnamien il n'existe aucune agence spécialisée dans l'identification des avoirs criminels et leur recouvrement. Aucun organisme n'est donc apte à rechercher les victimes potentielles d'un fait de corruption. En droit français malgré la création de deux organismes, aucun n'a été doté d'une mission de recherche et d'identification des victimes d'infractions économiques et financières. L'AGRASC a, par ailleurs, le devoir d'aliéner les biens qui n'ont pas fait l'objet de revendications de la part du propriétaire légitime¹⁷¹⁶. Sa mission reste une mission passive de gestion et de conservation des biens confisqués.

624. En outre, la procédure même de restitution répond, dans la plupart des cas, à une procédure classique peu adaptée aux spécificités de la corruption. En droit procédural

¹⁷¹²Décision-cadre, n°2006/783/JAI, « Décision-cadre relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation », *op. cit.*

¹⁷¹³ Voir *infra* n°978.

¹⁷¹⁴ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, § 665, p. 243.

¹⁷¹⁵ Voir *supra* n°615.

¹⁷¹⁶ C. Cutajar, « L'agence de gestion et de recouvrement des avoirs confisqués », *op. cit.*, p. 827.

français, la procédure de restitution relève effectivement du seul droit commun. Pour ce faire, le législateur ouvre un droit à restitution à tous les stades de la procédure, que ce soit devant les juridictions d'instruction¹⁷¹⁷, devant les juridictions répressives¹⁷¹⁸ ou par le Ministère public « *lorsqu'aucune juridiction n'a été saisie ou lorsque la juridiction saisie a épuisé sa compétence sans avoir statué sur la restitution* »¹⁷¹⁹. La restitution porte, dans ces situations, sur les « biens placés sous main de justice ». Elle peut avoir lieu soit sur revendication de celui qui prétend avoir un droit sur l'objet (y compris le mis en examen), soit d'office lorsque la propriété n'est pas contestée. La restitution peut être refusée par les juridictions d'instruction lorsqu'elle est de nature à faire obstacle à la manifestation de la vérité ou à la sauvegarde des droits des parties, lorsqu'elle représente un danger pour les personnes et les biens ou encore, lorsque le bien est susceptible de confiscation ultérieure¹⁷²⁰. A l'issue de toute la procédure, le Ministère public peut encore refuser la demande de restitution lorsque le bien représente un danger pour les personnes ou les biens ou lorsque sa destruction est prévue par une disposition particulière¹⁷²¹.

Comme soulevé, cette procédure est mal adaptée aux spécificités de la corruption. D'abord, elle ne peut avoir lieu que si le détenteur de droits sur le bien se manifeste auprès de l'autorité compétente, sauf si « la propriété n'est pas contestée ». Ce principe fait l'objet d'une application stricte. La jurisprudence exige que la restitution d'office n'ait lieu que sur ce seul fondement¹⁷²². Les organes judiciaires ne sont donc pas dotés d'un pouvoir de recherche des victimes, ce qui apparaît préjudiciable en matière de corruption.

Ensuite, la propriété doit être incontestable sur le bien revendiqué au titre de la restitution. Or il est impossible d'établir une propriété incontestable sur des biens fongibles tels que des sommes d'argent. Cette problématique n'est d'ailleurs pas nouvelle et la jurisprudence a déjà eu à se positionner sur des titres de propriété relatifs à des sommes d'argent telles que des billets de banque¹⁷²³. La Haute Cour a mis un terme définitif à la notion de restitution applicable aux sommes d'argent dans un arrêt du 22 mai 2013¹⁷²⁴. Dans sa décision, la Cour considère ainsi que toute revendication portant sur des sommes d'argent, identifiables ou non, n'ouvre pour le « créancier » qu'un droit de créance monétaire sur le patrimoine du débiteur et non plus un droit de restitution comme cela pouvait être le cas avant cette date¹⁷²⁵. Bien que des sommes puissent, dans certaines situations, être identifiées précisément, elles restent avant tout « *une valeur pure indifférente à un corpus déterminé* »¹⁷²⁶. En matière de corruption le principe de restitution peut donc être mis à mal par cette position jurisprudentielle¹⁷²⁷.

La procédure française de restitution semble de surcroît avoir été conçue pour répondre aux besoins d'une délinquance traditionnelle interne et non pour ceux d'une délinquance économique et financière internationale. La procédure fait montre de nombreuses limites dans cette situation. Les avoirs confisqués mêlent bien souvent des biens et des fonds d'origines diverses provenant de fonds privés et publics. Les revendications légitimes peuvent être nombreuses et la procédure s'avère insuffisante pour y répondre. La jurisprudence fait

¹⁷¹⁷ C. Pr. Pén. art. 99 et 177 (devant le juge d'instruction), art. 212 (devant la chambre d'instruction).

¹⁷¹⁸ C. Pr. Pén., art. 478 à 483.

¹⁷¹⁹ C. Pr. Pén., art. 41-4.

¹⁷²⁰ C. Pr. Pén., art. 99 al. 4.

¹⁷²¹ C. Pr. Pén., art. 41-4 al. 2.

¹⁷²² Cass. Crim. 27 septembre 2005, *Bull. Crim.*, 2005, n°239.

¹⁷²³ Cass. Crim. 13 juillet 1951, *Dalloz*, 1951, p. 686.

¹⁷²⁴ Cass. Com. 22 mai 2013, *Dalloz*, 2013, p. 1594, obs. A. Lienhard.

¹⁷²⁵ F. Danos, « L'impossible revendication des sommes d'argent dues à titre de restitution », *Dalloz*, 2013, p. 1594.

¹⁷²⁶ *Ibid.*, p. 1596.

¹⁷²⁷ Cela ne ferme pas pour autant tous les recours pour la victime qui peut toujours demander une indemnisation du préjudice causé par les actes de corruption.

d'ailleurs acte de ces limites, notamment lorsque les saisies et confiscation interviennent dans un contexte de coopération internationale¹⁷²⁸. De ce fait, les restitutions en matière de corruption sont très peu nombreuses en France. Cette faiblesse a d'ailleurs fait l'objet de nombreuses critiques, notamment dans le cadre de la corruption transnationale¹⁷²⁹.

625. En droit vietnamien, une procédure de restitution est également prévue et elle relève, une fois encore, du seul droit commun. En outre, les possibilités de restitution sont beaucoup plus restreintes qu'en droit français. Le CPPVn ne prévoit qu'une seule possibilité en la matière portant sur les « *exhibits* », c'est à dire les pièces à conviction¹⁷³⁰ et à la seule condition que les propriétaires soient identifiables¹⁷³¹. Dans les autres cas, les biens confisqués deviennent donc propriété de l'Etat. Il en est de même du produit de l'infraction. Ce dernier devient directement propriété de l'Etat une fois confisqué sans qu'il n'y ait lieu à rechercher l'existence d'éventuelles revendications légitimes¹⁷³². Dans la pratique, l'Etat vietnamien ne « rembourse » d'ailleurs jamais les victimes de corruption, le produit confisqué devenant *ipso facto* propriété de l'Etat¹⁷³³. Le pays ne semble pas reconnaître la restitution comme principe fondamental. Cela pose problèmes dans le cadre d'une coopération, notamment avec la France. Des biens confisqués sur le territoire vietnamien pourraient-ils être restitués à la France ? Dans le cadre d'une corruption transnationale, une restitution serait-elle envisageable alors que le droit vietnamien n'incrimine pas cette infraction ?

626. La mise en œuvre du principe de restitution doit donc encore faire face à de nombreuses entraves. A l'échelle purement nationale, le principe ne bénéficie pas des mêmes avancées qu'en matière de recouvrement. Les pays peinent à faire droit à toutes les revendications légitimes portant sur un même produit. Au l'échelle supranationale, la coopération internationale est loin d'être aboutie en la matière. Beaucoup d'Etats, comme le Vietnam, ne confèrent pas à la restitution le statut de principe fondamental. Tous les Etats, en revanche, agissent en faveur du recouvrement. En conséquence, lorsqu'une mesure de confiscation parvient à être exécutée efficacement, l'Etat devient bénéficiaire des biens recouverts au détriment des véritables victimes de l'infraction. La réalité révèle donc une pratique à l'encontre des dispositions impératives de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Les Etats doivent redoubler d'efforts pour conférer un véritable statut aux victimes de corruption et leur ouvrir un droit indiscutable à restitution. Ce n'est qu'à cette condition qu'elles obtiendront l'espoir d'être considérées et réparées dans leurs préjudices¹⁷³⁴.

* * *

*

627. La première partie de cette étude a permis de faire la lumière sur plusieurs aspects du phénomène de corruption.

¹⁷²⁸ Cass. Crim, 16 septembre 2008, *JurisData*, n° 07-85108 : dans ce cas, la Cour de Cassation a considéré que le procureur excédait ses pouvoirs lorsqu'il statue sur une demande en restitution formée par une personne à la suite du blocage d'un compte et de la saisie du contenu d'un coffre ordonnés par un juge d'instruction en exécution d'une demande d'entraide judiciaire internationale ; in E. Joly-Sibuet, « Section 2 – Procédure de restitution », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, mars 2013, n°61.

¹⁷²⁹ C. Lucchini, « Restitution des avoirs détournés : Chronique 2009 - 2010 d'un engagement qui patine », *Sherpa*, 8 novembre 2010, p.3. Note disponible en ligne sur <http://asso-sherpa.org/sherpa-content/docs/programmes/FFID/publications/BMA%20Chronique%202009-2010%20-%20nov.pdf>.

¹⁷³⁰ Voir *supra* n°557.

¹⁷³¹ C. Pr. Pén. Vn, art. 76 al. 2-b).

¹⁷³² *Ibid.*, al. 2-c).

¹⁷³³ T. Van Dung, Professeur, Vice-directeur de la division du droit pénal, Département du droit pénal et administratif, Ministère de la justice, Interview du 2 mai 2013.

¹⁷³⁴ TI France, « Engagement de TI France en faveur des droits des victimes de la corruption » ; in TI France, « Droit des victimes de la corruption », *TI France*. Communiqué disponible en ligne sur http://www.transparency-france.org/ewb_pages/div/Droits-des-victimes-de-la-corruption.php.

D'une part, c'est un phénomène complexe, protéiforme et évolutif¹⁷³⁵. Les activités de corruption se sont développées, diversifiées et internationalisées. Le développement des échanges économiques internationaux a favorisé la multiplication des « lieux de l'internationalisation »¹⁷³⁶. Le phénomène s'est déplacé, mondialisé. Les pratiques corruptrices se développent désormais entre auteurs de nationalités différentes. Le phénomène de corruption s'est lui-même diversifié. Il se développe dans toutes les sphères de la vie économique. Dans les pays émergents, il s'est « dédoublé » entre une corruption quotidienne « classique », transformant les droits les plus élémentaires en l'objet d'une transaction illicite¹⁷³⁷ et une « grande corruption », plus élaborée et en plein développement qui se retrouve à la plus haute sphère étatique dans le cadre d'attribution de marchés à des entreprises nationales ou étrangères.

Cela a entraîné la nécessité, pour les Etats, d'étendre nettement la sphère des incriminations. Pour une appréhension étendue des toutes les pratiques corruptrices, les systèmes répressifs doivent impérativement abandonner la vision traditionnelle de la notion de corruption et adopter de nouvelles infractions. Les législateurs doivent d'abord étendre les infractions de corruption à des personnes étrangères ou de droit privé. Toutes les sphères doivent être couvertes. Ils ne doivent pas, ensuite, hésiter à appréhender toutes les activités illégales effectuées en amont ou en aval des pratiques corruptrices. La compromission d'une personne, quelle qu'elle soit, est rarement une fin en soi mais le moyen d'acquérir un avantage décisif¹⁷³⁸. L'appréhension pénale des pratiques corruptrices passe donc également par l'incrimination des activités antérieures ou postérieures à la corruption.

D'autre part, même incriminé efficacement par des textes précis, le phénomène de corruption est difficile à condamner. Les pratiques sont très occultes et particulièrement indolores. Leur détection est peu aisée. La poursuite et la condamnation, en outre, doivent faire face à de nombreux obstacles. Quant aux sanctions, elles ne sont pas assez sévères pour détenir un aspect suffisamment sanctionnateur et dissuasif. L'incrimination, même la plus étendue qu'il soit, n'est pas suffisante à une appréhension efficace des pratiques corruptrices par le droit pénal. Les systèmes doivent adopter des mesures procédurales spécifiques pour permettre une condamnation de leurs auteurs. La situation actuelle ne peut être jugée satisfaisante dans les deux systèmes étudiés. Les Etats doivent véritablement faire de la lutte contre la corruption une grande cause nationale et prendre toutes les dispositions nécessaires à cet effet.

L'appréhension des pratiques corruptrices par le droit pénal n'est pas suffisante pour lutter efficacement contre ce phénomène. Elle est certes indispensable mais ne saurait être la seule mesure applicable pour endiguer le phénomène de corruption. Il apparaît tout aussi essentiel, si ce n'est plus, de prévenir les pratiques corruptrices afin d'empêcher leur réalisation et la survenance de tous les obstacles précités. L'incrimination de ces activités doit donc impérativement s'accompagner de la mise en place de dispositifs préventifs efficaces.

¹⁷³⁵ B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiel de la gestion, op. cit.*, p. 14.

¹⁷³⁶ J. Tricot, « La corruption internationale », *op. cit.*, p. 753.

¹⁷³⁷ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 697.

¹⁷³⁸ T. Cassuto, « Pour une approche étendue des systèmes corruptifs », *op. cit.*, p. 7.

PARTIE 2 : LA MISE EN PLACE DE DISPOSITIFS VISANT A PREVENIR LES PRATIQUES CORRUPTRICES

628. Les conséquences de la corruption, en particulier de la corruption internationale, peuvent s'avérer particulièrement néfastes. Elles se traduisent par l'existence de discriminations et d'inégalités¹⁷³⁹. Les corrupteurs se voient, non seulement, attribuer des marchés à leur profit mais ont également la possibilité d'obtenir le vote de législations qui leur sont favorables¹⁷⁴⁰. Bien qu'il soit difficile d'évaluer les dommages causés par les pratiques corruptrices, le coût économique et social de ce phénomène mondial est très élevé. Or, sur le plan national, la lutte contre la corruption se heurte à de nombreuses difficultés. Les enquêtes et instructions préparatoires sont longues et délicates¹⁷⁴¹. Les preuves sont particulièrement difficiles à obtenir dans le temps imparti par le délai de prescription. Même lorsque les pratiques corruptrices font l'objet de condamnation, les sanctions appliquées aux auteurs sont loin d'être suffisantes pour réparer le préjudice que leurs activités sont susceptibles d'avoir causé à travers le monde.

629. Sans abandonner l'objectif d'amélioration de leurs systèmes répressifs, les Etats ont donc été conduits à adopter de nouveaux outils pour lutter contre les pratiques corruptrices. Plus particulièrement, ils ont pris le parti de les prévenir afin d'empêcher la survenance de leurs conséquences¹⁷⁴². Deux catégories de mesures en faveur de la prévention ont été identifiées.

Il existe des mesures purement préventives. Elles sont, pour la plupart, relativement classiques. Il s'agit de règles adoptées pour favoriser la transparence et la déontologie des organismes et institutions ainsi que pour garantir la probité des agents, publics ou privés. Elles vont des plus générales aux plus spécifiques comme la mise en place de contrôles systématiques lors de la passation de marchés publics dans les secteurs les plus sensibles¹⁷⁴³. L'évolution constatée en matière préventive est la même que celle appliquée en matière répressive. Le secteur public a été la première cible des Etats qui se sont ensuite tournés vers le secteur privé. En créant des mesures préventives pour le secteur privé, les Etats ont été amenés à élaborer des règles plus modernes et mieux adaptées aux spécificités de ce secteur.

Mais l'internationalisation de la lutte contre la corruption et l'intensification de la lutte contre l'intégration du produit des pratiques corruptrices ont aussi conduit à l'avènement de mesures dissuasives de la corruption. La dissuasion est souvent perçue comme la meilleure des préventions. C'est d'ailleurs la perception du législateur français de 2013¹⁷⁴⁴ qui, en relevant substantiellement le plafond de l'amende pour les infractions d'atteinte à la probité, a souhaité ajouter aux textes d'incrimination, une fonction dissuasive. L'objectif est que les délinquants potentiels renoncent d'eux-mêmes à passer à l'acte au regard de l'analyse

¹⁷³⁹ A. Vitu et F. Stasiak, « Corruption. – Des atteintes à l'administration publique et à l'action en justice des communautés européennes, des Etats membres de l'Union européenne, des autres Etats étrangers et des autres organisations internationales publiques », *JCL Pénal affaires*, V° Corruption, Fasc. 40, n°1.

¹⁷⁴⁰ F. Baillet, « Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires », *Gazette du Palais*, n°84, 25 mars 2006, p. 2.

¹⁷⁴¹ A. Vitu et F. Stasiak, « Corruption. – Des atteintes à l'administration publique et à l'action en justice des communautés européennes, des Etats membres de l'Union européenne, des autres Etats étrangers et des autres organisations internationales publiques », *op. cit.*

¹⁷⁴² M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, p. 696.

¹⁷⁴³ *Ibid.*

¹⁷⁴⁴ Loi, n° 2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », 6 décembre 2013, *JORF*, n°0284, 7 décembre 2013, p. 19941.

« *risque/avantage/coût* » qui ne serait plus du tout avantageuse pour eux¹⁷⁴⁵. Au-delà de l'aspect purement répressif de la dissuasion, force est de constater que l'harmonisation des législations nationales et l'amélioration de la coopération internationale sous impulsion internationale jouent un rôle dissuasif de la corruption. C'est la même constatation qui s'impose pour l'intensification des mesures anti-blanchiment. Des études ont démontré que le fait de lutter intensément contre le blanchiment procurait un effet dissuasif direct sur les pratiques de corruption¹⁷⁴⁶.

Par conséquent, après l'analyse des mesures purement préventives de la corruption (Titre 1) nous orienterons notre étude vers celles des mesures dissuasives (Titre 2).

¹⁷⁴⁵ C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Dalloz*, 2014, p. 1564, n°5.

¹⁷⁴⁶ GAFI/FAFT, « Corruption. A reference guide and information note on the use of the FATF recommendations to support the fight against corruption », *FATF/OECD*, 2012.

TITRE 1: LES MESURES PUREMENT PREVENTIVES

630. Prévenir la corruption consiste majoritairement en l'adoption de règles visant à améliorer la transparence des activités¹⁷⁴⁷, moraliser la vie économique et publique, assurer une déontologie des activités et garantir l'intégrité des décideurs. En d'autres termes, la prévention des activités de corruption passe par le concept de gouvernance qui peut se définir comme l'ensemble des processus par lesquels « *des règles collectives sont élaborées, décidées, légitimées, mises en œuvre, contrôlées* » pour promouvoir une économie porteuse d'ordre, de justice, de liberté et d'efficacité¹⁷⁴⁸.

631. A l'image de l'incrimination de ces activités, les premières mesures préventives des pratiques corruptrices adoptées par les Etats ont été à destination du secteur public. On retrouve dans ce secteur, toutes les mesures préventives dites « classiques ». Il s'agit de règles visant à garantir la transparence des activités publiques et l'intégrité des agents publics, notamment au travers de la prévention et de la répression des situations de conflits d'intérêt dans la sphère publique.

Des mesures préventives ont, par la suite, été adoptées à destination du secteur privé. La prise en compte du secteur privé comme foyer de réception d'activités corruptrices n'a pas toujours été aisée. Aujourd'hui encore, des pays en développement tels que le Vietnam conservent cette propension à considérer le secteur privé comme simple victime des activités corruptrices commises par le secteur public¹⁷⁴⁹. Pourtant, l'évolution de ces pratiques et leur internationalisation montrent bien que ce secteur est loin de n'être qu'une victime. Il se révèle même être un acteur redoutable des activités de corruption. Par conséquent, les Etats ont été amenés à prendre des mesures novatrices et modernes pour prévenir la corruption ainsi « privatisée ». Ils ont œuvré pour la « responsabilisation » des acteurs, notamment en conférant un pouvoir de dénonciation aux « sachants »¹⁷⁵⁰. Ils ont aussi œuvré pour intégrer plus d'éthique et de transparence au sein de l'entité économique privée et à l'égard de son représentant.

Il semble important d'étudier de manière plus approfondie les mesures de prévention prises par les Etats à destination du secteur public (chapitre 1) et à destination du secteur privé (chapitre 2).

¹⁷⁴⁷ On retrouve très souvent l'idée de transparence dans les écrits relatifs aux mesures préventives contre la corruption ; cf En ce sens, J. Jehl, « Lutte contre la corruption dans l'Europe des 47 : en attendant la France », *JCP G*, 2013, n°27, 774.

¹⁷⁴⁸ P. Lamy, « Faire progresser la gouvernance mondiale », *Alternatives économiques*, Hors-série n°47, 2001, 1^{er} trimestre, p. 52-53.

¹⁷⁴⁹ Voir *supra* n°214 et s.

¹⁷⁵⁰ En ce sens, C. Mascala, « Droit pénal des affaires », séance d'actualisation du droit, *Université Toulouse 1 – Capitole*, Centre de droit des affaires, 1^{er} juillet 2014.

CHAPITRE 1 : LA PREVENTION DES PRATIQUES CORRUPTICES DANS LE SECTEUR PUBLIC

632. Les législateurs français et vietnamiens semblent prévoir majoritairement deux types mesures essentielles pour la prévention des pratiques corruptrices dans le secteur public.

633. Beaucoup de mesures adoptées se positionnent en faveur de la transparence. En France, la transparence des activités publiques passe d'abord par une moralisation de la vie politique. Ce n'est pas le cas du Vietnam dont la situation politique est très différente de la situation française. En revanche, les deux Etats s'accordent sur le rôle fondamental que joue la transparence dans le domaine de la passation des marchés publics.

634. D'autres mesures sont prises pour assurer l'intégrité des agents publics. En France, la garantie du respect de l'intégrité des fonctionnaires s'est essentiellement traduite par un contrôle restreint des situations de conflits d'intérêts et l'ouverture de la possibilité, pour tout agent public, de dénoncer les faits de corruption dont il peut avoir connaissance dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. Au Vietnam, l'intégrité de l'agent est également au cœur des préoccupations préventives. Toutefois, la traduction juridique est différente. Le législateur s'est essentiellement consacré à la création d'une nouvelle déontologie publique.

635. Bien que les traductions juridiques nationales soient différentes, les deux Etats ont communément distingué deux catégories de mesures préventives à la corruption : celles visant à garantir la transparence des activités publiques (section 1) et celle visant à garantir l'intégrité des agents publics (section 2).

SECTION 1 : LA PREVENTION DES RISQUES DE CORRUPTION DANS LES ACTIVITES PUBLIQUES

636. Les mesures préventives de la corruption applicables aux activités publiques se traduisent différemment en droit français et en droit vietnamien.

En France, la notion de prévention des pratiques corruptrices dans le secteur public n'est pas un phénomène nouveau. Depuis de très nombreuses années, le législateur adopte régulièrement des normes préventives à ce niveau. L'important n'est plus d'établir une transparence des activités publiques mais de la garantir (§1).

Au Vietnam, au contraire, c'est l'opacité bureaucratique qui régnait en maître jusqu'en 2005. Aucune mesure en faveur de la transparence n'avait été adoptée jusqu'alors. Par conséquent, la loi contre la corruption de 2005¹⁷⁵¹ n'a pas pour vocation de maintenir ni véritablement d'établir une réelle transparence. Elle doit être perçue comme une première étape vers la transparence, mettant en place un système plus propice à l'acceptation de cette nouvelle conception de l'administration vietnamienne. En d'autres termes, la loi vise prioritairement à réduire l'opacité bureaucratique (§2).

¹⁷⁵¹ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », Hanoi, 29 novembre 2005.

§1- LES NORMES FRANÇAISES RELATIVES A LA TRANSPARENCE DU SECTEUR PUBLIC

637. Les études menées en France sur la perception de la corruption par les français font ressortir deux principaux secteurs pour lesquels la confiance est mise à l'épreuve¹⁷⁵². Les partis politiques sont perçus comme les plus « touchés » par le phénomène de corruption. S'ensuit le domaine de la passation des marchés publics qui semble aussi pâtir d'une mauvaise réputation à cet égard.

Par conséquent, le législateur s'est attelé à établir des normes pour améliorer la transparence de la vie politique française (A) et celle des marchés publics (B).

A -La transparence de la vie politique française

638. La sphère politique française représente un noyau important du risque de corruption. La tentation de privilégier les intérêts privés au détriment de l'intérêt général est particulièrement élevée. La raison d'un tel risque tient en l'implication du secteur privé dans la vie politique française.

Lorsqu'une entité privée détient la possibilité de financer massivement un ou plusieurs partis politiques, cela engendre le risque d'une imbrication entre les sphères privées et publiques. De ce fait, les partis politiques n'œuvrent plus pour l'intérêt général mais pour celui de leurs investisseurs privés.

Lorsqu'une entité privée ou un groupe détient en outre la possibilité de défendre ses intérêts auprès des élus sans un encadrement strict, cela ouvre la voie à un lobbying¹⁷⁵³ démesuré remettant fortement en question la poursuite de l'intérêt général.

Pour limiter de tels excès et rétablir la confiance des électeurs, la France a pris le parti de se doter de normes visant à moraliser la vie politique française (1) et à encadrer strictement le lobbying (2).

1. La moralisation de la vie politique française

639. Par l'adoption de nombreux textes, le législateur est plusieurs fois intervenu pour moraliser la vie politique française. La moralisation passe par l'encadrement du financement des partis politiques et par le contrôle des patrimoines des élus.

640. Afin de rationaliser le financement des partis politiques par les personnes privées la France s'est dotée d'un dispositif strict de contrôle¹⁷⁵⁴. L'objectif clairement énoncé par le législateur était de rendre la vie politique « plus transparente » et de « moraliser les

¹⁷⁵² TI France, *Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence, la démocratie avance*, TI France, Rapport 2012, p. 7.

¹⁷⁵³ Le lobbying peut se définir comme « les actions d'influence, directes ou indirectes, menées par des groupes d'intérêts, représentés ou non, pour les défendre auprès des décideurs publics appelés à prendre ou influencer des décisions affectant les intérêts défendus par ces groupes » ; in TI France, *Pour un Parlement français exemplaire*, TI France, novembre 2012, n°3, p. 5.

¹⁷⁵⁴ Pour plus de détails relatifs au financement des partis politiques en France, cfN. Tolini, *Le financement des partis politiques*, Thèse, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2007.

campagnes électorales »¹⁷⁵⁵. Le processus de moralisation de la vie politique française à travers le contrôle de son financement a été amorcé en 1988 par deux lois du 11 mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique¹⁷⁵⁶. Il n'a cessé de se développer et d'être modifié par la suite¹⁷⁵⁷. La dernière réforme significative en la matière est la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique¹⁷⁵⁸.

641. Depuis lors, les partis politiques français ont deux sources de financements : les financements privés, autrefois fortement majoritaires, et les financements publics rendus possibles par les lois de 1988.

Les financements privés n'ont cessé d'être encadrés par le législateur depuis le début du processus de moralisation. Depuis 1995, seules les personnes physiques, comme les adhérents à des partis politiques par exemple, sont autorisées à leur verser des dons. Les personnes morales y sont interdites. Cette interdiction est absolue, que le soutien se traduise par le versement de dons ou la fourniture d'avantages quelconques¹⁷⁵⁹. Le législateur a, en outre, limité les plafonds des dons pouvant être versés par les personnes physiques. Pour ce faire, il a adopté une réglementation particulièrement détaillée relative aux modes de paiement et au plafonnement des montants par personne¹⁷⁶⁰.

Pour limiter l'impact négatif sur la solvabilité des partis¹⁷⁶¹, le législateur a introduit une possibilité d'obtenir des financements publics. Ils sont aujourd'hui devenus fortement majoritaires. L'aide financière de l'Etat se matérialise par des crédits alloués chaque année dans le cadre des lois de finances annuelles du gouvernement aux partis politiques¹⁷⁶². Le législateur a également permis un contrôle de l'Etat sur le financement des partis ce qui a eu pour effet de réduire les risques de financement occulte.

¹⁷⁵⁵ B. Maligner, « Le contrôle du financement des campagnes électorales, Etude des jurisprudences constitutionnelle, administrative et judiciaire », *RFDA*, 1995, p. 243.

¹⁷⁵⁶ Loi organique, n°88-226, « Loi relative à la transparence financière de la vie politique », 11 mars 1988, *JORF*, 12 mars 1988, p.3288 et Loi ordinaire, n°88-227, « Loi relative à la transparence financière de la vie politique », 11 mars 1988, *JORF*, 12 mars 1988, p.3290.

¹⁷⁵⁷ Le régime actuel relatif au financement des partis politiques résulte des lois organique, n° 88-226 et ordinaire, n° 88-227, 11 mars 1988, *Ibid* ;Loi, n° 90-55, « Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques », 15 janvier 1990, *JORF*, n°13, 16 janvier 1990, p. 639 ; Loi, n° 93-122, « Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », 29 janvier 1993, *JORF*, n°25, 30 janvier 1993, p. 1588 ; Loi, n°95-65, « Loi relative au financement de la vie politique », 19 janvier 1995, *JORF*, n°18, 21 janvier 1995, p.1105 ;Loi organique, n°95-72, « Loi relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République », 20 janvier 1995, *JORF*, n°20, 24 janvier 1995, p. 1249 ;Loi, n° 95-126, « Loi relative à la déclaration du patrimoine des membres du Gouvernement et des titulaires de certaines fonctions », 8 février 1995, *JORF*, n°34, 9 février 1995, p. 2184 ;Loi, n°96-62, « Loi prise pour l'application des dispositions de la loi constitutionnelle no 95-880 du 4 août 1995 qui ont institué une session parlementaire ordinaire unique et modifié le régime de l'inviolabilité parlementaire », 29 janvier 1996, *JORF*, n°25, 30 janvier 1996, p. 1439 ; Loi, n° 2000-493, « Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives », 6 juin 2000, *JORF*, n°131, 7 juin 2000, p. 8560 ;Loi, n° 2000-641, « Loi relative à l'élection des sénateurs », 10 juillet 2000, *JORF*, n°159, 11 juillet 2000, p. 10472 ;Loi organique, n° 2001-100, « Loi modifiant la loi no 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel », 5 février 2001, *JORF*, n°31, 6 février 2001, p. 1999 ; Loi, n° 2003-327, « Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques », 11 avril 2003, *JORF*, n° 87, 12 avril 2003, p. 6488 ; Ordonnance, n°2003-1165, « Ordonnance portant simplification administrative en matière électorale », 8 décembre 2003, *JORF*, n°284, 9 décembre 2003, p. 20961 ; Loi organique, n° 2006-404, « Loi relative à l'élection du Président de la République », 5 avril 2006, *JORF*, n° 82, 6 avril 2006, p. 5192 ;Loi, n° 2011-412, « Loi portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique », 14 avril 2011, *JORF*, n° 0092, 19 avril 2011, p. 6831 et Loi, n°2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », 11 octobre 2013, *JORF*, n°0238, 12 octobre 2013, p. 16829. Beaucoup de ces textes ont été codifiés dans le code électoral.

¹⁷⁵⁸Loi, n°2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », *Ibid*.

¹⁷⁵⁹ Cette disposition figure aujourd'hui dans le code électoral ; Cf C. Elec., art. L52-8.

¹⁷⁶⁰ C. Elec., art. L 52-8 et s. issus de la loi, n°2011-412, « Loi portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique », 14 avril 2011, *op. cit.* Le montant des dons consentis par les personnes physiques est désormais plafonné à la somme de 4800 euros. Il est également prévu que tout don supérieur à 150 euros doit être versé par tout moyen excepté les espèces et que les dons en espèces pour un parti politique ne peut excéder 20% de la somme totale d'un parti lorsque ce dernier représente un montant total supérieur à 15 000 euros.

¹⁷⁶¹ Rappelons ici que le coût d'une campagne électorale est très élevé. A titre d'exemple, la campagne électorale de 2007 du candidat, ancien Président, Nicolas Sarkozy a représenté un coût total de 21 175 141 euros ; cf Sénat, « Le financement de la vie politique », *Sénat*, Site officiel, Rub. Financement de la vie politique. Les partis politiques doivent donc pouvoir se financer.

¹⁷⁶²*Ibid*.

En 1990 la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques (CNCCFP) a été créée à cet effet. Elle a pour mission de veiller à ce que les partis politiques respectent les dispositions relatives à leur financement. A ce titre, elle dispose d'un pouvoir d'enquête et d'instruction sur les comptes de campagne, préalable à la saisine du juge électoral. La Commission disposait, dans la version initiale de son texte de création, de pouvoirs très étendus. L'article L52-14 du code électoral devait lui conférer la possibilité de demander l'intervention d'officiers de police judiciaire pour l'exécution de toute enquête qu'elle jugerait utile. Le 11 janvier 1990¹⁷⁶³, le Conseil Constitutionnel est cependant venu limiter la portée de ces dispositions. Il a considéré que l'article L52-14 du code électoral ne pouvait être applicable que lorsqu'une instance judiciaire était déjà saisie de l'affaire. Pour autant, la Commission reste le garant de la transparence des partis politiques dans le but de mettre définitivement fin aux financements occultes de hauts dirigeants français¹⁷⁶⁴.

642. En cas de non-respect des règles relatives au financement des partis politiques, le code électoral prévoyait à l'origine des peines lourdes à l'encontre des partis concernés. Outre le non-remboursement de tous les frais de campagnes, l'homme politique concerné était puni d'une peine d'inéligibilité « quasi-automatique » pour une durée maximale d'un an. Mais cette sanction a été assouplie par la loi du 14 avril 2011 qui ne prévoit plus qu'une inéligibilité appréciée en fonction des circonstances de l'espèce¹⁷⁶⁵. La loi du 11 octobre 2013, en revanche, contient des dispositions plus sévères à l'égard des personnes physiques ne respectant pas les plafonds de financements prévus par la loi. Cette violation est désormais un délit puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende¹⁷⁶⁶.

643. Pour moraliser la vie politique française et rétablir la confiance des électeurs, le législateur est aussi intervenu pour mettre en place un contrôle des patrimoines des élus. Pour ce faire, il a agi en faveur de leur déclaration et leur publication. A l'origine, les articles 2 et 3 de la loi du 11 mars 1988¹⁷⁶⁷ faisaient obligation aux élus de déclarer leurs revenus et patrimoines, une première fois, dans les deux mois suivant leur entrée en fonction et une seconde fois dans les deux mois suivant la cessation de leurs fonctions. Cette déclaration devait se faire auprès de la Commission pour la transparence financière de la vie politique (CTFVP). Ce régime avait pour objectif de renforcer la transparence et l'intégrité de la vie politique française. Mais ce premier système souffrait d'importantes lacunes qui le rendaient en pratique parfaitement ineffectif.

Premièrement, les déclarations étaient strictement confidentielles. Leur publication était même pénalement réprimée. De ce fait, seule la commission pouvait en avoir connaissance, ce qui excluait tout contrôle citoyen. Deuxièmement, il n'existait pas de sanctions pour défaut de déclaration ou fausse déclaration. Le contrôle n'était donc pas absolu. Enfin, seuls les patrimoines et revenus des élus pouvaient faire l'objet d'un contrôle. Ce n'était pas le cas des

¹⁷⁶³C. Constit., décision n°89-271 DC, « Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques », 11 Janvier 1990, *JORF*, 13 janvier 1990, p. 571 ;*Recueil*, p.21.

¹⁷⁶⁴ En ce sens : B. Maligner, « Le contrôle des financements de campagnes électorales », *op. cit.*

¹⁷⁶⁵ Nous faisons ici référence à la récente affaire dite « Huchon » : M. Paul Huchon, Président socialiste de la Région Ile de France a été poursuivi pour manquement aux règles de financement des comptes de campagne. Il avait soulevé devant le Conseil d'Etat, le 28 avril 2011, une Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) invoquant l'inconstitutionnalité des dispositions du code électoral rendant « quasi-automatique » le prononcé de l'inéligibilité pour une durée d'un an. Cette QPC fut rejetée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 8 avril 2011 (C. Constit., 8 avril 2011, déc. 2011-117, QPC, « Financement des campagnes électorales et inéligibilité », *JORF*, 9 avril 2011, p.6362). Mais, lors de l'examen au fond par le Conseil d'Etat de cette affaire, le 4 juillet 2011 (C. E, Ass., 4 juillet 2011, n°338033, *RFDA*, 2011, p.723), M. Huchon a bénéficié de l'application de la loi du 14 avril 2011 (*op. cit.*) alors entrée en vigueur quelques jours seulement après la décision du Conseil Constitutionnel par le mécanisme de la « rétroactivité in mitius ». Ainsi, M. Huchon n'a pas été sanctionné d'inéligibilité mais « seulement » d'une lourde sanction financière, les circonstances de l'affaire n'ayant pas été jugées par le Conseil d'Etat comme étant suffisamment graves pour le prononcé d'une inéligibilité.

¹⁷⁶⁶ Loi, n°2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », *op. cit.*, art. 16.

¹⁷⁶⁷ Loi ordinaire, n°88-227, « Loi relative à la transparence financière de la vie politique », *op. cit.*

patrimoines et des revenus de leurs proches. Cela offrait une grande latitude à la fraude et la dissimulation.

644. Pour mettre un terme à ces manquements, le législateur est à nouveau intervenu par la loi du 14 avril 2011. Cette loi était censée combler toutes les lacunes du dispositif précédent et renforcer les pouvoirs de la Commission. Pour autant, l'objectif n'a pas été atteint. Une seule réforme substantielle a été apportée par le texte : la création d'une sanction pour défaut de déclaration ou fausse déclaration. La loi prévoyait, en effet, une peine de 30 000 euros d'amende assortie d'une peine complémentaire d'interdiction des droits civiques et d'exercer une fonction publique¹⁷⁶⁸. Mais, contrairement à la volonté affirmée du législateur, la loi n'a pas renforcé les pouvoirs de la CTFVP. Cette lacune lui a d'ailleurs fortement été reprochée puisque sans renforcement de la Commission, les sanctions précitées paraissaient « *relever d'avantage de l'effet d'annonce que d'une réelle volonté de la part des parlementaires de sanctionner les dérives* »¹⁷⁶⁹. La Commission elle-même, dans son rapport du 25 janvier 2012¹⁷⁷⁰, considérait ces lacunes comme un véritable obstacle à l'accomplissement de sa mission. A ce titre, elle regrettait que l'obligation déclarative ne fût pas prise au sérieux par les élus qui, pour beaucoup, effectuaient cette formalité à contrecœur et en dehors des délais impartis malgré le risque pénal encouru. La sanction inappliquée ne semblait pas effrayer les assujettis. Elle soulevait également dans son rapport, l'inapplicabilité effective de la sanction créée par la loi de 2011 en raison du manque de moyens conférés à la commission.

645. Le législateur est donc à nouveau intervenu avec l'adoption de la loi du 11 octobre 2013¹⁷⁷¹. Par ces dispositions, il a profondément réformé le régime de déclarations des revenus et patrimoines des élus.

La loi oblige désormais les élus, non seulement à déclarer leurs revenus et patrimoines propres, mais aussi ceux qu'ils détiennent en communauté ou en indivision. A côté, le législateur oblige parallèlement l'élu à déclarer tous les intérêts dont il dispose à la date de son entrée en fonction et dans les cinq années la précédant. Afin d'éviter les « confusions » ou mauvaises interprétations sur les notions de patrimoine et d'intérêt, le législateur a pris le soin de lister tous les éléments devant figurer respectivement dans les deux déclarations.

L'autorité chargée de la réception et du contrôle des déclarations a été modifiée. La Commission pour la transparence de la vie publique a été remplacée par une autorité administrative indépendante, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP)¹⁷⁷². L'article 5 de la loi du 11 octobre 2013 prévoit que cette nouvelle autorité est compétente pour demander aux élus assujettis tout élément complémentaire à la déclaration afin d'être en mesure d'en apprécier la véracité. En outre, la HATVP rend désormais les déclarations publiques (sauf certains éléments) et offre la possibilité aux citoyens de lui adresser des observations publiques. Ce nouveau dispositif semble mettre un terme au « tabou » français relatif à la publication des revenus et offre une possibilité de contrôle à la société civile. Les pouvoirs de l'autorité semblent aussi avoir été nettement renforcés. Avant 2013, lorsqu'un élu connaissait une variation substantielle de son patrimoine, il était effectivement amené à la déclarer auprès de la Commission. Toutefois, les dispositions en

¹⁷⁶⁸Loi, n°2011-412, « Loi portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique », 14 avril 2011, *op. cit.*, art. 24.

¹⁷⁶⁹TI France, *Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence, la démocratie avance*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁷⁷⁰Commission pour la transparence financière de la vie politique, « Quinzième rapport de la Commission pour la transparence financière de la vie politique », Rapport n°62, *JORF*, n°0021, 25 janvier 2012, p. 1404.

¹⁷⁷¹Loi, n°2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », *op. cit.*

¹⁷⁷²P. Lignières, « Conflits d'intérêts : l'Etat rentre enfin dans le rang. – A propos des lois du 11 octobre 2013 », *JCP G*, 2013, n°44, 1123.

vigueur supposaient que cela relevait plus d'un choix de l'élu que d'une véritable obligation. Désormais, cette déclaration complémentaire est une véritable obligation. En cas de non rectification ou de justification insuffisante à l'augmentation du patrimoine, l'autorité peut publier un rapport spécial au journal officiel et transmettre le dossier au Ministère public pour l'ouverture d'une information.

646. Enfin, les sanctions pour le manquement ou la fausse déclaration ont été renforcées par rapport à 2011. L'omission frauduleuse ou la déclaration mensongère est désormais punie d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La déclaration tardive est, quant à elle, punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

647. Ce nouveau dispositif devrait, s'il est correctement appliqué, permettre de rétablir les manquements identifiés. Il permettrait, en premier lieu, de mettre fin au « syndrome de la coquille vide » constaté jusqu' alors. Il rétablirait, en second lieu, la confiance des citoyens par un renforcement de la transparence de la vie politique française et en leur conférant un pouvoir de contrôle.

648. Des lacunes de cette nouvelle loi ont cependant déjà été identifiées. Premièrement, la liste des assujettis à la déclaration est très longue et difficilement lisible. Dans un objectif de simplification, d'amélioration du droit et de transparence, il aurait été judicieux de considérer que toute personne élue ou nommée à des fonctions politiques ou dirigeantes soit soumise à l'obligation de déclaration. Deuxièmement, tous les revenus ne sont pas directement publiés. Dans sa décision du 9 octobre 2013¹⁷⁷³, le Conseil Constitutionnel a déclaré que seuls les revenus des ministres devaient faire l'objet d'une publication. Ceux des parlementaires ne seront consultables en préfecture que sur demande tandis que les déclarations des exécutifs locaux resteront confidentielles. La décision prise par le Conseil des Sages est surprenante vis-à-vis du contrôle citoyen. Seule une véritable publication par des outils tels qu'internet permettront de rétablir durablement la confiance des électeurs. Contrairement à la position du Conseil, une publication généralisée ne représente pas à nos yeux « *une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* »¹⁷⁷⁴ dans la mesure où ce dit objectif n'est autre que la prévention des activités de corruption.

Malgré quelques dispositions discutables, force est tout de même de constater que le législateur est largement intervenu en faveur de la moralisation de la vie politique française. La situation s'est améliorée au regard des années précédentes et il est fort à espérer que les modifications à venir iront dans le même sens. Un autre point est important pour la transparence de la vie politique en France : l'encadrement du lobbying.

2. L'encadrement du lobbying

649. Par définition, le lobbying consiste pour une entreprise ou un groupe d'intérêts à chercher à influencer, soit directement un décideur public, soit indirectement en menant des actions en direction d'autres parties prenantes¹⁷⁷⁵, l'élaboration des politiques et le processus décisionnel¹⁷⁷⁶. Les lobbyistes qui mènent ces activités œuvrent pour diverses organisations

¹⁷⁷³ C. Constit., Décision n°2013-675 DC, « Loi organique relative à la transparence de la vie publique », 9 octobre 2013, *JORF*, n°0238, 12 octobre 2013, p. 16838.

¹⁷⁷⁴ TI France, « Lois sur la transparence de la vie publique. Décisions du Conseil Constitutionnel – 9 octobre 2013 », *TI France*, communiqué de presse, 9 octobre 2013, p.2.

¹⁷⁷⁵ SCPC, *Rapport 2006, La Doc. Fr.*, 2006, p. 101.

¹⁷⁷⁶ Commission des Communautés Européennes, « Livre vert, initiative européenne en matière de transparence », Com-2006, *Commission*, 2006, p. 5.

comme les sociétés de conseil en affaires publiques, les cabinets d'avocats, les ONG, les groupes de réflexion, les groupes de pression des entreprises ou les associations professionnelles¹⁷⁷⁷.

650. Le lobbying n'est pas illégal en soi¹⁷⁷⁸. Il apparaît même utile aux décideurs publics. Lorsque son usage est rendu clair et transparent, cette action peut contribuer à apporter aux décideurs des éléments d'information et de compréhension sur des questions toujours plus complexes¹⁷⁷⁹. Un solide échange d'expertise et de talent peut accroître la qualité de la régulation et de la prise de décision. Mais un lobbying non régulé, en revanche, peut entraîner de nombreux abus. Si des liens personnels sont trop étroitement tissés et que des intérêts financiers coïncident intimement¹⁷⁸⁰, cela fait naître des risques de corruption à l'égard des décideurs publics et accroît les chances que l'intérêt personnel soit poursuivi au détriment de l'intérêt général. Pour éviter ces dérives, les activités de lobbying doivent être strictement encadrées.

651. Cet encadrement doit se réaliser auprès des institutions publiques. En droit français, les principales institutions concernées par le lobbying sont l'Assemblée Nationale et le Sénat. De manière surprenante, alors qu'elles ont pour habitude de travailler ensemble, les deux assemblées ont pris le parti d'adopter des dispositifs distincts.

Concernant l'Assemblée Nationale, le Bureau avait créé en 2008 un groupe de travail chargé de la réflexion sur la présence des représentants d'intérêts à l'Assemblée Nationale¹⁷⁸¹. Ce groupe a rapidement abouti au résultat que l'interdiction pure et simple des « lobbies » était impossible. A défaut de les interdire, il fallait donc les encadrer en poursuivant les objectifs de transparence, de publication et par l'élaboration d'une charte des devoirs. Cette initiative a été adoptée par le Bureau de l'Assemblée Nationale le 8 juillet 2009. A partir de cette date, les lobbyistes devaient figurer préalablement sur une liste établie par le Bureau. A ce titre, un badge leur était délivré ouvrant des droits d'accès au Palais Bourbon. Les représentants d'intérêts devaient également remplir un formulaire donnant des informations sur leurs activités et les intérêts qu'ils défendaient. Ces informations étaient publiées sur le site de l'Assemblée Nationale. En outre, les représentants devaient souscrire à un code de conduite adopté par le Bureau. Ce texte prévoyait plusieurs obligations : les informations apportées aux parlementaires ne devaient pas comporter d'éléments volontairement inexacts destinés à les induire en erreur, elles devaient être ouvertes à tous les députés sans discrimination au regard de leur appartenance politique et les représentants d'intérêts ne pouvaient pas se prévaloir, vis-à-vis de tiers, de leur présence sur la liste. Enfin, le code interdisait aux représentants de céder à titre onéreux ou contre tout autre avantage, des documents provenant de l'Assemblée Nationale ou d'entreprendre des démarches publicitaires ou commerciales dans les locaux de l'Assemblée.

Si cette première démarche a été favorablement accueillie par de nombreux professionnels, notamment par les associations de lutte contre la corruption telles que l'ONG Transparency International, son bilan n'était pas entièrement satisfaisant. L'Assemblée Nationale a été une des premières institutions publiques à se doter d'un mécanisme de réglementation des activités de lobbying. Pour autant, l'encadrement était réduit à un enjeu d'accès et de sécurité

¹⁷⁷⁷ Transparency International, *Rapport mondial sur la corruption 2009 : la corruption et le secteur privé*, Nouveau Monde, 2009, p. 98.

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 100.

¹⁷⁷⁹ TI France, « Encadrement du lobbying », *TI France*, site officiel.

¹⁷⁸⁰ Transparency International, *Rapport mondial sur la corruption 2009 : la corruption et le secteur privé*, op. cit., p. 100.

¹⁷⁸¹ C. Sirugue, « Rapport au nom du groupe de travail sur les lobbies à l'Assemblée Nationale », *Assemblée Nationale*, 27 février 2013, p. 7.

et non de transparence¹⁷⁸². En 2013, l'Assemblée a donc renforcé son dispositif en adoptant de nouvelles mesures en accord avec les recommandations émises, notamment de la part de Transparency International.

652. Le nouveau dispositif adopté le 1^{er} octobre 2013 a été rédigé dans l'objectif d'être plus ouvert et transparent¹⁷⁸³. D'abord, un nouveau registre a été créé pour plus de transparence. A ce titre, le filtre du Bureau précédemment établi et dont l'opacité était regrettée, a disparu pour laisser place à une inscription en ligne et automatique. Six formulaires sont désormais mis à dispositions pour chaque type de représentants d'intérêts : sociétés de conseil, entreprises privées, organisations professionnelles et syndicats, ONG et associations, groupes de réflexions, organismes de recherche ou universitaires, autorités administratives et organismes publics. De ce fait, une typologie plus fine des différents acteurs a été définie.

Ensuite, un nouveau code de conduite a été adopté. L'Assemblée Nationale souhaite valoriser, dans ce nouveau dispositif, les représentants qui feront acte de transparence. Un système d'alerte a été créé et le nouveau registre valorisera les bonnes pratiques déjà adoptées par certains acteurs. A titre d'exemple, les entreprises qui se sont dotées d'une charte du lobbying pourront y faire référence dans le registre. Les citoyens se voient aussi conférer un rôle de contrôle puisqu'ils pourront porter à la connaissance de la délégation des représentants d'intérêts, d'éventuels manquements aux obligations.

Le nouveau dispositif vise, en outre, désormais les députés. Le nouveau registre instaure l'obligation pour les députés de mentionner dans les rapports parlementaires la liste de l'ensemble des auditions menées par le rapporteur. Si aucune audition n'a été menée, le rapporteur devra le signaler. Le nombre de représentants pour chaque député est là aussi limité¹⁷⁸⁴.

653. Concernant le Sénat, un dispositif équivalent à celui de l'Assemblée Nationale a été mis en place le 7 octobre 2009. Ce système repose également sur un droit d'accès conditionné à une préinscription de la part des représentants. L'inscription sur le registre s'effectue en ligne et elle est rendue publique. Un code de conduite a lui aussi été adopté dans un objectif d'équité et de transparence. Afin d'encadrer l'accès des représentants aux sénateurs, le code impose aux groupes d'intérêt de déclarer les invitations à des déplacements qu'ils adressent aux Sénateurs, à leurs collaborateurs ainsi qu'aux fonctionnaires et instances du Sénat¹⁷⁸⁵.

654. L'encadrement doit aussi se réaliser auprès du secteur privé, notamment des entreprises privées afin de les inciter à prendre des mesures pour rationaliser leur lobbying. Pour ce faire, des associations telles que l'ONG Transparency International France œuvrent pour aider les entreprises à adopter des chartes de lobbying¹⁷⁸⁶. Cette action vise à combler le vide juridique existant en la matière. Il n'existe pas encore de cadre général à destination du secteur privé réglementant les relations entre les entreprises privées et les décideurs publics. Dans le but d'améliorer leur image de marque et promouvoir la transparence, les entreprises sont de plus en plus nombreuses à se doter volontairement de telles chartes. Dans cette optique, l'ONG contribue donc à les aider dans l'élaboration de textes. Parmi les engagements adoptés dans les différentes chartes figurent des promesses telles que de se déclarer auprès des institutions dans lesquelles le lobbying est exercé, s'interdire de recourir à la corruption, rendre publiques

¹⁷⁸²TI France, « Encadrement du lobbying », *op. cit.*

¹⁷⁸³A.N, « Les représentants d'intérêts à l'Assemblée Nationale », A.N, site officiel.

¹⁷⁸⁴TI France, « Encadrement du lobbying à l'Assemblée nationale : les nouveaux formulaires sont en ligne. Représentants d'intérêts, inscrivez-vous ! », *TI France*, 8 novembre 2013, site officiel.

¹⁷⁸⁵Sénat, « Les groupes d'intérêts au Sénat », *Sénat*, site officiel.

¹⁷⁸⁶CfTI France, « Travaux sur les pratiques de lobbying des entreprises », *TI France*, site officiel.

les principales positions communiquées aux décideurs publics, s'abstenir de tout mandat politique national ou européen, s'engager à ne pas recruter d'anciens décideurs publics avant la fin du délai de trois ans prescrit par la loi ou encore s'abstenir de toute démarche visant à obtenir des informations ou décisions par des moyens illégaux¹⁷⁸⁷. Le Groupe Lafarge a été la première entreprise française à se doter d'un tel mécanisme en avril 2010¹⁷⁸⁸. D'autres groupes et entreprises ont depuis suivi le mouvement telles que BNP Paribas, GSK France en 2012, Le Crédit Agricole et Total en 2013, ou encore, Pernod Ricard et la Société Générale en 2014.

655. Le législateur s'attache donc, depuis plusieurs décennies, à moraliser la vie politique française dans le but de la rendre plus transparente et de rétablir la confiance des citoyens. Cette action s'est considérablement renforcée par l'adoption de plusieurs lois et autres dispositifs à partir de 2010-2011. La moralisation comprend dès lors un double volet. Le législateur est venu encadrer la vie politique française en limitant les possibilités de financement et en responsabilisant les élus au regard de leurs revenus et patrimoines. Il est par la suite intervenu pour moraliser les activités de lobbying. En ce sens, il a été largement aidé par le volontariat de certains organismes et entreprises qui ont pris le parti de se doter de normes facultatives. Une telle action de moralisation est indispensable pour la prévention des pratiques corruptrices en France dans le secteur public. Elle n'est cependant pas suffisante. Un autre domaine est particulièrement exposé au risque de corruption, celui des marchés publics.

B - La transparence des marchés publics français

656. Les marchés publics représentent un secteur particulièrement exposé au risque de corruption. Les enjeux financiers sont très importants pour les entreprises candidates à l'obtention de tels marchés. Par conséquent, il n'est pas rare qu'elles soient tentées de verser des commissions ou quelconque avantage en retour de la certitude de l'obtention ou de la conservation d'un marché. Le Service de la prévention contre la corruption (SCPC) a d'ailleurs souligné la sensibilité de ce secteur aux pratiques de corruption dans son rapport de 2005¹⁷⁸⁹.

Face à un tel risque, le législateur français n'a eu d'autres choix que d'intervenir. Une fois de plus, la transparence figure au cœur des mesures préventives de la corruption dans le domaine des marchés publics. Mais dans ce domaine, les mesures en faveur de la transparence (1) sont aussi pénalement protégées par le délit de « favoritisme » (2).

1. Les mesures en faveur de la transparence des marchés publics

657. Le terme de marchés publics se définit en France comme « *les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs [...] et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.* »¹⁷⁹⁰. Il s'agit donc de contrats passés entre l'Etat ou une collectivité territoriale et des organismes publics ou privés en vue de la réalisation de travaux ou la fourniture de services. Pour la plupart, ces contrats représentent des enjeux financiers importants. Ils sont, à

¹⁷⁸⁷ TI France, « Guide pour l'élaboration d'une charte de lobbying », TI France, 2010.

¹⁷⁸⁸ Voir la Charte du Lobbying du Groupe Lafarge dans laquelle il s'engage, entre autres, à ne pas recourir aux pratiques corruptrices : Lafarge, « Charte de lobbying », *Direction du développement durable et des affaires publiques*, avril 2010, pp. 1-4.

¹⁷⁸⁹ SCPC, *Rapport 2005, La Doc. Fr.*, 2005, pp. 1-257.

¹⁷⁹⁰ C. Marchés pb., art. 1^{er}.

ce titre, particulièrement exposés au risque de corruption. En outre, la corruption dans les marchés publics modifie substantiellement le prix du contrat ce qui a pour effet de créer de fortes distorsions¹⁷⁹¹. Afin de prévenir un tel risque, des mesures ont été adoptées afin de renforcer la transparence de la procédure de passation des marchés publics.

658. Comme le précise l'article 22 du code des marchés publics, toute procédure de passation des marchés publics doit s'effectuer en France par la diffusion d'un appel d'offre. Les candidatures doivent ensuite être examinées de la manière neutre et impartiale par la Commission d'appel d'offre¹⁷⁹². Mais la Commission elle-même, parfois intéressée dans la procédure, peut être amenée à favoriser une entreprise candidate en contrepartie de la réception d'un avantage. L'intérêt que revêt un tel marché pour une entreprise privée est tel qu'elle peut s'avérer prête, de son côté, à verser de nombreux avantages au décideur en vue de son obtention¹⁷⁹³.

Afin de limiter ces risques, le législateur est donc intervenu par une loi du 3 janvier 1991¹⁷⁹⁴ mettant en place un système de transparence de la procédure de passation des marchés publics et de mise en concurrence des entreprises candidates. Dans cet objectif, la loi de 1991 a créé une Mission interministérielle chargée de procéder à des enquêtes sur le déroulement de la passation. Lors de l'adoption de cette loi, le contexte était, en effet, peu favorable à la transparence. Le Ministre de l'économie et des finances de l'époque, Monsieur Pierre Bérégovoy, avait formulé un constat des plus accablants devant le Sénat¹⁷⁹⁵ et l'Assemblée Nationale, déclarant que « *les systèmes de contrôle existants des procédures de passation et d'exécution des marchés publics étaient notoirement insuffisants* »¹⁷⁹⁶. La Mission interministérielle a donc été créée pour mettre fin à ces insuffisances et contrôler le respect des conditions de régularité et d'impartialité prévues par le code des marchés publics. Plus qu'un simple contrôle de légalité, la Mission a également reçu le pouvoir de vérifier le comportement des acheteurs publics.

Depuis l'adoption de cette loi, la France s'est dotée d'un système de régulation et de transparence des marchés publics visant à prévenir les risques de corruption et de favoritisme. Depuis 2001, les marchés publics sont dictés par les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures afin de garantir l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics¹⁷⁹⁷. Dans sa décision du 26 juin 2003, le Conseil Constitutionnel a élevé au rang de règles et de principes à valeur constitutionnelle « *les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la déclaration de 1794 et qui sont rappelés à l'article 1^{er} du [...] code des marchés publics* » et que « *les dispositions de la commande publique devront respecter* »¹⁷⁹⁸. Ces

¹⁷⁹¹ Cf en ce sens, S. Ledan, « Le droit pénal et les mouvements de capitaux », Thèse, *Université Toulouse 1- Capitole*, 2005, n°65, p. 65-66.

¹⁷⁹² Les règles relatives à la Commission d'appel d'offre sont déterminées précisément dans le code des marchés publics ; in C. Marchés pub., Partie 1, Titre III, Chap. 1: Composition de la commission d'appel d'offres des collectivités territoriales et du jury de concours.

¹⁷⁹³ Cass. Crim, 8 janvier 1998, *Droit pénal*, 1998, p.98, obs Véron : deux représentants de la société Dragage- Travaux Publics Fluviaux et Maritimes (DT-PFM), filiale de la société Bouygues Offshore ont, dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics, transféré à l'adjoint du maire de la commune de Bonifacio, la somme de 70 000 F afin de remporter l'appel d'offre et de se voir attribuer le marché pour l'aménagement du port de Bonifacio.

¹⁷⁹⁴ Loi, n°91-3, « Loi relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence », 3 janvier 1991, *JORF*, n°4, 5 janvier 1991, p.234.

¹⁷⁹⁵ P. Bérégovoy, « Transparence et régularité des procédures de marchés », *Compte rendu intégral*, 3^{ème} session, séance du jeudi 4 octobre 1990, *JORF*, 5 octobre 1990, p.2473.

¹⁷⁹⁶ Voir aussi, P. Terneyre, « « Contrats, travaux et transparence », *Commentaire de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence* », *Dalloz*, 1991, p.41-45.

¹⁷⁹⁷ C. Marchés pb., art. 1^{er}.

¹⁷⁹⁸ C. Constit., décision n°2003-473 DC, « Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit », 26 juin 2003, *JORF*, n°152, 3 juillet 2003, p. 11205.

grands principes ont, par la suite, été étendus. L'ordonnance du 17 juin 2004¹⁷⁹⁹ y a, à ce titre, ajouté le principe d'objectivité.

659. De tels efforts législatifs français ont largement été accueillis par les organismes français de lutte contre la corruption. Tel est le cas, entre autres, du Service central de prévention de la corruption (SCPC). Ce service, créé en 1993¹⁸⁰⁰ a pour mission essentielle de centraliser les informations nécessaires à la détection et à la prévention des pratiques corruptrices dans les secteurs publics et privés. L'organisme est essentiellement orienté vers l'étude de l'évolution des activités de corruption. Ainsi que l'énonce son ancien chef, Monsieur Michel Barreau, « *le SCPC se veut un organisme de prévention, or pour pouvoir prévenir, il faut connaître les risques, les situations qui les génèrent et étudier leurs évolutions* »¹⁸⁰¹. Malgré qu'une partie de la doctrine regrette l'absence de tout pouvoir contraignant¹⁸⁰², l'organisme est essentiel à la France pour la prévention des pratiques de corruption.

Dans son rapport de 2005¹⁸⁰³, le SCPC a fait ainsi le point sur « *l'évolution de la réglementation de la commande publique au regard de la prévention de la corruption* »¹⁸⁰⁴. Le rapport souligne l'effort français fourni pour la consécration de grands principes à valeur constitutionnelle applicables au secteur des marchés publics ainsi que pour l'extension de ces principes afin de s'adapter aux évolutions de ce domaine¹⁸⁰⁵. Il souligne également les progrès importants dans le « souci de rendre des comptes », tiré de l'anglicisme « *accountability* » très en vogue dans les systèmes anglo-saxons. Ce souci de « rendre des comptes » recouvre les notions de transparence, de traçabilité et de responsabilité. La mesure impose à tout fonctionnaire de l'administration de justifier sa décision auprès de son supérieur hiérarchique¹⁸⁰⁶.

Mais le rapport met également en lumière les insuffisances de la législation française. Cela concerne, par exemple, un manque de dispositions innovantes relatives aux interdictions de soumissionner, un manque de rigueur de la part du législateur car ces principes ne concernaient pas encore, en 2005, toute la commande publique ou des limites appliquées au « souci de rendre des comptes ». Mais la plus grande insuffisance du dispositif que l'on observe encore clairement à ce jour est celle relative au manque de clarté des dispositifs applicables à la procédure de passation des marchés publics. Une fois de plus, le législateur a failli à sa mission de simplification et de clarté du droit. L'inflation législative dans le domaine de la commande publique donne à son processus des allures « *labyrinthiques* » créant des zones à risques en matière de corruption¹⁸⁰⁷.

660. Il devient urgent que le législateur français produise un véritable effort pour la simplification de la législation en la matière. Il existe désormais un dispositif communautaire d'harmonisation des procédures de passation des marchés publics. Il a été lancé par la directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de

¹⁷⁹⁹ Ord., n°2004-559, « Ordonnance sur les contrats de partenariat », 17 juin 2004, *JORF*, n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

¹⁸⁰⁰ Le SCPC est issu de la loi, n°93-122, « Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », 29 janvier 1993, *JORF*, n°25, 30 janvier 1993, p.1588 et son décret d'application, Décret, n°93-232, « Décret relatif au service central de prévention de la corruption institué 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 », 22 février 1993, *JORF*, n°46, 24 février 1993, p.2937.

¹⁸⁰¹ M. Barreau, magistrat, ancien chef du SCPC, « Un instrument de lutte contre la corruption : le SCPC », *AJ Pénal*, 2006, p.202.

¹⁸⁰² Ainsi selon l'auteur Daniel Dommel, le SCPC serait « *Handicapé par la limitation de sa marge d'initiative ainsi que par des contestations techniques et des tensions politiques qui ont entouré ses premières années d'activité* » ; in D. Dommel, *Face à la corruption*, *Khartala*, 2003, p. 110-111

¹⁸⁰³ SCPC, *Rapport 2005*, *op. cit.*

¹⁸⁰⁴ M. Barreau, « Un instrument de lutte contre la corruption : le SCPC », *op. cit.*, p. 203.

¹⁸⁰⁵ SCPC, *Rapport 2005*, *op. cit.*, p. 23-25.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 34.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 41 et s.

travaux, de fournitures et de services du 31 mars 2004¹⁸⁰⁸. A l'image des principes français, ce texte est mu par un souci de transparence des marchés publics passés à l'intérieur des frontières de l'UE. A ce titre, il définit de nombreux seuils au-delà desquels les critères d'informations et de transparence renforcés devront être respectés. Il fournit, en outre, des critères d'attribution des marchés. Il comporte, enfin, un volet répressif en excluant des marchés toute personne ayant déjà été condamnée pour des faits similaires ou identiques. A côté de cette directive, l'UE s'est également doté d'un service de prévention de la corruption : l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) créé en 1999¹⁸⁰⁹. Cet organisme, créé au sein de la Commission mais bénéficiant d'un statut indépendant, est doté d'un pouvoir d'enquête sur toutes les activités de fraude et de corruption commise au sein de l'UE, notamment dans le cadre de la passation des marchés publics européens. Il est compétent pour ouvrir des enquêtes externes, dans les Etats membres de l'UE, et internes, au sein des institutions publiques ou privées des Etats. Il peut également rendre des avis à la Commission, notamment relatifs à la levée de l'immunité de certains fonctionnaires.

Dans le cadre de sa mission de prévention, l'OLAF s'est attaché à réaliser un tableau des « signaux d'alertes » pour la détection des pratiques corruptrices dans les marchés publics¹⁸¹⁰. Par cette étude, l'organisme a souligné l'importance de s'intéresser à toutes les étapes d'une procédure d'attribution de marché pour être en mesure d'y détecter tous les dysfonctionnements. Une telle surveillance représente un excellent moyen de prévention des pratiques corruptrices au sein des marchés publics. L'office a également œuvré pour favoriser le dépôt de plaintes et de dénonciations par les concurrents évincés qui soupçonnent l'existence de pratiques de corruption. La simplification du dispositif français de prévention en la matière pourrait donc n'être que positive pour une totale harmonisation des dispositions à l'échelle européenne.

661. Malgré quelques manquements, on ne peut pour autant nier les efforts français pour la transparence des marchés publics. Les principes de transparence et d'égalité d'accès des candidats ont été placés au rang de principes constitutionnels depuis 2003. Mais la consécration de grands principes ne suffit pas à garantir leur respect. Le législateur semble l'avoir compris. Dès lors, l'effectivité de ces mesures préventives fait l'objet d'une protection pénale par l'incrimination de l'atteinte à la liberté d'accès et l'égalité de traitement dans les marchés publics, plus connue sous le nom de délit de « favoritisme ».

2. La sanction pénale de la violation de ces dispositions : le délit de « favoritisme ».

662. On appelle « favoritisme », le délit qui consiste à procurer à autrui un avantage injustifié – donc à le favoriser – par une violation des règles imposant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public¹⁸¹¹. Cette infraction a été créée par l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991. Elle est aujourd'hui codifiée à l'article 432-14 du code pénal. Le délit de favoritisme est à la fois plus large et plus précis que celui de corruption. Il est plus large car les personnes susceptibles de le commettre ne se limitent pas

¹⁸⁰⁸ Directive, n°2004/18/CE, « Directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services », 31 mars 2004, *JOUE*, n°134, 30 avril 2004, p. 114.

¹⁸⁰⁹ Décision, n°1999/352/CE, « Décision de la Commission instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) », *JOCE*, n°136, 31 mai 1999, p. 20.

¹⁸¹⁰ Cf. OCDE, « Corruption dans les marchés publics : méthodes, acteurs et contre-mesures », *OCDE*, Rapport, 2007, p.69.

¹⁸¹¹ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2013, p. 81.

aux seuls agents publics. Il est plus précis car il n'est pas nécessaire que son auteur en retire un profit personnel¹⁸¹².

Concrètement, l'infraction se définit comme le fait, pour certaines personnes, de « *procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* »¹⁸¹³. Outre le fait que le favoritisme est un délit très proche des infractions de corruption en tant que manquement au devoir de probité, sa commission fait aussi naître un fort risque de corruption de la part de son auteur puisqu'il procure un avantage injustifié à une entreprise candidate à l'obtention d'un marché public. La corruption, liée au délit de favoritisme, fait donc dévier les règles concurrentielles dans l'évaluation et la formation du prix dans le contrat de marché public¹⁸¹⁴. En matière de favoritisme, il n'est toutefois pas nécessaire de rechercher l'existence d'une contrepartie.

Pour sa commission, le délit suppose que soient réunies une condition préalable tenant à la qualité de son auteur et des éléments constitutifs.

663. Condition préalable : la qualité de l'auteur. Comme soulevé, le délit de favoritisme est plus large que celui de corruption au regard de sa condition préalable. Il ne suppose pas, en effet, que l'auteur ait la qualité d'agent public au sens strict du terme. Pour autant, la commission du délit n'est pas ouverte à tous. Aux termes de l'article 432-14, seules les personnes limitativement énumérées peuvent se rendre coupable de l'infraction¹⁸¹⁵. Comme pour la corruption, l'article mentionne d'abord les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public. Il ajoute ensuite, les personnes exerçant les fonctions de représentants, administrateurs ou agents de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, de sociétés de service public et des sociétés d'économie mixte locales. Enfin, cette énumération d'apparence limitative est complétée par une formule très générale qui mentionne « *toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées* »¹⁸¹⁶. En d'autres termes, le délit peut être commis par toute personne intervenant à un stade de l'attribution des marchés publics¹⁸¹⁷. Il en résulte que le délit peut être commis par celui qui prend la décision mais aussi par celui qui prépare ou propose des décisions prises par d'autres¹⁸¹⁸. La Cour de Cassation sanctionne même des actes qui résultent d'une décision collégiale. Tel est le cas d'un maire dont la responsabilité a été retenue parce qu'il avait fixé l'ordre du jour et présidé la séance du conseil municipal au cours duquel avait été attribué, par un vote à la majorité, le marché litigieux¹⁸¹⁹. En outre, la jurisprudence n'exclut pas les personnes privées dont les qualifications professionnelles les conduisent à intervenir dans les procédures d'attribution des marchés publics¹⁸²⁰. Cela a notamment été la situation de la SNCF qui, à l'occasion d'une

¹⁸¹² B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion*, EMS, 2009, p. 174.

¹⁸¹³ C. Pén., art. 432-14 ; Voir aussi C. Mascala, « Délit de favoritisme à l'Université », *RSC*, 2010, p. 141.

¹⁸¹⁴ S. Ledan, « Le droit pénal et les mouvements de capitaux », Thèse, *op. cit.*, n°65, p. 65-66.

¹⁸¹⁵ A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, Lexis Nexis, 2013, n°481, p. 190.

¹⁸¹⁶ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°103, p. 82 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Ibid.*, C. Mascala, « Délit de favoritisme à l'Université », *op. cit.* ; M. Mazars, « Gestion publique et devoir de probité », *Gazette du Palais*, n°111, 20-21 avril 2012, p. 10.

¹⁸¹⁷ M. Véron, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Syrey, 14^{ème} édition, 2012, n°558-1, p. 401-402.

¹⁸¹⁸ Cass. Crim., 9 mars 2005, *Droit pénal*, 2005, comm. 115, obs. M. Véron : responsabilité d'un adjoint au maire ; Cass. Crim., 20 avril 2005, *Bull. Crim.*, 2005, n°139 : responsabilité du secrétaire général de la commune.

¹⁸¹⁹ Cass. Crim., 19 novembre 2003, *Droit pénal*, 2004, comm. 35, obs. M. Véron ; *Dalloz*, 2004, p. 2753, obs. G. Roujou de Boubée ; Cass. Crim., 7 avril 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°93.

¹⁸²⁰ Cass. Crim., 7 avril 2004, *Ibid.* ; En ce sens également, H. Matsopoulou, « Marchés publics. – Liberté d'accès et égalité des candidats », *JCL pénal code*, art. 432-14, Fasc. 20, n°8 et s.

convention signée avec une région, a agi en qualité de mandataire de ladite région¹⁸²¹. L'avantage du délit de favoritisme lorsqu'il dissimule une corruption sous-jacente, se trouve donc dans la condition préalable. Certaines personnes peuvent se rendre coupable de favoritisme quand, pour les mêmes actes, elles ne sauraient être poursuivies pour corruption.

664. Éléments constitutifs. Le délit suppose que l'agent désigné ait procuré ou tenté de procurer un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires visant à assurer la liberté d'accès et l'égalité entre les candidats.

L'avantage injustifié procuré à autrui. Ce n'est pas une notion aisée à cerner. L'attribution du marché, en tant que telle, ne saurait être automatiquement considérée comme un avantage injustifié¹⁸²². Mais si cet avantage est difficile à définir, il s'agit pourtant d'une condition fondamentale pour que l'infraction soit constituée¹⁸²³. Pour la jurisprudence, le fait de procurer un avantage injustifié peut consister, par exemple, en la transmission d'informations privilégiées¹⁸²⁴. Il peut consister également au fait d'attribuer un marché à un bénéficiaire sans mise en concurrence. C'est notamment ce qu'a fait un président d'Université lorsqu'il a passé des commandes à un traiteur de gré à gré, sans mise en concurrence avec d'autres prestataires, alors que le montant global des commandes dépassait le seuil fixé par décret au-delà duquel la mise en concurrence préalable était obligatoire¹⁸²⁵.

La commission de cet élément matériel ne suppose pas, à la différence du délit de corruption passive, que le coupable ait tiré ou cherché à tirer profit de l'acte délictueux¹⁸²⁶. Mais l'acte est rarement commis à « titre gratuit » et le législateur n'a pas entendu sanctionner naïvement un comportement altruiste. Pour autant, la recherche de profit n'est pas un élément constitutif du délit et la Cour de Cassation ne manque pas de le rappeler. Le délit est donc consommé dès lors qu'il est établi que le prévenu a violé, en connaissance de cause, les dispositions légales ou réglementaires, sans rechercher s'il est, en outre, animé par l'intention de favoriser autrui¹⁸²⁷.

Cet aspect du délit de favoritisme est très intéressant pour la condamnation des pratiques de corruption. Comme soulevé, le favoritisme est rarement l'acte d'un agent « altruiste ». Le plus souvent, l'auteur retire un bénéfice de cette action. Dans ce cas, une situation de corruption naît de ces agissements. Pour autant, même si en matière de corruption, l'avantage procuré à l'agent peut être purement moral¹⁸²⁸, il convient pour les autorités d'en apporter la preuve. Le délit de favoritisme, ici, permet de contourner cette difficulté en abolissant purement et simplement cette condition. Ainsi, lorsqu'une entreprise candidate se voit attribuer un marché public sans mise en concurrence, la personne à l'origine de cette décision pourra être condamnée pour favoritisme sans qu'il ne soit recherché l'octroi, de la part de l'entreprise, de quelconque avantage.

665. L'acte contraire aux lois et règlements. L'avantage injustifié procuré à autrui doit, en toute logique, s'effectuer en contrariété des dispositions législatives et réglementaires visant à garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations

¹⁸²¹ A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°481, p. 191.

¹⁸²² *Ibid.*, n°483, p. 191.

¹⁸²³ M. Mazars, « Gestion publique et devoir de probité », op. cit., p. 10.

¹⁸²⁴ Cass. Crim., 12 juin 2003, *JurisData*, n°2003-020110.

¹⁸²⁵ C. Mascala, « Délit de favoritisme à l'Université », op. cit.

¹⁸²⁶ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°104, p. 83.

¹⁸²⁷ Cass. Crim., 11 janvier 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°11 ; *Droit pénal*, 2004, comm. 50, obs. M. Véron ; *JCP G*, 2004, II, 10084, note F. Linditch ; Cass. Crim., 22 octobre 2008, *Droit pénal*, 2009, chron. 9, obs. F. Linditch : l'infraction est constituée même s'il n'en résulte ni profit pour les auteurs, ni préjudice pour la collectivité.

¹⁸²⁸ Voir *supra* n°82.

de service public. Plus qu'un simple élément intentionnel, l'article 432-14 du code pénal fait de cette condition le deuxième élément matériel du délit. Cet acte peut se présenter de façon très variée tant les dispositions dont la violation est susceptible de favoriser un candidat sont innombrables. La plupart des dispositions sont regroupées dans le code des marchés publics qui a plusieurs fois été modifié. La dernière modification, en date de 2006, a notamment conduit à relever les seuils au-delà desquels les marchés devront respecter les procédures légales et réglementaires. Un exemple d'acte contraire aux lois et règlements est le recours au fractionnement artificiel d'un marché afin que ce dernier n'atteigne pas le seuil et puisse être attribué par une procédure de gré à gré¹⁸²⁹.

666. L'intention. Comme tous les délits du droit pénal français, le délit de « favoritisme » est un délit intentionnel conformément aux dispositions de l'article 121-3 du code pénal. L'article 432-14 du code pénal ne sanctionne pas la simple négligence. Il sanctionne l'acte accompli volontairement par une personne, dans le but de procurer un avantage à autrui et qui sait qu'elle viole les dispositions légales ou réglementaires¹⁸³⁰. Mais la jurisprudence se montre assez sévère quant à l'appréciation de cette condition. Les élus sont considérés comme « des professionnels » compétents qui doivent connaître la législation applicable. La constatation de la violation de la loi ou de règlement révèle le caractère intentionnel des agissements¹⁸³¹. Un élu ne peut donc se cacher derrière une prétendue méconnaissance de la procédure d'appel d'offre¹⁸³², ou même derrière une incompétence « hautement revendiquée »¹⁸³³. Il ne peut pas non plus prétendre se justifier en invoquant une erreur de droit dans l'interprétation des textes à appliquer¹⁸³⁴. Il importe, par ailleurs, que l'agent ait voulu ou non favoriser le candidat. Les mobiles sont indifférents comme le préjudice pour la collectivité¹⁸³⁵. Ces positions jurisprudentielles font dès lors peser sur l'auteur une véritable présomption de responsabilité¹⁸³⁶, pas loin d'être une présomption irréfragable¹⁸³⁷.

667. Répression. Le délit est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. L'auteur encourt également des peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code pénal. Parmi ces peines, figurent notamment l'interdiction des droits civils, civiques et de famille et l'interdiction d'exercer une fonction publique. La tentative est punissable au contraire du délit de corruption. Ceux qui ont tiré profit de l'attribution irrégulière du marché peuvent être poursuivis pour recel de favoritisme¹⁸³⁸. En sens inverse, les entreprises du même secteur d'activité, disposant du personnel et du matériel adapté et qui ont été injustement évincées du marché, subissent un préjudice qui découle directement de l'infraction poursuivie. A ce titre, elles sont recevables à se constituer partie civile pour demander la réparation de la « *perte de chance* » d'en être déclarées attributaires¹⁸³⁹.

¹⁸²⁹ Cass. Crim, 13 décembre 2000, *Bull. Crim.*, 2000, n°374 ; Cass. Crim, 17 décembre 2008, *Droit pénal*, 2009, comm. 36 ; obs. M. Véron ; *RTDCom.*, 2009 ; p. 471, obs. B. Bouloc ; *RSC*, 2010, p. 141, note C. Mascala ; Cass. Crim, 10 septembre 2008, *Droit pénal*, 2009, chron., F. Linditch.

¹⁸³⁰ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°106, p. 85.

¹⁸³¹ Cass. Crim, 15 septembre 1999, *Droit pénal*, 2000, comm. n°28, obs. M. Véron.

¹⁸³² Cass. Crim, 10 septembre 2008, *Droit pénal*, 2008, comm. n°158, obs. M. Véron.

¹⁸³³ Cass. Crim, 24 octobre 2001, *Droit pénal*, 2002, comm. n°105, obs. M. Véron.

¹⁸³⁴ Cass. Crim, 10 avril 2002, *Bull. Crim.*, 2002, n°84, *Droit pénal*, 2002, comm. n°105, obs. M. Véron.

¹⁸³⁵ A. Lepage, P. Maître du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°486, p. 193.

¹⁸³⁶ C. Mascala, « Délit de favoritisme à l'Université », *op. cit.* ; J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « Favoritisme dans l'attribution des marchés publics (article 432-14, c. pén.) », *RSC*, 2000, p. 618.

¹⁸³⁷ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°106, p. 86.

¹⁸³⁸ Cass. Crim, 5 mai 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°110 ; *AJPénal*, 2004, p. 285, obs. J. Girault ; *RSC*, 2004, p. 897, obs. N. Commaret.

¹⁸³⁹ Cass. Crim, 28 janvier 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°23 ; *Droit pénal*, 2004, comm. n°92, obs. M. Véron ; *JCP G*, 2004, II, 10084, note R. Leborgne ; Cass. Crim, 21 septembre 2005, *Bull. Crim.*, 2005, n°233 ; *Dalloz*, 2005, p. 2629 ; *Droit pénal*, 2006, comm. n°26, obs. M. Véron.

668. Le délit de favoritisme se positionne ici comme véritable rempart de la corruption. D'abord, en sanctionnant la violation des dispositions légales en matière de transparence de marchés publics, le favoritisme doit être considéré comme « délit préventif » du risque de corruption. Ensuite, en abolissant le critère lié à la contrepartie corruptrice, il se pose en « délit obstacle » de la corruption. L'infraction de favoritisme permet de sanctionner les « situations corruptrices » nées dans le cadre de la passation des marchés publics : soit qu'il s'agisse directement d'activités de corruption pour lesquelles l'avantage ne peut être prouvé, soit qu'il s'agisse de sanctionner une « relation un peu trop amicale » entre un décideur et une entreprise candidate qui fait naître des soupçons de pratiques corruptrices.

Bien que le délit soit bien moins sévèrement sanctionné que les infractions de corruption, il permet d'éviter que les auteurs de pratiques corruptrices n'échappent à toute condamnation. Il augmente donc le risque pénal. En outre, le délit bénéficie d'un assouplissement en matière de prescription, similaire à celui applicable au délit d'abus de biens sociaux, qui favorise nettement la répression.

669. Prescription. Le délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service publiques se prescrit par trois ans. En tant qu'infraction instantanée, elle commence normalement à se prescrire à compter du jour de l'accomplissement des éléments matériels conformément aux dispositions de l'article 8 du code de procédure pénale¹⁸⁴⁰. Mais la jurisprudence admet, une fois de plus, les poursuites tardives¹⁸⁴¹. Dans une position largement affirmée, La Cour de Cassation considère que le délit de « favoritisme » est bien un délit instantané qui commence à se prescrire au jour de sa commission. Toutefois, lorsque les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte, le délit ne se prescrit qu'à compter du jour où les faits sont apparus dans des conditions permettant l'exercice des poursuites¹⁸⁴². Cette solution s'apparente aux positions déjà retenues pour les infractions considérées comme clandestines par nature telles que l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux. Mais elle est, comme évoqué, loin d'être satisfaisante. Elle est même critiquable à plusieurs niveaux. D'une part, la position de la Haute Cour est parfaitement *contra legem* : elle ne respecte pas les dispositions de l'article 8 du code de procédure pénale¹⁸⁴³. D'autre part, elle suppose que soit apportée la preuve d'une dissimulation ou d'une occultation. Sans cette condition, la prescription commence en effet à courir au jour de la commission de l'infraction. Or, l'appréciation de cette condition semble tout de même relever d'un certain arbitraire. Il appartient à la jurisprudence, et à elle seule, de déterminer si cette condition est remplie. La Cour n'hésite pas, en revanche, à casser les arrêts d'appel pour lesquels les juges n'ont pas caractérisé expressément la dissimulation¹⁸⁴⁴. La même constatation qu'en matière de prescription des délits de corruption et du délit d'abus de biens sociaux s'impose : il est urgent que le législateur harmonise les régimes applicables à ces infractions occultes en mettant fin à cette jurisprudence et en allongeant le délai légal de prescription.

670. La France s'est donc indubitablement dotée d'un système visant à garantir la transparence, la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics. Mais ces dispositions, aussi sévères soient-elles, ne sont pleinement applicables qu'à l'intérieur des

¹⁸⁴⁰ *Ibid.*, n°107, p. 86.

¹⁸⁴¹ J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « Favoritisme dans l'attribution des marchés publics (article 432-14, c. pén.) », *op. cit.*

¹⁸⁴² Cass. Crim., 27 septembre 1999, *Bull. Crim.*, 1999, n°238 ; *Droit pénal*, 2000, comm. n°27, obs. M. Véron ; *RSC*, 2000, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; Cass. Crim., 5 mai 2004, *op. cit.* ; Cass. Crim., 19 mai 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°131 ; *Droit pénal*, 2004, comm. n°133, obs. M. Véron ; Cass. Crim., 21 septembre 2005, *op. cit.* ; Cass. Crim., 17 décembre 2008, *Droit pénal*, 2009, comm. n°36, obs. M. Véron ; *RTDCom.*, 2009 ; p. 471, obs. B. Bouloc ; *RSC*, 2010, p. 141, note C. Mascala.

¹⁸⁴³ C. Mascala, « Délit de favoritisme à l'Université », *op. cit.*

¹⁸⁴⁴ J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « Favoritisme dans l'attribution des marchés publics (article 432-14, c. pén.) », *op. cit.*

frontières nationales. Les entreprises françaises implantées à l'étranger ne sont pas couvertes par ces mesures. Le rapport de 2007 de l'OCDE fait d'ailleurs état de cette lacune à l'international en prenant l'exemple d'une entreprise d'un pays Z ayant une filiale dans un pays X et qui souhaite y obtenir un marché¹⁸⁴⁵. Cet exemple est parfaitement transposable au sujet de cette étude. Qu'advient-il d'une entreprise française dont la filiale souhaite être déclarée contributive d'un marché public vietnamien ? Sans nul doute, cette filiale sera soumise aux dispositions vietnamiennes relatives à la protection et à la transparence des marchés publics. Il apparaît donc nécessaire d'étudier les mesures vietnamiennes adoptées pour réduire l'opacité bureaucratique.

§2- LES MESURES VIETNAMIENNES POUR REDUIRE L'OPACITE BUREAUCRATIQUE

671. La loi vietnamienne contre la corruption de 2005¹⁸⁴⁶ a établi un programme ambitieux pour mettre fin à l'ère de l'opacité bureaucratique. En droit vietnamien, comme en droit français, la transparence est perçue comme un outil indispensable de la prévention contre la corruption. Bien que la loi n'ait pas pour vocation d'assurer une transparence parfaite, le législateur se positionne en faveur de cette dernière et de la déontologie des activités publiques exercées sur le territoire national.

672. Pour ce faire, les organismes publics¹⁸⁴⁷ doivent adopter les mesures appropriées pour l'application de la loi en leur sein. Il s'agit de la mise en place de mesures préventives contre la corruption en interne, de l'information au public de leurs activités et de la dénonciation de la moindre activité de corruption à l'autorité compétente en la matière¹⁸⁴⁸. Le « chef » de l'organisme public semble être particulièrement concerné par cette loi puisqu'il est en charge de contrôler qu'aucun acte de corruption ne soit effectué par des agents placés sous son autorité directe¹⁸⁴⁹. Lorsque qu'un cas de corruption est détecté, il se trouve dans l'obligation de le sanctionner disciplinairement ou d'alerter les autorités judiciaires, à défaut de quoi lui-même sera considéré comme solidairement responsable des activités de corruption exercées par son subordonné¹⁸⁵⁰. Par ces dispositions, le législateur semble véritablement avoir souhaité mettre fin à l'opacité pour ouvrir la voie vers une réelle transparence des activités publiques.

L'analyse de la loi et de ses différents textes d'application nous permet de constater que l'effort de transparence s'effectue à deux niveaux. De manière générale, d'abord, par la mise en place de mesures de « transparence » à destination de toutes les activités publiques (A). De

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 82.

¹⁸⁴⁶ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », Hanoi, 29 novembre 2005.

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*, art. 2 : l'organisme public s'entend des autorités publiques, des organisations politiques et sociales, des unités de la force publique, des établissements publics, des entreprises publiques ainsi que de tous les autres services dont le budget provient des deniers de l'Etat.

¹⁸⁴⁸ La loi prévoit que l'organisme public doit également transmettre toute information sur son fonctionnement lorsque qu'un autre organisme public politique ou social en fait la demande, dans un délai de 10 jours. Le chef de l'organisme public est responsable pour la mise en application concrète de ces dispositions ; *in Ibid.*, art. 5, 11 et 31.

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*, art. 59§1 : le chef de service est responsable pour contrôler le respect de l'application des dispositions législatives et réglementaires contre la corruption. Il est également responsable pour la mise en place d'action à vocation préventive au sein de son organisme (art. 72). Lorsqu'un fait de corruption commis par un fonctionnaire subordonné est détecté à l'occasion d'une inspection ou d'un audit, le chef de service est alors considéré comme pénalement et solidairement responsable si la personne est placée sous son autorité directe à moins qu'il n'ait pris les mesures nécessaires pour faire cesser les activités délictueuses : réparation du dommage à la victime, sanction disciplinaire et/ou rapport à l'autorité compétente pour une sanction pénale (art. 54, 55, 59§2 et 60§3).

¹⁸⁵⁰ Lorsqu'un fait de corruption commis par un fonctionnaire subordonné est détecté à l'occasion d'une inspection ou d'un audit, le chef de service est alors considéré comme pénalement et solidairement responsable si la personne est placée sous son autorité directe à moins qu'il n'ait pris les mesures nécessaires pour faire cesser les activités délictueuses : réparation du dommage à la victime, sanction disciplinaire et/ou rapport à l'autorité compétente pour une sanction pénale ; *in Ibid.*

manière plus particulière, ensuite, par la création de règles spécifiques destinées à réglementer la procédure de passation des marchés publics (B).

A - Les mesures en faveur de la transparence des activités publiques

673. La loi contre la corruption de 2005 vise prioritairement les organismes publics dans le cadre de ses mesures de transparence. C'est l'opacité de leur fonctionnement qui est à l'origine de l'intervention du législateur. Si la transparence est un outil efficace contre la corruption, l'objectif est donc de mettre fin à une administration vietnamienne opaque. Par conséquent, la loi contient de nombreuses dispositions relatives à la prévention de la corruption dans les organismes publics (1).

Toutefois, ces dispositions ne semblent pas pleinement satisfaisantes pour garantir un fonctionnement intègre de ces fameux organismes publics. Le législateur a pris le parti également de mettre en place une procédure de déclaration des revenus et patrimoines des agents publics vietnamiens (2).

1. Les dispositions relatives à la prévention des pratiques de corruption dans les organismes publics

674. Le législateur vietnamien est intervenu, essentiellement au travers de la loi contre la corruption de 2005 et sa loi d'amendement de 2012, afin de prévenir les pratiques de corruption dans le secteur public. Pour ce faire, de nombreuses dispositions ont été adoptées pour favoriser la transparence des activités publiques au Vietnam. En outre, l'innovation majeure de la loi s'est traduite par la création d'un comité de lutte contre la corruption.

675. La loi contre la corruption de 2005 contient de nombreuses dispositions visant à la transparence des activités publiques au Vietnam. La loi oblige les organismes publics à informer les citoyens, et les organisations politiques ou judiciaires de leurs activités.

676. Ces derniers doivent mettre en place des contrôles internes pour vérifier la bonne application, par tous les agents publics, de la législation contre la corruption et des normes de travail établies au sein de l'organisme¹⁸⁵¹. C'est le « chef de l'organisme public » qui est responsable de la mise en œuvre de ces contrôles. Il doit, d'une part, directement exercer ces contrôles envers les agents directement placés sous son autorité¹⁸⁵². Il doit, d'autre part, inciter les « chefs adjoints » à les mettre en œuvre au sein de leurs services respectifs¹⁸⁵³. Le système mis en place par la loi est donc purement vertical et hiérarchique¹⁸⁵⁴. En outre, lesdits contrôles doivent être obligatoirement programmés à l'avance. Des vérifications spontanées ne peuvent avoir lieu que lorsqu'il existe déjà, au sein de l'entité concernée, des signes de corruption préalablement détectés¹⁸⁵⁵.

Ce mécanisme réduit considérablement la portée du système de contrôle établi par la loi. Pour être efficace, un tel système doit pouvoir être déclenché sans prévention. En outre,

¹⁸⁵¹ *Ibid.*, art. 35 et 57.

¹⁸⁵² *Ibid.*, art. 59§1.

¹⁸⁵³ *Ibid.*, art. 60§2.

¹⁸⁵⁴ Le système de contrôle vietnamien est donc un système parfaitement vertical. Il paraît, en effet, impensable que dans une société telle que le Vietnam, un système de contrôle horizontal dans lequel les agents publics pourraient avoir un pouvoir de contrôle et de sanction sur leurs pairs, puisse être institué.

¹⁸⁵⁵ Loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 61.

conditionner le contrôle « spontané » à l'existence préalable de signes de corruption apparaît parfaitement paradoxal.

677. La loi prévoit aussi un système d'inspection et d'audit. Malheureusement, les dispositions législatives sont particulièrement imprécises et aucun décret d'application n'a encore été adopté sur ce point¹⁸⁵⁶. L'article 7 de la loi prévoit l'obligation pour les organismes publics de collaborer avec des organes tels que l'Inspectorat du Gouvernement et l'Audit d'Etat ainsi qu'avec les organismes d'enquête et le parquet populaire, pour la détection et la sanction des activités de corruption. Aux termes des articles 76 et 77 de la loi, on entend par Inspectorat du Gouvernement¹⁸⁵⁷, l'entité qui « *organise et dirige l'inspection en matière de respect de la législation anti-corruption* ». L'Audit d'Etat, quant à lui, se définit comme l'organe chargé d'organiser et de diriger l'audit en vue de la « *prévention et de la détection des actes de corruption* ».

L'audit semble, cependant, être ni obligatoire ni automatique. Il ne peut se réaliser que sur demande de l'organisme public lorsque celui soupçonne que des pratiques corruptrices sont réalisées dans son entité, par exemple à la suite des contrôles annuels planifiés. La réalisation d'un audit semble tout de même être obligatoire dans un domaine : en matière de transparence des activités de financement et de gestion du budget de l'Etat¹⁸⁵⁸.

Les rapports d'audits et les conclusions de l'inspection doivent être mis à la disposition du public¹⁸⁵⁹. Le Parquet doit en être également informé¹⁸⁶⁰. Si des activités de corruption sont détectées à l'occasion de la réalisation d'un audit, l'information doit, sans délai, être communiquée au Parquet qui sera compétent pour décider de l'ouverture d'une enquête¹⁸⁶¹. L'Inspectorat, L'Audit d'Etat et l'organisme d'enquête judiciaire (c'est-à-dire le Ministère de la police et de la défense nationale¹⁸⁶²) doivent s'entendre pour sanctionner les pratiques corruptrices détectées à l'occasion de la réalisation d'une inspection ou d'un audit¹⁸⁶³. En cas de désaccord, le dossier est transmis au Parquet populaire¹⁸⁶⁴.

678. Enfin, la loi d'amendement du 23 novembre 2012 a créé un nouvel article 53a¹⁸⁶⁵ aux termes duquel il est prévu que l'agent sur lequel reposent des soupçons de corruption doit être suspendu de ses fonctions ou affecté à une autre mission pendant le temps nécessaire à la « *vérification de la véracité de ces soupçons* ». Cette décision est prise par son supérieur hiérarchique direct et devient une obligation absolue lorsqu'il s'agit d'une requête de la part

¹⁸⁵⁶ S. Davidsen, N. Viet Ha, H. Ngoc Giao, T. Vasavakul, M. –A. Garrido, « Implementation assessment of the anti-corruption law : How far has Vietnam come at sector level? », *A case of study of the construction sector, Ministry of Foreign affairs of Denmark*, 2009, p.38. Etude disponible en ligne sur www.ambhanoi.um.dk ou www.unhcr.org.

¹⁸⁵⁷ L'Inspectorat du Gouvernement est également appelé « L'Inspection » ; in Loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », art.76.

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*, art. 20.

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*, art. 27.

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*, art. 82.

¹⁸⁶¹ *Ibid.*, art. 77 : l'Inspectorat du Gouvernement a fait l'objet d'un décret de mise en place, le décret, n° 65/2008/ND-CP, « Decree defining the functions, tasks, powers and organizational structure of the government inspectorate », *Hanoi*, 20 mai 2008. Cependant ce dernier ne prévoit que de manière très générale le fait que l'inspecteur doive contribuer à la prévention et la lutte contre la corruption. Il n'existe donc pas de texte définissant précisément ses attributions dans le cadre de la prévention contre la corruption.

¹⁸⁶² Loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 78.

¹⁸⁶³ *Ibid.*, art. 81. Il est également prévu, à l'article 80 de cette même loi que les quatre organismes : l'Inspectorat du Gouvernement, l'Audit d'Etat, organisme d'enquête judiciaire et le parquet populaire, échangent entre eux des informations et transmettent les informations à l'autorité compétente pour sanctionner ; à savoir les juridictions pénales. Il est prévu, par ce même article, que ces quatre organismes établissent un bilan sur le phénomène de corruption alors observé. A ce titre, l'article 55§4 de la loi, prévoit que le bilan doit expliquer si les activités de corruption sont dues à la faible compétence des agents publics, une négligence de leur part ou bien dues au fait qu'ils bénéficient de la protection de leur supérieur direct.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*

¹⁸⁶⁵ Cette loi a fait l'objet d'un amendement majeur en 2012 par la loi, n°27/2012/QH13, « law amending and supplementing a number of Articles of Anti-corruption law », *Hanoi*, 23 novembre 2012.

de l'Inspectorat, de l'Audit d'Etat, de l'organisme d'enquête voire même du Parquet populaire.

La loi contre la corruption de 2005, amendée en 2012, a mis en place des mesures afin de favoriser la transparence des activités des organismes publics. Malgré certaines insuffisances, il s'agit d'un premier pas vers une véritable prévention des activités de corruption dans le secteur public.

679. Le législateur de 2005 a fait, par ailleurs, preuve d'une innovation surprenante en créant le Comité de lutte contre la corruption¹⁸⁶⁶ mettant le pays en conformité avec les recommandations de la Convention de Mérida. La création et l'organisation du comité a été insérée à l'article 73 de la loi. Cet article a fait l'objet d'une modification et d'une abrogation. Il a été d'abord modifié en août 2007 par la création, à côté du CLC central, des comités provinciaux de lutte contre la corruption pour une meilleure appréhension du territoire vietnamien¹⁸⁶⁷. Les comités provinciaux étaient placés sous la responsabilité du comité central. L'article a ensuite été abrogé par la loi d'amendement du 23 novembre 2012¹⁸⁶⁸. Pour autant, le CLC n'a pas été supprimé, ses prérogatives sont restées les mêmes mais son organisation interne a été considérablement revue.

680. L'ancien article 73 de la loi de 2005 définit le CLC comme l'organe chargé de « *diriger, collaborer, contrôler et encourager les actions de prévention contre la corruption* ». Le CLC et ses comités provinciaux, sont donc compétents pour la vérification de la mise en place effective de mesures préventives de corruption par les organismes publics dans le respect des dispositions législatives. Ils sont notamment compétents pour la vérification de la bonne application, par les chefs des organismes publics, des mesures visant à la détection et à la sanction des pratiques de corruption commises en leur sein¹⁸⁶⁹.

Le CLC n'a pas été, pour autant, doté d'un pouvoir de sanction. Il a été créé dans l'unique objectif de réaliser un suivi de l'application concrète de la loi contre la corruption sur le territoire vietnamien et de relever les difficultés potentielles que peuvent susciter la mise en place de telles mesures dans les organismes publics¹⁸⁷⁰. En ce sens, les pouvoirs du CLC et de ses comités provinciaux sont en parfait accord avec les dispositions de l'article 6§1 de la Convention de Mérida. Sur ce point, l'organisation du CLC peut être aisément rapprochée du SCPC français.

681. Le Comité ne jouissait, en revanche, d'aucune réelle indépendance structurelle, administrative ou financière lors de sa création. De telles lacunes ont d'ailleurs conduit le législateur à profondément réformer le statut du CLC. L'ancien article 73 issu de la loi de 2005 prévoyait, en effet, que le Comité central était présidé par le Premier Ministre vietnamien. Les autres membres n'étaient autres que les représentants de différents ministères, de la Cour Populaire Suprême ou encore de l'Inspectorat du Gouvernement.

¹⁸⁶⁶ Loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 73.

¹⁸⁶⁷ Ambassade de Finlande au Vietnam, « Anti-corruption in Vietnam : the situation after two years of implementation of the law », *CECODES*, novembre 2008, p. 19. Etude disponible en ligne sur www.finland.org.vn.

¹⁸⁶⁸ Loi, n° 27/2012/QH13, « law amending and supplementing a number of Articles of Anti-corruption law », *op. cit.*

¹⁸⁶⁹ Office of the Central Steering Committee for Anti-corruption (OSCAC), « Bai trinh bay cua OSCAC tai cuoc trao doi cua quao truyen hinh », Vietnamese OSCAC presentation at the World Bank Régional conference, 6th regional video conference to promote the dialogue on anti-corruption agencies (ACAs), 18 juin 2010, pp.1-4. Actes de la conférence disponibles en ligne sur www.worldbank.org.

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 1-2 : « The Central Steering Committee and the Office of the Central Steering Committee for Anti-corruption monitor and check upon the anti-corruption activities of agencies, organizations, units and localities, identifying those that are slow to implement regulations/provisions or that do not comply with regulations, those that face difficulties or problems in anti-corruption in order to provide them with directions and urge them to take prompt actions in complying with provisions of laws; coordinate the activities of different anti-corruption agencies and the activities of anti-corruption agencies with those of other agencies and organizations. ».

682. De par sa composition, le CLC était entièrement dépendant de la plus haute autorité de l'Etat. Cet attachement avait d'ailleurs fait l'objet de critiques et avait été identifié comme l'une des faiblesses majeures du système vietnamien de prévention contre la corruption¹⁸⁷¹. Les critiques se sont accentuées lors de l'éclatement du scandale « *Vinashin* » à l'occasion duquel le nom du Premier Ministre a été évoqué¹⁸⁷². Cette affaire a été à l'origine de la réorganisation structurelle du Comité en 2012. Par la loi d'amendement du 23 novembre 2012, le législateur a pris le parti de « supprimer » l'ancien CLC par l'abrogation de l'article 73 de la loi de 2005. En contrepartie, il a créé un nouveau Comité doté d'une présidence désormais collégiale composée du Secrétaire Général du Parti communiste vietnamien (PCVn) et des membres du Polit-Buro¹⁸⁷³. Cette nouvelle collégialité était censée garantir l'indépendance et le bon fonctionnement du nouveau comité. Mais cette réorganisation est encore discutable. Le CLC est toujours rattaché à la plus haute sphère politique. Malgré une présidence collégiale, son indépendance structurelle n'est pas consacrée. La collégialité n'a en outre pas conduit à évincer le Premier Ministre contesté de la présidence dans la mesure où, par ses fonctions, il est membre du Polit-Buro. Enfin, la modification législative n'a pas permis de conférer au CLC un pouvoir de sanction, contrairement aux recommandations de l'article 36 de la Convention de Mérida. Aucune garantie supplémentaire n'a été conférée par les nouvelles dispositions quant à son réel pouvoir de contrôle des activités publiques. Ses capacités de contrôle n'ont pas été modifiées et l'étendue de ce pouvoir reste relativement opaque¹⁸⁷⁴.

683. Malgré ces insuffisances, les événements récents permettent de conserver un certain optimisme quant à l'efficacité des mesures de prévention des activités publiques au Vietnam. Nous faisons référence ici à l'affaire « *Securrency International* »¹⁸⁷⁵. La découverte des pratiques de corruption réalisées par les dirigeants australiens auprès de hauts fonctionnaires vietnamiens a été rendue possible grâce à l'action de l'Inspectorat du Gouvernement et du Comité de lutte contre la corruption¹⁸⁷⁶. Après l'adoption de la loi de 2005, une inspection a été réalisée au sein de l'organisme public CFDT (en charge de l'impression des billets de banque vietnamiens). Cette inspection a permis de mettre en lumière les pratiques de corruption à l'origine du scandale. Le CLC a donc été saisi par l'Inspectorat du Gouvernement et son président, le Premier Ministre Nguyen Van Dung, a lui-même saisi le Parquet populaire pour l'ouverture d'une enquête¹⁸⁷⁷.

Outre ces dispositions relatives à la transparence des activités publiques au Vietnam, la loi de 2005 contient une autre mesure innovante relative à la déclaration des revenus et patrimoines des agents publics vietnamiens.

¹⁸⁷¹ Ambassade de Finlande au Vietnam, « Anti-corruption in Vietnam : the situation after two years of implementation of the law », *op. cit.*, p. 31 et 41.

¹⁸⁷² Voir *supra* n°162et336.

¹⁸⁷³ Thanh nien news, « Vietnam party launches anticorruption committee », *Thanh nien news*, 5 février 2013. Article disponible en ligne sur <http://www.thanhniennews.com/2010/pages/20130205-vietnam-party-launches-anti-corruption-committee.aspx>.

¹⁸⁷⁴ Les articles 6 et 36 de la Convention de Mérida prévoient la création d'un ou plusieurs organes chargés de la prévention, de la détection et de la répression des activités de corruption. *A priori*, le texte envisage que plusieurs organes soient créés (ces effets). Néanmoins, la convention n'exclut pas pour autant la possibilité que les Etats confient l'ensemble de ces fonctions à un organe unique. C'est notamment le cas de la Commission indépendante contre la corruption de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Chine) qui est chargée de mener des campagnes de sensibilisation, mais également d'enquêter sur les allégations de corruption et de contrôler les organismes publics dans une optique de prévention de la corruption, ou encore du service d'enquête spéciale de Lituanie combinant les fonctions de prévention et d'enquêtes ; Cf ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », *Nations Unies*, 2007, §57, p.22.

¹⁸⁷⁵ Voir *supra* n°457 et NBP n°208.

¹⁸⁷⁶ L'emploi du conditionnel se justifie ici puisqu'aucun document officiel vietnamien ne peut nous permettre d'étayer cette information fournie par la presse vietnamienne

¹⁸⁷⁷ M. Beck « Biggest bribe charge in banknote scandal », *The Age*, 11 août 2011, article disponible en ligne sur www.theage.com.au ; Vietnam.net, « Police finish initial probe into polymer banknote printing case », *Vietnam.net*, 24 octobre 2011, article disponible en ligne sur www.english.vietnamnet.vn ; Thanh Nien news, « Vietnam follows up on polymer banknote scandal », *Thanh Nien news*, 8 juillet 2011.

2. La déclaration des revenus et patrimoines des agents publics vietnamiens

684. L'autre innovation « phare » de la loi contre la corruption de 2005 consiste en l'obligation, pour certains fonctionnaires de l'administration vietnamienne, de déclarer annuellement leurs revenus et patrimoines. La liste des fonctionnaires soumis à ces dispositions est insérée à l'article 44 de la loi de 2005¹⁸⁷⁸. A ce titre, les assujettis sont tenus de déclarer leurs revenus ainsi que leur patrimoine qui s'entend des fonds de Terre, des pierres précieuses et de tout autre bien dont la valeur est supérieure à 50 millions de VND¹⁸⁷⁹ ainsi que les comptes bancaires à l'étranger¹⁸⁸⁰. La loi d'amendement de 2012 est venue renforcer le dispositif de déclaration en obligeant également les assujettis à déclarer toute augmentation de revenus ou de patrimoine et d'en justifier la raison légale¹⁸⁸¹. Les deux lois mettent également en place un système de vérification et de sanction en cas de manquement ou de fausse déclaration¹⁸⁸². Ces dispositions législatives sont complétées et détaillées par d'autres textes : le décret d'application de la loi de 2005 du 9 mars 2007 (dit « décret 37 »)¹⁸⁸³, la décision du Premier Ministre du 3 juillet 2008 qui précise certains points du décret relatifs à la qualité des agents publics soumis à l'obligation de déclaration des biens et revenus¹⁸⁸⁴ et la circulaire n°2242/2007 13 novembre 2007 guidant l'application de certaines dispositions du « décret 37 »¹⁸⁸⁵.

Pourtant, malgré des dispositions innovantes d'apparence conformes aux exigences internationales en la matière¹⁸⁸⁶, ce dispositif souffre de nombreuses lacunes. La modification législative de 2012 n'a malheureusement pas permis de le rendre plus efficace. La raison tient en ce que les textes qui établissent le régime de déclarations en réduisent instantanément la portée.

685. Premièrement, il ressort des dispositions intégrées aux articles 44 à 46 de la loi de 2005 que la déclaration annuelle de revenus et de patrimoine n'est pas rendue publique¹⁸⁸⁷. A ce titre, la loi de 2012 est venue modifier quelque peu le dispositif mais la modification n'apparaît pas véritablement substantielle. Sous l'empire de la loi de 2005, l'ancien article 46 prévoyait que la déclaration annuelle devait être déposée, au plus tard, le 31 décembre de

¹⁸⁷⁸ Loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », art. 44. Les personnes qui doivent déclarer leur patrimoine et revenus : « a) Les fonctionnaires étant chef adjoint d'un service technique du comité populaire de district, les fonctionnaires occupant les postes de niveau équivalent et supérieur, b) Certains fonctionnaires travaillant pour le comité populaire de la commune; fonctionnaire chargé de gestion du budget d'un organisme ou des biens publics affectés à cet organisme; fonctionnaire dont les fonctions sont directement relatives à l'exécution des attributions de l'organisme public dont il dépend; c) Les candidats aux élections législatives et aux élections locales ».

¹⁸⁷⁹ Soit environ 1739 euros.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*, art. 45 et 46.

¹⁸⁸¹ Loi, n°27/2012/QH13, « law amending and supplementing a number of Articles of Anti-corruption law », *op. cit.*, art. 18, portant création de l'article 46b de la loi contre la corruption.

¹⁸⁸² Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 47 à 53 et Loi, n°27/2012.QH13, *Ibid.*, art. 19 portant modification de l'article 47.

¹⁸⁸³ Décret, n° 37/2007/ ND-CP, « Décret relatif à la transparence du patrimoine et des revenus des agents publics », *Hanoi*, 9 mars 2007.

¹⁸⁸⁴ Décision du Premier Ministre, n°85/2008/QD-TT, « Décision promulguant la liste des agents publics soumis à l'obligation de déclaration du patrimoine et des revenus selon les dispositions de l'article 6§11 du décret n°37/2007/ND-CP », *Hanoi*, 3 juillet 2008.

¹⁸⁸⁵ Circular, n°2442/2007/TT-TTTP, « Guiding the implementation of a number of articles of the Government's Decree n° 37/2007/ND-CP of March 9, 2007, on declaration of property and income », *Hanoi*, 13 novembre 2007.

¹⁸⁸⁶ Les conventions internationales telles que la Convention de Mérida de 2003 ou celle de l'OCDE de 1997 ne font pas directement référence à l'obligation ou l'incitation faite aux Etats de mettre en place un système de déclaration de revenus des agents publics nationaux. Néanmoins, de telles dispositions sont présentes dans le Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption. La déclaration de la situation financière des agents publics y est considérée comme est un préalable indispensable à la mise en œuvre des actions de prévention et de répression des activités de corruption ainsi qu'à la détection des situations de conflits d'intérêts et d'enrichissement illicite ; cf ONUDC, « Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *Nations Unies*, 2010, p.28.

¹⁸⁸⁷ En effet, selon le décret 37, la déclaration de patrimoine et de revenus ne sera connue que par le supérieur hiérarchique et ne sera pas publiée à destination du grand public ; *in* Ambassade de Finlande au Vietnam, « Anti-corruption in Vietnam : the situation after two years of implementation of the law », *op. cit.*, p. 35 et Décret n° 37/2007/ND-CP, *op. cit.*, art. 7§1 a) : « persons obliged to make asset declaration have the following rights : a) to have their asset and income declaration sheets kept confidential in accordance with the law ».

chaque année auprès de « l'autorité compétente de l'organisme dont le déclarant dépend ». De ce fait, seul le supérieur hiérarchique précisément mentionné par les circulaires ou règlements internes des administrations publiques¹⁸⁸⁸ pouvait avoir connaissance de la teneur de cette déclaration. La loi de 2012 a modifié ces dispositions en élargissant le « cercle » des personnes informées de cette déclaration. Depuis lors, le nouvel article 46a prévoit que les déclarations doivent être faites entre le 1^{er} janvier et le 31 mars de chaque année. Elles doivent être « publiées » dans les « agences, organisations ou unités » dans lesquelles le déclarant travaille de manière permanente. Les candidats aux élections doivent, en outre, les rendre publiques dans les « conférences des électeurs » ainsi qu'au sein de l'Assemblée Nationale. Malgré un élargissement considérable, on ne peut pas pour autant parler de réelle publicité des revenus et patrimoines des agents publics vietnamiens. Un effort a néanmoins été fourni quant à l'obligation de déclarer toute augmentation substantielle de patrimoine. Alors que cela ne relevait que d'une simple possibilité en 2005, la loi de 2012 en fait une véritable obligation. Elle oblige également, comme soulevé, à en justifier l'origine légale. Mais à défaut de publicité, cette obligation apparaît moins effective.

686. Deuxièmement, il relève des dispositions légales et réglementaires précitées que la vérification de la véracité des déclarations n'est ni obligatoire ni automatique. Ces constatations réduisent à néant la portée de l'obligation déclarative. L'article 60§1 de la loi de 2005 prévoit que la procédure de vérification du « chef de l'organisme public » n'est pas automatique. Ces dispositions renforcent l'idée selon laquelle certains fonctionnaires, notamment les plus hauts placés, conservent la possibilité de s'affranchir de l'obligation déclarative. Aux termes du « décret 37 », la vérification ne saurait, de surcroît, être spontanée. Elle ne peut, en effet, être déclenchée sur simple décision du « chef de l'organisme public ». L'article 16 du décret conditionne la procédure de vérification à l'existence préalable de signes corruptifs dans l'organisme public concerné. Ces signes peuvent être révélés soit à l'occasion d'une inspection ou d'un audit, soit par le dépôt d'une plainte ou d'une dénonciation de la part d'un administré, après vérification de la crédibilité de sa déposition. En d'autres termes, la vérification est doublement conditionnée : par l'existence de signes corruptifs et par la vérification de leur crédibilité¹⁸⁸⁹. En outre, l'article 17 du « décret 37 » prévoit qu'une procédure de vérification, lorsqu'elle est possible, ne peut être déclenchée que par quelques personnes limitativement énumérées¹⁸⁹⁰. Au contraire de ce que suggère l'article

¹⁸⁸⁸ Ainsi, pour prendre l'exemple du secteur de la construction au Vietnam, il s'avère qu'il y ait trois grands groupes de fonctionnaires chargés d'effectuer leur déclaration de patrimoine et de revenus. En premier, les plus hauts placés comme le Ministre de la Construction, le Vice-Ministre ou encore le chef du bureau du parti et ses officiels. Ce groupe doit déclarer ses revenus au Secrétariat du Parti Communiste Vietnamien (PCV) ou au « polit-buro ». En deuxième, les agents publics doivent déclarer leurs revenus directement aux chefs des organismes publics ou des départements ou, pour les plus hauts placés, au secrétariat du Ministère de la construction. Enfin le troisième groupe, les fonctionnaires de moindre rang mais ayant des fonctions dans la comptabilité ou la finance relatives à la gestion des deniers publics, doivent déclarer leurs revenus à l'inspection du Ministère de la construction ; in S. Davidsen, N. Viet Ha, H. Ngoc Giao, T. Vasavakul, M. -A. Garrido, « Implementation assessment of the anti-corruption law : How far has Vietnam come at sector level? », *op. cit.*, p. 17.

¹⁸⁸⁹ Décret, n°37/2007/ND-CP, *op. cit.*, art. 16, Grounds for requests of asset and income verification : « A request for asset and income verification is made upon one of the following grounds: 1. There are conclusions of a Party's inspection agency, state inspection agency, State Audit or investigation agency on responsibilities of persons obliged to make asset and income declaration concerning corruptive acts. 2. There is a denunciation about or report on assets and income of the person obliged to make asset and income declaration, provided that such denunciation or report has clear contents as well as contains specific evidences and grounds to determine dishonesty in asset and income declaration of the person obliged to make declaration and the denouncer or reporter clearly states his/her full name and address and undertakes to fully cooperate with and supply documents to the competent agency, organization or unit in service of asset and income verification. ».

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*, art.17, Competence to request the asset and income verification : « Upon obtaining one of the grounds defined in Article 16 of this Decree, the following agencies and organizations are competent to issue a document requesting the asset and income verification: 1. The National Assembly Standing Committee and standing bodies of People's Councils shall request heads of the agencies, organizations or units competent to manage persons expected to be elected or ratified by the National Assembly or People's Councils to issue decisions on verification of assets and income of those persons; 2. Standing bodies of political organizations or socio-political organizations shall request heads of agencies, organizations or units competent to manage persons expected to be elected at their congresses to issue decisions on verification of assets and income of those persons. 3. The Prime Minister, presidents of provincial- or district-level People's Committees shall request heads of agencies, organizations or units competent to manage persons expected to be ratified to hold posts elected by People's

60§1 de la loi de 2005, le « chef de l'organisme public » ne peut donc pas être à l'origine du déclenchement de la procédure. Il est soumis à une décision hiérarchiquement supérieure. Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant que les procédures de vérifications aient été si peu nombreuses depuis l'entrée en vigueur de la loi¹⁸⁹¹. Le régime vietnamien relatif à la vérification des déclarations de revenus et de patrimoines est, de ce fait, en contrariété avec les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption¹⁸⁹².

687. Enfin, en ce qui concerne les sanctions applicables en cas de manquements aux obligations déclaratives, de sérieux manquements sont à déplorer. D'abord, ni les lois, ni le « décret 37 » ne prévoient de sanctions en cas de manquement à l'obligation de déclaration¹⁸⁹³. Cela est particulièrement regrettable. Ensuite, des sanctions applicables aux fausses déclarations sont, quant à elles, inscrites à la fois dans la loi de 2005 et dans le « décret 37 »¹⁸⁹⁴ mais elles ne sont pas suffisamment sévères pour être dissuasives. L'article 33 du « décret 37 » prévoit quatre degrés de sanctions : avertissement, blâme, réduction de salaire et réduction de grade. Ces mesures sont jugées beaucoup trop vagues et surtout pas assez sévères au regard de la gravité du manquement¹⁸⁹⁵. Rappelons ici que les mêmes manquements font l'objet, en France, d'une infraction pénale. Ce sont, par ailleurs, les mêmes sanctions qui viennent à s'appliquer pour la répression d'un fait de corruption détecté à l'occasion d'un contrôle interne. Outre ce manque de sévérité incontestable, ces sanctions ne viennent jamais à s'appliquer dans la pratique au regard du faible nombre de vérifications réalisées.

688. Malgré des efforts certains de la part du pays afin de prévenir les pratiques corruptrices dans les activités publiques, beaucoup de défaillances sont encore à déplorer. Les mesures en faveur de la transparence du fonctionnement des organismes publics et de la déclaration des revenus des fonctionnaires sont encore trop faibles et peu dissuasives. Ce constat ressort d'ailleurs dans une étude menée par la Banque Mondiale en collaboration avec l'Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDD) sur 87 pays pour mesurer l'état d'intégration de la Convention de Mérida dans les systèmes nationaux des pays signataires.

Councils to issue decisions on verification of assets and income of those persons; 4. The Election Council or Fatherland Front Committees shall request heads of agencies, organizations or units competent to manage National Assembly candidates or People's Council candidates to issue decisions on verification of assets and income of those candidates. 5. The State President shall request the Prime Minister to issue decisions on verification of assets and income of persons expected to be appointed as deputy prime ministers, ministers or heads of ministerial-level agencies; request the President of the Supreme People's Court to issue decisions on verification of assets and income of persons expected to be appointed as vice-presidents or judges of the Supreme People's Court; request the Chairman of the Supreme People's Procuracy to issue decisions on verification of assets and income of persons expected to be appointed as vice chairmen or procurators of the Supreme People's Procuracy. 6. The National Assembly Standing Committee shall request the State Auditor General to issue decisions on verification of assets and income of persons expected to be appointed as State Deputy Auditors General. »

¹⁸⁹¹ Une seule procédure de vérification de déclaration de patrimoine et de revenus est connue à ce jour. Elle a été mise en place à l'encontre du procureur en chef de la province de Ca Mau. Il s'est avéré, à la clôture de la procédure de vérification, qu'il avait dissimulé, lors de sa déclaration, de nombreux biens et propriétés d'une valeur totale évaluée à plusieurs milliards de Vietnam Dongs. Aucune information n'a été communiquée pour connaître la sanction appliquée à ce fonctionnaire pour fausse déclaration ; in S. Davidsen, N. Viet Ha, H. Ngoc Giao, T. Vasavakul, M. -A. Garrido, « Implementation assessment of the anti-corruption law : How far has Vietnam come at sector level? », *op. cit.*, p.16.

¹⁸⁹² Le Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption prévoit, en effet, que la procédure de déclaration des revenus ne peut être réellement efficace que lorsqu'il n'est pas possible pour un fonctionnaire de dissimuler des biens ou des revenus, qu'il ne peut pas s'affranchir d'une telle procédure et qu'il existe un système de vérification véritablement fiable à l'égard de toutes les personnes physiques et morales devant se soumettre à cette obligation. Cela signifie qu'une autorité indépendante doit être mise en place afin de vérifier le contenu de la déclaration ainsi que la forme de cette dernière. Elle doit également avoir le pouvoir, le cas échéant, de sanctionner tout manquement à ces obligations ; in ONUDD, « Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, p.33.

¹⁸⁹³ Il semblerait que des sanctions pour non déclaration soient prévues par la circulaire n°2442/2007/TT-TTCP du 13 novembre 2007 (*op. cit.*) mais aucune précision ne peut être apportée à ce sujet. En tout cas, le « décret 37 » n'en prévoit aucune. Or seul ce décret peut être considéré comme véritable texte d'application de la loi de 2005 qui décrit toutes les sanctions. Comme nous le verrons, même dans l'éventualité où une sanction est appliquée pour non déclaration, cette dernière ne sera, en aucun cas, dissuasive.

¹⁸⁹⁴ Loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 52 et décret n° n°37/2007/ND-CP, *op. cit.*, art. 33.

¹⁸⁹⁵ S. Davidsen, N. Viet Ha, H. Ngoc Giao, T. Vasavakul, M. -A. Garrido, « Implementation assessment of the anti-corruption law : How far has Vietnam come at sector level? », *op. cit.*, p.16.

Cette étude démontre que la plupart des législations étudiées ont adopté des sanctions proportionnées et efficaces en cas de manquement ou de fausse déclaration. Parmi eux, la plupart ont créé une infraction pénale pour réprimer ces comportements. D'autres, en revanche, ont intégré la notion de « seconde chance » en prévoyant une sanction administrative au préalable d'une sanction pénale¹⁸⁹⁶. Le Vietnam apparaît bien en deçà de la moyenne des législations au regard de la proportionnalité des peines.

Mais les mesures de prévention contre la corruption au Vietnam ne concernent pas uniquement le fonctionnement des organismes publics. La loi contre la corruption de 2005 contient également des dispositions visant à accroître la transparence des marchés publics.

B - Les mesures visant à accroître la transparence des marchés publics

689. Les marchés publics sont, comme soulevé, un domaine particulièrement exposé au risque de corruption¹⁸⁹⁷. Mais le risque est d'autant plus important dans les marchés en développement comme le Vietnam. La raison tient en ce que les économies dites « en transition » sont encore très confrontées aux pratiques corruptrices. La vie quotidienne des citoyens est réglée par des actes de « petite corruption ». Le rythme rapide du développement de leur économie est un facteur d'accélération des transactions illicites¹⁸⁹⁸. Or, la majeure partie des contrats obtenus au Vietnam par des entreprises privées passe par la procédure de passation de marchés publics. Ces contrats représentent une part significative du PIB du pays. Les activités économiques reposent majoritairement sur l'administration qui est à l'origine des projets par le biais du lancement d'appels d'offre¹⁸⁹⁹. Pour ces raisons, les marchés publics ont été identifiés comme un facteur important de risque de corruption à grande échelle au Vietnam. Lors de son accession à l'OMC, le pays a d'ailleurs été sommé de fournir des efforts supplémentaires afin de garantir une transparence des marchés publics¹⁹⁰⁰.

690. Le terme de marché public s'entend, en droit vietnamien, comme le processus visant à choisir le titulaire d'un marché en vue de la réalisation de services de conseil, de fournitures ou de travaux pour un lot de projet limitativement énuméré par l'article 1^{er} de la loi sur les marchés publics de 2005¹⁹⁰¹. Aux termes de cette loi, la procédure de passation des marchés

¹⁸⁹⁶ A. Burdescu, G-J Reid, S. Gilman, S. Trapnel, « Income and asset declarations : Tools and Trade off », UNCAC conference, *World Bank, Stolen Assets Recovery (STAR) et United Nations Office against Drugs and Crimes (UNODC)*, novembre 2009, p. 14.

¹⁸⁹⁷ Cf. ONUDC, Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la Corruption, *op. cit.*, p.33

¹⁸⁹⁸ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, p. 696-697.

¹⁸⁹⁹ N. Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, « APEC Procurement transparency standards in Vietnam. The Need to Move from Law to Practice », *Transparency International*, 2011, p. 13 : ainsi, en 2010, les marchés publics représentaient 36% du PIB du pays. Beaucoup de fonds alloués aux marchés publics provenant, d'ailleurs, d'aides publiques au développement de pays étrangers.

¹⁹⁰⁰ Pour illustration, nous pouvons citer, ici, le projet MUTRAP UE-Vietnam initié par l'Union Européenne afin d'assister le Vietnam dans le domaine du commerce multilatéral (Multilateral Trade Assistance Project). Il s'agit d'un projet lancé par l'Union Européenne afin d'aider le Vietnam à faire évoluer son économie vers le commerce multilatéral. Le projet est actuellement dans sa troisième phase (MUTRAP III). Il a été spécifiquement précisé à cette occasion, que le Vietnam devait fournir de nombreux efforts pour rendre ses procédures de passation des marchés publics vraiment transparentes. Il a, en effet, été soulevé que la plupart des marchés des entreprises étrangères au Vietnam ont été obtenus par le biais des marchés publics. Or, une économie planifiée ne peut pas faire de commerce multilatéral de manière efficace si elle reste opaque sur les règles d'obtention de marchés publics ; cf. MUTRAP, « Economic integration and Vietnam's development », Final Report, *MUTRAP*, project n° 2007/146105, lot n°5, décembre 2009 et Union Européenne, « Multilateral Trade assistance project III in Vietnam », Aid-for-trade : a case story, *OCDE/OMC*, 2011. Rapport disponible en ligne sur <http://www.oecd.org/aidfortrade/47462174.pdf>.

¹⁹⁰¹ Loi, n°61/2005/QH11, « Loi sur les marchés publics », *Hanoi*, 29 novembre 2005, art. 1. Liste des travaux et ouvrages faisant l'objet d'une procédure de passation de marchés publics : « 1. projets d'investissement liés au développement financés à hauteur de 30% ou plus de leur montant par des fonds publics : a) projets d'investissement dans des travaux de construction de nouveaux ouvrages de remise en état ou d'agrandissement d'ouvrages existants, b) projets d'investissement en matériel y compris l'acquisition des équipements et machines qui ne donnent pas lieu à travaux de montage et d'installation, c) projets d'aménagement d'une région, d'un secteur, d'une zone urbaine ou d'une zone rurale, d) projets de recherches scientifiques, de développement technologique ou d'assistance technique, e) d'autres types de projets d'investissement liés au développement. 2. Projets d'acquisition financés par les fonds publics de matériel nécessaire au fonctionnement des organismes publics, des organismes sociopolitiques, des organisations politico-socio-professionnelles et des unités d'armée populaire. 3. Projets d'acquisition financés par les fonds publics de matériel nécessaire aux travaux importants de remise en état et de réparation des équipements et des machines destinées à la production des ouvrages et locaux d'entreprises publiques »

publics s'entend du « *processus visant à choisir, dans un souci d'équité, de transparence, d'efficacité économique et dans le respect de la libre concurrence, un opérateur économique répondant aux exigences imposées par le pouvoir adjudicateur en vue de la réalisation des lots visés à l'article 1^{er} de la présente loi* »¹⁹⁰². Il ressort de cette définition que la procédure répond à deux principes majeurs : la transparence et le respect de l'égalité d'accès des candidats.

691. La loi contre la corruption de 2005 contient de nombreuses dispositions visant à garantir le principe de transparence dans les marchés publics. Le législateur ne consacre pas moins de 14 articles à cet effet. Chaque article est relatif à un secteur particulier¹⁹⁰³. Des objectifs de transparence ont également été insérés dans d'autres textes : la loi sur les marchés publics de 2005 (amendée en 2009)¹⁹⁰⁴ et la loi sur la construction de 2003¹⁹⁰⁵. Il ressort plusieurs obligations de ces nombreuses dispositions.

En premier lieu, les procédures de passation de marchés publics doivent être rendues publiques depuis le lancement de l'appel d'offre jusqu'à la sélection finale de l'entreprise attributaire. L'article 13 *in fine* de la loi contre la corruption précise à ce titre que la réglementation relative à la procédure doit elle aussi être rendue publique. Des dispositions analogues sont présentes dans la loi sur les marchés publics de 2005 dont l'article 5 prévoit l'obligation de publier de nombreuses informations relatives à la procédure des marchés publics, depuis le plan gouvernemental de passation jusqu'au déroulement de toute la procédure de sélection¹⁹⁰⁶.

En second lieu, la sélection des candidats doit se faire de manière objective, impartiale et transparente selon les dispositions de la loi sur la construction de 2003¹⁹⁰⁷.

Ces objectifs semblent *a priori* conformes aux dispositions de l'article 9 de la Convention des Nations Unies contre la corruption¹⁹⁰⁸.

¹⁹⁰² *Ibid.*, art.4.

¹⁹⁰³ La loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, contient ainsi des dispositions relatives à la mise en place de mesures de transparence dans le domaine des achats publics et génie civil dans le cadre de la passation de marchés publics (art. 13), de la gestion des projets d'investissement et des travaux de construction (art. 14), de la gestion des finances publiques et du budget de l'Etat (art. 15), de l'appel à contribution pour les projets d'infrastructures (art. 16), de la gestion et de l'utilisation des aides et subventions internationales (art. 17), de la gestion des entreprises publiques, de leur processus décisionnel et de la gestion du personnel (art. 18, 28 et 30), de l'actionarisation des entreprises publiques (art. 19), de la gestion des ressources naturelles et de l'environnement (art. 21), de la gestion des locaux d'habitation (art. 22), de la formation et de l'éducation (art. 23), de la santé publique (art. 24), en matière scientifique et technologique (art. 25), dans le domaine de la gymnastique et du sport (art. 26) ainsi que dans les procédures d'inspection, d'audit et de règlement relatif aux recours et dénonciations (art. 27). La loi d'amendement de la loi contre la corruption a, par ailleurs, ajouté des dispositions visant à élargir l'application de règles de transparence à de nouveaux domaines. Elle crée ainsi les articles 26 a), 26 b) et 26 c) de la loi contre la corruption afin que des mesures de transparence soient mises en œuvre dans les domaines de la culture, de l'information et de la communication, dans l'intégration de politiques de sécurité sociale ainsi que l'intégration des politiques « ethniques » ; *cf* Loi, n° 27/2012/QH13, « Law amending and supplementing a number of articles of the Anti-corruption law », *Hanoi*, 23 novembre 2012, art. 9-11.

¹⁹⁰⁴ Loi, n°61/2005/QH11, « Loi sur les marchés publics », *op. cit.* et Loi, n°38/2009/QH12, « Law amending and supplementing a number of articles of the laws concerning capital construction investment », *Hanoi*, 19 juin 2009.

¹⁹⁰⁵ Loi, n°16/2003/QH11, « Loi sur la construction », *Hanoi*, 26 novembre 2003.

¹⁹⁰⁶ Loi, n°61/2005/QH11, « Loi sur les marchés publics », *op. cit.*, art. 5 prévoit la diffusion des informations suivantes : le plan de passation des marchés publics, l'avis d'invitation à déposer la candidature pour la présélection et le résultat de la présélection, l'avis d'appel public à la concurrence en cas de procédure ouverte, la liste des candidats admis à présenter leur offre, le résultat de la sélection du titulaire du marché, les sanctions de l'inobservation des dispositions légales relatives aux marchés publics, les textes normatifs en vigueur en matière de passation des marchés publics.

¹⁹⁰⁷ Loi, n°16/2003/QH11, « Loi sur la construction », *op. cit.*, art. 96 §1 c).

¹⁹⁰⁸ La Convention des Nations Unies contre la corruption prévoit, en effet, l'obligation pour les Etats de mettre en place des mesures appropriées et transparentes de passation des marchés publics et de gestion des finances publiques. Parmi les mesures à prendre pour les Etats doivent figurer : La diffusion publique d'informations concernant les procédures de passation des marchés et les marchés, y compris d'informations sur les appels d'offres et d'informations pertinentes sur l'attribution des marchés, suffisamment de temps étant laissé aux soumissionnaires potentiels pour établir et soumettre leurs offres; L'établissement à l'avance des conditions de participation, y compris les critères de sélection et d'attribution et les règles d'appels d'offres, et leur publication ainsi que l'utilisation de critères objectifs et prédéterminés pour la prise des décisions concernant la passation des marchés publics, afin de faciliter la vérification ultérieure de

692. En ce qui concerne, le principe d'égalité d'accès des candidats à la procédure, les textes vietnamiens y font tout aussi largement référence. En ce sens, l'article 11 de la loi sur les marchés publics prévoit que tout candidat doit respecter les règles de concurrence. Pour ce faire, l'article fait référence à une série d'interdictions et d'obligations à destination des candidats afin d'éviter toute situations de favoritisme ou de conflits d'intérêts¹⁹⁰⁹. Par exemple, il est interdit à tout candidat intervenant dans une étape du projet, de présenter sa candidature pour les autres étapes. Il doit également faire preuve d'une indépendance financière, il ne doit pas être une branche de l'administration qui est à l'origine du projet ni appartenir à la même entreprise que le maître d'ouvrage. En d'autres termes, les candidats doivent être indépendants de l'administration. Ces dispositions impliquent *a contrario* que l'administration en charge de la procédure doit être neutre, respecter l'égalité d'accès et mettre tout en œuvre pour qu'il y ait une véritable mise en concurrence.

Selon ces textes le Vietnam met donc tout en œuvre pour que la procédure de passation des marchés publics respecte toujours ces principes. Malheureusement, il semble que la pratique en soit autrement. Certaines « dérogations » figurent d'ailleurs directement dans les textes. Quant aux sanctions en cas de non-respect, elles sont pratiquement inexistantes.

693. Le droit vietnamien met en réalité en place deux procédures de passation : une procédure ouverte, devant respecter les dispositions précitées¹⁹¹⁰ et une procédure restreinte¹⁹¹¹ qui pourrait se rapprocher de la procédure française de gré à gré. Une troisième procédure, entièrement distincte des deux autres, semble être réservée aux entreprises étrangères : la procédure internationale¹⁹¹².

La procédure de « droit commun » est bien sûr la procédure ouverte, détaillée dans les articles 18 à 99 de la loi sur les marchés publics. Dans le cadre de cette dernière, le nombre de candidats autorisés à répondre à l'appel d'offre est illimité. La procédure restreinte, qui est normalement l'exception, déroge à ce principe. Le nombre de candidats y est limité. Dans certaines situations, l'administration en charge du projet va directement désigner l'entreprise attributaire sans mise en concurrence préalable. L'article 19 de la loi sur les marchés publics prévoit les situations pour lesquelles une procédure restreinte sera organisée. Elle peut l'être sur demande expresse des bailleurs de fonds étrangers ou lorsque l'appel d'offre requiert des compétences techniques spécifiques de la part de l'entreprise attributaire. L'article 100 de la loi sur la construction précise à ce titre qu'une procédure restreinte est obligatoire lorsque l'ouvrage requiert des compétences très spécifiques en matière de construction. Seules les entreprises détenant ces compétences seront dès lors admises à répondre à l'appel d'offre. Il n'existe pas d'autres précisions relatives à l'organisation d'une telle procédure. Nous ne savons pas, notamment, comment s'apprécie la détermination des « compétences spécifiques de très haut niveau » ni comment l'administration procède pour déterminer si une entreprise remplit cette condition. Il ne semble pas, en outre, que la décision d'une procédure restreinte doive être justifiée. De ce fait, il existe en droit vietnamien une importante possibilité de contourner les exigences de mise en concurrence. La loi offre, par ailleurs, la possibilité à l'administration de désigner directement l'entreprise attributaire¹⁹¹³. Cela ressort notamment des dispositions de l'article 20 de la loi sur la construction de 2003. Tel est le cas lorsque le

l'application correcte des règles ou procédures ; cf Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 9 et ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §78 et s., p. 31.

¹⁹⁰⁹ Ces termes étant entendu au sens large et non au sens purement juridique selon les définitions qu'en donne le droit français.

¹⁹¹⁰ Loi, n°61/2005/QH11, « Loi sur les marchés publics », *op. cit.*, art. 18 et Loi, n°16/2003/QH11, « Loi sur la construction », *op. cit.* art. 99.

¹⁹¹¹ Loi, n° 61/2005/QH11, *ibid.*, art. 19 et Loi, n°16/2003/QH11, *ibid.*, art. 100.

¹⁹¹² Loi, n° 61/2005/QH11, *ibid.*, art. 13.

¹⁹¹³ *Ibid.*, art. 20 et Loi, n°16/2003/QH11, « Loi sur la construction », *op. cit.*, art. 101.

bailleur de fonds le demande expressément ou lorsque le montant des ouvrages, travaux ou services ne dépassent pas un certain seuil¹⁹¹⁴. De telles procédures dérogatoires sont aussi prévues en droit français. Le code des marchés publics prévoit, en effet, une procédure restreinte¹⁹¹⁵ et une procédure négociée¹⁹¹⁶. Mais, à la différence du droit vietnamien, le droit français oblige au moins l'administration à publier un avis d'appel public à la concurrence¹⁹¹⁷ pour la procédure restreinte et la procédure négociée ne conduit pas à une désignation directe mais à une négociation avec un ou plusieurs opérateurs¹⁹¹⁸. *A contrario* les textes vietnamiens ne prévoient aucune de ces mesures. L'article 19§2 de la loi sur les marchés publics dispose à ce titre que c'est au maître d'ouvrage de fournir une liste d'un minimum de cinq candidats remplissant la condition relative au degré de compétence dans le cadre de la procédure restreinte. Si la liste est inférieure à cinq, l'administration conserve le choix de continuer la procédure restreinte avec une liste inférieure à cinq candidats ou de recourir à la désignation directe. Il ne semble pas, en outre, que l'administration soit soumise à l'obligation d'informer de l'organisation de cette procédure. Cela ne permet donc pas aux entreprises non listées mais qui pourraient remplir les conditions requises, de se porter candidates à l'obtention du marché. Toutes ces dérogations ouvrent une large voie au favoritisme et à l'attribution arbitraire des marchés publics.

694. Cette tendance au favoritisme se confirme dans le cadre de la procédure internationale. Selon les dispositions de l'article 13 de la loi sur les marchés publics, il s'agit d'une procédure dérogatoire ouverte aux seules entreprises étrangères. Une procédure internationale est ouverte soit à la demande expresse du bailleur de fonds¹⁹¹⁹ soit lorsqu'aucune entreprise nationale ne détient les capacités pour réaliser le projet¹⁹²⁰. Le droit vietnamien des marchés publics applique donc une certaine politique de préférence nationale. L'article 14 de la loi sur les marchés publics confirme cette hypothèse par l'organisation d'un véritable système de préférence. Si aucune entreprise vietnamienne n'est compétente pour réaliser le projet ou si le bailleur de fonds en fait la demande, le marché sera attribué à une entreprise étrangère dans le cadre d'une procédure internationale. Pour ce faire, les entreprises implantées au Vietnam et soumises au droit vietnamien bénéficient d'un droit de préférence¹⁹²¹ par rapport aux autres entreprises étrangères.

695. Malgré les dispositions légales relatives au respect de la transparence et de l'égalité des candidats aux marchés publics, le droit vietnamien a mis en place un grand nombre de procédures dérogatoires pour lesquelles la priorité est donnée à un certain favoritisme. L'entreprise choisie sera, dès lors, non pas la plus « compétitive » mais celle préférée de l'administration, du maître d'ouvrage ou du bailleur de fonds.

696. Le code pénal vietnamien ne contient, en outre, aucune incrimination visant à sanctionner les fonctionnaires de l'administration qui favoriseraient un candidat au détriment

¹⁹¹⁴ Loi, n° 61/2005/QH11, *ibid.*, art. 20 e) : il est possible de procéder directement à la désignation de l'entreprise qui réalisera le projet pour « les marchés de fourniture de services de conseil d'un montant inférieur à 500 millions de dongs, les marchés de fournitures ou de travaux relatifs aux projets d'investissement liés au développement d'un montant inférieur à un milliard de dongs (...) ».

¹⁹¹⁵ Le code des marchés publics français prévoit d'ailleurs, contrairement à la loi vietnamienne, que le choix entre la procédure restreinte et la procédure ouverte est libre, à la condition que l'obligation d'information soit bien respectée ; *in* C. marchés pb., art. 33.

¹⁹¹⁶ C. marchés pb., art. 34 et 35.

¹⁹¹⁷ C. marchés pb., art. 15.

¹⁹¹⁸ C. marchés pb., art. 34.

¹⁹¹⁹ Et cela, uniquement si le projet est financé grâce aux fonds de l'aide publique au développement. Il s'agit donc obligatoirement d'un bailleur de fonds étranger.

¹⁹²⁰ Loi, n°61/2005/QH11, « Loi sur les marchés publics », *op. cit.*, art. 13 §1 b) et c).

¹⁹²¹ *Ibid.*, art. 14§1 : « les personnes suivantes bénéficient, en tant que candidates, d'un droit de préférence dans la procédure internationale de passation des marchés publics : 1 – les entreprises qui sont créées et qui fonctionnent au Vietnam conformément à la loi sur les entreprises et celle sur les investissements (...) ».

des autres. Seules demeurent les infractions de corruption ou de trafic d'influence passifs¹⁹²² mais qui supposent la réception d'un avantage de la part du fonctionnaire. La loi sur les marchés publics de 2005 prévoit quelques sanctions administratives applicables à la violation des dispositions légales. L'analyse de l'article 12 de la loi nous permet de dégager quatre principales interdictions susceptibles de sanctions.

697. En premier lieu, il est bien sûr interdit aux fonctionnaires de recourir à des actes de corruption, de trafic d'influence ou d'établir des faux dans la procédure des marchés publics¹⁹²³.

En deuxième lieu, il est interdit au fonctionnaire « adjudicateur » de s'entendre avec d'autres entités telles que l'entreprise attributaire, les autres candidats ou l'organe de vérification afin de favoriser une entreprise ou un opérateur à l'obtention du marché¹⁹²⁴. Cette deuxième interdiction se rapproche du délit français de favoritisme. Pour cette interdiction, au contraire de la première, l'existence d'une contrepartie versée par l'attributaire ou perçue par le fonctionnaire ne constitue pas un élément constitutif. Seule l'entente doit donc être démontrée.

En troisième lieu, il est interdit au fonctionnaire « adjudicateur » de se trouver en situation de conflit d'intérêt¹⁹²⁵. Ce terme est entendu au sens large et non au sens juridique comme le définit la loi française. Au sens de l'article 12 de la loi sur les marchés publics, il est ainsi interdit à un agent public de cumuler les fonctions d'examen de candidatures et de vérification de la régularité de la procédure. Il lui est également interdit de se porter candidat à un marché passé par lui-même ou encore d'intervenir dans la procédure de sélection d'un opérateur économique lorsque ce dernier est un membre de sa famille. Enfin, il est interdit à tout opérateur économique de répondre à un appel d'offre lancé par l'organe de l'administration dans lequel il a exercé des fonctions et qu'elles ont pris fin depuis moins d'un an.

Enfin, il est interdit à tout agent public de communiquer à une entreprise candidate toute « information privilégiée » en vue de la favoriser, même indirectement¹⁹²⁶.

¹⁹²² C. Pén. Vn., art. 279 et 291.

¹⁹²³ Loi, n°61/2005/QH11, « Loi sur les marchés publics », *op. cit.*, art. 12 : « Actes prohibés dans la passation des marchés publics : 1 - corruption active et passive dans la procédure du choix du titulaire du marché et dans l'exécution du marché engendrant des actes malhonnêtes ou des décisions partiales ; 2 - trafic d'influence ou établissement de mauvais rapports d'information dans le but de falsifier le résultat de la sélection du titulaire du marché, la signature et l'obtention du marché (...) ».

¹⁹²⁴ *Ibid.*, art. 12 : « Actes prohibés dans la procédure de passation des marchés publics : 3 - entente, complicité entre l'adjudicateur et un candidat ou entre l'organisme public de gestion, le pouvoir adjudicateur et un candidat dans le but de modifier le dossier de candidature. Enfin complicité de la part de l'organe chargé de vérification de la régularité ou d'inspection portant atteinte à l'intérêt général ou de la Nation [...] ; 12 - ententes entre deux ou plusieurs candidats à un marché relatif à une loi visant à faire attribuer le marché à l'un d'entre eux, ou entre l'opérateur qui réalise le lot et celui qui supervise la réalisation, ou encore entre l'opérateur qui réalise le lot et l'organisme habilité à recevoir ses prestations. ».

¹⁹²⁵ *Ibid.* : « Actes prohibés dans la procédure de passation des marchés publics : 4 - cumul des fonctions d'examen des dossiers de candidature et de vérification de la régularité de la procédure de sélection du titulaire du marché dans le cadre d'un lot ; 6 - participation en tant que candidat à un marché passé par lui-même ; 10 - arrangement préalable par lequel un agent titulaire du pouvoir adjudicateur, un membre du groupe d'experts constitué pour la passation d'un marché public ou d'un groupe chargé de la vérification de la régularité de la procédure de sélection du titulaire du marché ou de la personne qui approuve le résultat de la sélection, fait concourir à ce marché ses parents biologiques, ses beaux-parents, ses enfants, ses enfants adoptés, ses beaux enfants, ses frères ou ses sœurs ; 13 - participation en tant que candidat aux marchés passés dans le cadre d'un projet géré par l'organisme pour le compte duquel la personne a travaillé pendant un an avant la date de rupture de son contrat de travail. ».

¹⁹²⁶ *Ibid.* : « Actes prohibés dans la procédure de passation de marchés publics : 9 - diffusion des documents et des informations sur la passation d'un marché public : a) diffusion du contenu du dossier de consultation avant sa date légale de publication ; b) diffusion du contenu des dossiers de candidature, des écrits personnels et des procès-verbaux pris au cours des réunions tenues au stade de l'examen des candidatures ; communication des avis d'experts ou d'opérateurs de conseil sur chacun des dossiers de candidature avant la date de publication de l'avis d'attribution ; c) communication des demandes de précision sur les renseignements fournis par les dossiers de candidatures formulées par le pouvoir adjudicateur et des réponses aux dites demandes au stade de l'examen des candidatures avant la date de publication de l'avis d'attribution du marché ; d) diffusion des rapports établis par le pouvoir adjudicateur, le groupe d'experts, l'opérateur de conseil ou l'organisme spécialisé dans le domaine du marché aux stades d'appel public à la concurrence, d'examen des candidatures et de vérification de la régularité de la procédure de sélection du titulaire du marché avant la date de publication de l'avis d'attribution du marché ;

Ces interdictions démontrent que le Vietnam a pris la mesure des risques de favoritisme que peut susciter une procédure de marchés publics. Mais à la différence du droit français, les sanctions applicables à ces manquements sont des sanctions administratives prévues par l'article 75 de la loi sur les marchés publics. Cet article a fait l'objet d'une modification par la loi d'amendement de 2009¹⁹²⁷.

698. Initialement, l'article 75 de la loi sur les marchés publics prévoyait quatre types de sanctions applicables aux manquements référencés à l'article 12 du même texte : l'avertissement, une sanction pécuniaire en cas d'atteinte aux intérêts des personnes concernées, l'interdiction pour l'organisme public concerné de soumissionner ou, encore, des poursuites pénales éventuelles en cas de manquement grave commis par les personnes physiques¹⁹²⁸. Cet article prévoyait donc des sanctions à l'égard des personnes physiques et à l'égard des entités publiques. Les personnes physiques, tout d'abord, pouvaient être sanctionnées par un avertissement ou un par une amende. Dans ce dernier cas, le préjudice aux intérêts des parties devait être établi. Elles pouvaient également faire l'objet de poursuites pénales si les manquements se traduisaient par la commission d'une infraction pénale, telle qu'un acte de corruption ou de trafic d'influence passif. Les organismes publics, ensuite, pouvaient être sanctionnés pécuniairement pour les manquements relatifs à l'interdiction de situations de favoritisme ou de conflits d'intérêts. Dans ce cas, le préjudice aux intérêts des parties devait, une fois de plus être établi. Ils pouvaient, en outre, être interdits de lancer des appels d'offres pour les mêmes manquements.

699. Depuis sa modification en 2009, le nouvel article 75 de la loi sur les marchés publics, issu de l'article 2§21 de la loi d'amendement¹⁹²⁹ élargit et restreint à la fois le domaine de la sanction.

Le régime des sanctions semble *a priori* être plus sévère par la disparition de l'avertissement des peines applicables. C'est la sanction pécuniaire qui vient directement à s'appliquer. Mas cette dernière a été divisée en deux catégories : l'amende prévue à l'article 75§1 a) de la loi sur les marchés publics qui n'est plus conditionnée à l'établissement préalable d'un préjudice et celle de l'article 75§1 b) du même texte toujours soumise à une atteinte aux intérêts des parties concernées. Malheureusement, le manquement aux interdictions de l'article 12 de la loi sur les marchés publics est donc toujours conditionné à l'existence d'un préjudice préalable.

e) divulgation du résultat du choix du titulaire du marché avant la date légale de publication de l'avis d'attribution ; f) diffusion des autres documents ayant trait au marché revêtus du tampon « confidentiel » conformément aux dispositions légales en vigueur relatives à la confidentialité. ».

¹⁹²⁷Loi, n°38/2009/QH12, « Law Amending and Supplementing a Number of Articles of then Laws Concerning Capital Construction Investment », *op. cit.*

¹⁹²⁸Loi, n°61/2005/QH11, « Loi sur les marchés publics », *op. cit.*, art. 75, tel qu'écrit dans la version officielle française : « Sanction de l'inobservation des dispositions légales relatives aux marchés publics 1. Les personnes physiques ou morales qui ne respectent pas les dispositions légales relatives aux marchés publics sont soumises aux sanctions suivantes : a) Avertissement en cas de l'inobservation des dispositions de la loi sur les marchés publics autres que celles de l'article 12 de la présente loi; b) Sanction pécuniaire en cas d'atteinte aux intérêts des parties concernées ; c) Interdiction à soumissionner en cas de non-respect des dispositions de l'article 12 de la présente loi. 2. Les personnes physiques qui n'observent pas la loi sur les marchés publics sont poursuivies pénalement si leur acte présente des éléments constitutifs d'une infraction pénale. 3. En plus des sanctions visées aux paragraphes 1 et 2 du présent article, les violations commises sont également signalées dans un quotidien et sur le site internet destiné aux marchés publics. Le Gouvernement précisera les modalités de sanction de l'inobservation des dispositions légales relatives aux marchés publics. ».

¹⁹²⁹Loi, n°38/2009/QH12, « Law Amending and Supplementing a Number of Articles of then Laws Concerning Capital Construction Investment », *op. cit.*, art. 2 §21, tel que traduit dans la version officielle anglaise : « To amend and supplement Points a and c Clause 1, Article 75 as follows: a/ Caution shall be imposed on organizations and individuals that violate this law, except cases specified in Article 12 of this Law; successful bidders that intentionally fail to negotiate and finalize contracts or have negotiated and finalized contracts but do not sign them; contractors that have signed contracts but intentionally fail to perform part or the whole of the contracts; or contractors that perform consultancy service, procurement, construction and installation or EPC bidding packages but fail to ensure their quality and progress as agreed in the contracts; c/ Organizations and individuals that violate Article 12 of this Law or have committed three or more acts of violation and been cautioned under Point a of this Clause shall be banned from participation in bidding activities ».

En outre, le domaine de l'interdiction de soumissionner a été restreint. Cette interdiction est désormais conditionnée à la violation, par l'organisme public, d'au moins trois interdictions de l'article 12 de la loi ou au fait que l'agent public à l'origine du manquement ait déjà été sanctionné pour les mêmes actes. Ce nouveau dispositif est confus. L'article ne précise pas, par exemple, si la violation des trois dispositions doit être constatée en une seule fois ou si elle peut être étalée dans le temps. Il n'existe pas plus de précision sur ce qu'entend le législateur par la notion « d'atteinte aux intérêts des parties concernées ». Comment s'établit cette atteinte ? A partir de quel moment peut-on considérer qu'il y a préjudice du fait d'un manquement ? De plus, le texte ne donne pas le montant de la sanction pécuniaire, ce qui ne permet pas de déterminer si elle est suffisamment dissuasive ou non.

700. Enfin, l'article 39 de la loi sur les marchés publics prévoit une procédure de vérification de la bonne application de la loi. Mais le manque de précisions à cet égard en réduit considérablement la portée.

D'une part, l'article ne précise pas quelle est l'autorité compétente pour le déclenchement d'une procédure de vérification.

D'autre part, le législateur n'a créé aucun organisme spécifiquement compétent pour détecter les manquements aux interdictions de l'article 12 de la loi sur les marchés publics. Le CLC ne semble pas être l'organisme directement compétent en la matière. D'abord, il a été créé pour la détection et la prévention des activités de corruption et non des situations de favoritisme et de conflits d'intérêts. Ensuite, il a été créé pour vérifier la bonne application de la loi contre la corruption par les organismes publics et non de la loi sur les marchés publics. Enfin, il n'a pas le pouvoir de sanctionner quelconque manquement.

* *

*

701. La France et le Vietnam ont donc légiféré en faveur de la « moralisation » des activités publiques. Cette moralisation semble passer par la transparence des activités publiques et politiques¹⁹³⁰ et par un encadrement des procédures de passation des marchés publics. Il est incontestable que ces domaines sont particulièrement exposés au risque de corruption. Une prévention à ce niveau paraît incontournable. Elle n'est pas pour autant suffisante. L'important, au-delà du fait de « rationaliser » l'activité du secteur public, est d'éduquer les agents publics. Il est indispensable pour chaque pays voulant prévenir efficacement les pratiques de corruption, d'établir une « déontologie du fonctionnaire ». Cette action est d'ailleurs internationalement consacrée comme l'une des mesures les plus efficaces de la prévention de la corruption¹⁹³¹.

¹⁹³⁰ En ce sens, cf également K. Souhail, « La transparence, instrument juridique majeur de la lutte contre la corruption », *Université Toulouse 1 – Capitole*, 2012, spé. p. 23.

¹⁹³¹ De telles dispositions sont présentes dans la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003 qui recommande aux Etats de mettre en place des normes de conduite à destination des agents publics pour une meilleure prévention des activités de corruption ; in Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 7 §1 d). De telles recommandations se retrouvent également dans les travaux de l'OCDE. Pour exemple, l'établissement de codes de conduite était au centre des objectifs fixés par l'OCDE à la MENA (Middle East and North Africa) lors de la conférence régionale sur l'intégrité d'octobre 2009 ; in OCDE, « Bâtir un secteur public plus propre », *Conférence régionale de MENA sur l'intégrité*, OCDE, 26 – 27 octobre 2009, p. 5, disponible en ligne sur www.oecd.org.

SECTION 2 : LA PREVENTION DES RISQUES DE CORRUPTION DES AGENTS PUBLICS

702. Soutenir la transparence des activités publiques est indispensable à une prévention efficace contre les pratiques de corruption exercées dans le secteur public. Toutefois, la transparence ne saurait être efficace sans une politique de prévention menée sur la personne même des agents publics.

703. Le droit administratif français, d'une part, est basé sur la notion de service public et sur l'idée de vocation dont le fonctionnaire est supposé être mu. Il est donc reconnu depuis très longtemps que ce dernier doit servir avant tout « l'intérêt général » au détriment de ses intérêts personnels¹⁹³². De cette conception découle, logiquement, l'idée d'une certaine déontologie du fonctionnaire qui doit exercer sa fonction avec le plus d'intégrité possible. Par conséquent, le législateur français s'est attaché à créer des mesures visant à garantir l'intégrité des agents publics (§1).

704. En droit vietnamien, d'autre part, l'accent a surtout été mis sur la notion de « déontologie » des agents publics. La loi contre la corruption de 2005 contient de nombreuses dispositions visant à favoriser l'adoption de codes de conduite à destination des fonctionnaires. Par conséquent, le législateur s'est surtout attaché à créer une nouvelle « déontologie publique » qui n'existait pas jusqu'alors (§2).

§1- LES DISPOSITIONS FRANÇAISES VISANT A GARANTIR L'INTEGRITE DE L'AGENT PUBLIC

705. Les obligations des fonctionnaires relatives à l'intégrité sont prévues par la loi du 13 juillet 1983¹⁹³³. Cette loi a fait l'objet de nombreuses modifications, dont la dernière a été effectuée par la loi du 6 décembre 2013¹⁹³⁴, et reste encore aujourd'hui la référence en matière de déontologie des fonctionnaires de l'administration. Cette loi prévoit un certain nombre d'obligations à destination des fonctionnaires de l'administration française¹⁹³⁵ qu'il est possible de répartir en deux grandes catégories : celles relatives à l'obligation de se consacrer exclusivement à la fonction et celles regroupant les obligations visant à consolider l'obligation de servir¹⁹³⁶. Pour ce qui est de l'obligation de se consacrer exclusivement à la fonction, la loi de 1983 consacre le principe d'interdiction du cumul d'activités¹⁹³⁷ et le devoir d'obéissance¹⁹³⁸. Le deuxième groupe contient les obligations tenant au devoir de neutralité vis-à-vis des administrés, le respect du secret professionnel ainsi que le devoir de discrétion et de réserve¹⁹³⁹.

Dans le cadre de cette étude sur la prévention des activités de corruption, il semble plus particulièrement important d'orienter l'analyse vers les principes émanant de l'obligation de

¹⁹³² En ce sens, par exemple, F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat, *Grands services publics*, Armand Colin, 2004, chap. 1, p. 15.

¹⁹³³ Loi, n°83-634, « Loi portant droits et obligations des fonctionnaires », 13 juillet 1983, *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174.

¹⁹³⁴ Loi, n° 2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », 6 décembre 2013, *JORF*, n°0284, 7 décembre 2013, p. 19941.

¹⁹³⁵ Loi, n°83-634, « Loi portant droits et obligations des fonctionnaires », *op. cit.*, art. 25 – 30.

¹⁹³⁶ Service-public.fr, « Obligation d'un agent de la fonction publique (fonctionnaire ou contractuelle) », *Site officiel de l'administration française*, MAJ, 5 juin 2012. Disponible en ligne sur <http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F530.xhtml>.

¹⁹³⁷ Loi, n°83-634, « Loi portant droits et obligations des fonctionnaires », *op. cit.*, art. 25.

¹⁹³⁸ *Ibid.*, art. 28.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, art. 26.

se consacrer entièrement à sa fonction. Un autre aspect non compris dans la loi de 1983 concerne, par ailleurs, l'encadrement des cadeaux faits aux agents.

706. De ce fait, il est possible de distinguer, à notre tour, deux catégories de mesures visant à garantir l'intégrité des fonctionnaires : celles visant à garantir l'intégrité « interne » du fonctionnaire (A) et celles visant à garantir l'intégrité « externe » du fonctionnaire (B).

A -Les mesures visant à garantir l'intégrité interne du fonctionnaire

707. Garantir l'intégrité interne du fonctionnaire signifie, pour le législateur, de mettre en place des mesures visant à empêcher que l'agent public ne soit intrinsèquement tenté de poursuivre son intérêt personnel au détriment de sa mission de service public. Pour ce faire, deux catégories de mesures ont été identifiées.

En premier lieu, le droit français contient des dispositions visant à réglementer et limiter les « cadeaux » faits aux agents. Curieusement, le législateur ne s'est que peu préoccupé de cet aspect de la mission de l'agent public, au contraire d'autres systèmes nationaux ou supranationaux. C'est donc surtout la jurisprudence qui a eu à se pencher sur la question. Pourtant la question du « sort » des cadeaux semble essentielle dans un système de prévention contre la corruption. Ils peuvent facilement représenter l'avantage constitutif d'un acte de corruption passive.

En second lieu, des mesures ont été prises récemment en France pour offrir un cadre de protection aux « lanceurs d'alertes » publics. Dénoncer les actes de corruption dont il a eu connaissance est, non seulement, une obligation légale de l'agent public prévue par l'article 40 al. 2 du code de procédure pénale, mais également une mesure visant à garantir son intégrité interne. Si un agent public se sent protégé dans son rôle de « dénonciateur », il sera beaucoup plus enclin à exercer la possibilité qui lui est offerte par le code de procédure pénale. Par conséquent, cela fait naître un risque supplémentaire pour tout agent public d'être dénoncé par ses « pairs » ce qui l'incite d'autant plus à respecter ses obligations d'intégrité.

Par conséquent, l'intégrité interne du fonctionnaire sera garantie par la mise en place d'une limitation des « cadeaux » qui peuvent lui être fait (1) et par l'augmentation du risque de dénonciation dont il peut faire l'objet (2).

1. Les mesures visant à garantir l'intégrité par la limitation des « cadeaux »

708. La loi du 13 juillet 1983, dite loi de Pors, ne contient pas de dispositions spécifiques visant à encadrer la réception des cadeaux par les fonctionnaires. Cet aspect est le plus souvent traité sous l'angle des pratiques corruptrices ou celui des conflits d'intérêts, ce qui est loin d'être pleinement satisfaisant pour une prévention efficace des activités de corruption. Le régime applicable aux cadeaux doit, en effet, être strictement encadré. C'est d'ailleurs ce qui ressort des conclusions de la commission de réflexion pour la prévention des conflits

d'intérêts, dite Commission Sauvé¹⁹⁴⁰. La France marque, à ce niveau, un sérieux retard vis-à-vis des autres pays membres de l'OCDE¹⁹⁴¹.

709. Le droit français de prévention des pratiques de corruption souffre donc d'un manque de réglementation générale à ce niveau. Cela pose de sérieuses difficultés, non seulement en ce qui concerne les sanctions pouvant être appliquées mais surtout en ce qui concerne les limites qu'il convient d'apporter à cette possibilité.

L'interdiction pure et simple des présents n'apparaît pas souhaitable. Comme le soulève Monsieur Frédéric Colin, « *le « tout interdit » semble irréaliste et même non pertinent. En effet, il faut savoir conserver des relations humaines entre les usagers et les agents publics (...)* »¹⁹⁴². Une limite doit donc être fixée.

710. En droit international et européen, la limite fixée est une limite quantitative appréciée en fonction de la valeur du cadeau. A titre d'exemple, le droit des Nations Unies prévoit une interdiction absolue, pour les fonctionnaires internationaux, d'accepter des présents quel que soit le montant¹⁹⁴³. En droit européen, le code de conduite des commissaires autorise la réception des cadeaux dans la limite d'une valeur fixée à 150 euros¹⁹⁴⁴. Au-delà de ce montant, le cadeau est considéré comme trop onéreux pour garantir la neutralité de l'agent.

711. En droit français, à défaut de réglementation générale établie en ce sens, c'est une limite qualitative qui prévaut. En d'autres termes, quelle que soit la valeur du présent, la loi et la jurisprudence s'attachent surtout à déterminer si la neutralité de l'agent bénéficiaire est remise en cause ou non.

Cet aspect ressort des dispositions de l'article 25 de la loi de Pors. Il prévoit, en effet, l'interdiction de tout comportement de la part du fonctionnaire qui serait de nature à compromettre son indépendance¹⁹⁴⁵. Au regard de l'esprit de législateur, les cadeaux pouvant être qualifiés d'habituels ou de faible importance¹⁹⁴⁶ doivent logiquement être admis. Ils n'engagent pas implicitement un traitement de faveur envers le donateur. La doctrine française semble suivre majoritairement cette solution en faisant une distinction entre les cadeaux « légaux » et les cadeaux « illégaux »¹⁹⁴⁷. Les cadeaux « légaux » sont admis sans aucune difficulté tandis que les cadeaux « illégaux » sont absolument interdits car ils remettent en cause l'intégrité de l'agent public. Mais, encore une fois, il convient de déterminer la frontière entre ces deux types de présents

¹⁹⁴⁰ J.-M. Sauvé, D. Migaud et J.-C. Magendi, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », *Rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique*, dit Rapport Sauvé, *La Doc. Fr.*, janvier 2011.

¹⁹⁴¹ Ainsi, en Allemagne par exemple, il existe depuis 2004 un règlement administratif interdisant les cadeaux et les gratifications. L'Espagne, quant à elle, a décidé d'ériger en infraction pénale le fait, pour toute autorité ou tout fonctionnaire public, d'accepter des cadeaux ou des donations en association avec le poste occupé ; cf *Ibid.*, p.62.

¹⁹⁴² F. Colin, « L'encadrement par le droit de la fonction publique des cadeaux faits aux agents publics », *AJFP*, 2011, p. 353, n°6. Il faut cependant souligner que certains pays, comme la Finlande ont abolis toute forme de cadeaux.

¹⁹⁴³ Cf Commission Internationale du Service Civil (CISC), « Normes de conduites requises des fonctionnaires internationaux », *CISC*, 2002, §46 et 47 et Nations Unies, « Code international de conduite des agents de la fonction publique », 12 décembre 1996, *AGNU*, A/RES/51/59, p.4.

¹⁹⁴⁴ Commission Européenne, « Code de conduite des commissaires de l'Union Européenne », *Commission Européenne*, C (2011) 2904, 1.11, p. 7. Code disponible en ligne sur www.ec.europa.eu.

¹⁹⁴⁵ A titre d'illustration, la loi de 1983 prévoit l'interdiction pour les fonctionnaires de l'administration à prendre « par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance » ; in Loi, n°83-634, « Loi portant droits et obligations des fonctionnaires », *op. cit.*, art. 25.

¹⁹⁴⁶ Le code international de la fonction publique des Nations Unies de 1996 utilise le terme de cadeaux relatifs à « l'hospitalité conventionnelle » ; in J.-M. Sauvé, D. Migaud et J.-C. Magendi, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », *op. cit.*, p. 62.

¹⁹⁴⁷ F. Colin, « L'encadrement par le droit de la fonction publique des cadeaux faits aux agents », *op. cit.*, p. 353-358.

La jurisprudence administrative s'est attachée à fixer une limite entre le cadeau conventionnel et le cadeau illégal. Mais à la différence du droit européen, cette limite n'a pas été fixée en fonction de la valeur du bien litigieux. Pour ce faire, la jurisprudence a effectué une distinction entre les cadeaux dits « d'usage » et les cadeaux « réguliers ». Les cadeaux « d'usage » ne posent pas de difficultés. La régularité de ces présents est incontestable car ils sont symboliques, offerts dans la plus grande transparence et acceptés de tous. Il s'agit, la majeure partie du temps, d'objets du quotidien pouvant être gravés au nom d'un client par exemple, telles que des tasses, des stylos ou autres objets de décoration. Les cadeaux dits « réguliers » sont, quant à eux, plus sensibles. La jurisprudence les définit comme les présents offerts par des administrés en remerciement d'un acte, d'une attitude, d'une solution trouvée à une réclamation ou pour une autre raison.

Pour apprécier la régularité de ces cadeaux, le Conseil d'Etat fixe deux conditions. La première est relative à l'attitude du fonctionnaire : il ne doit pas avoir émis de souhait de recevoir un cadeau. La deuxième est relative à l'attitude de l'administré : il ne doit pas avoir la volonté, lorsqu'il offre le bien, d'influencer le comportement de l'agent public de quelque manière que ce soit¹⁹⁴⁸. Si ces conditions ne sont pas remplies, les cadeaux doivent être considérés comme illégaux. Dans ce cas, le fonctionnaire pourra être sanctionné au titre de la faute disciplinaire prévue à l'article 29 de la loi de 1983¹⁹⁴⁹ ou être poursuivi pour corruption passive.

Le Conseil d'Etat s'est en outre attaché à dégager trois critères pour qualifier un cadeau illégal. Premièrement, le cadeau doit être indu. Cette condition s'apprécie en fonction de son ampleur qui se détermine selon la place de l'agent et la gravité de ses agissements¹⁹⁵⁰. Deuxièmement, le bénéficiaire du cadeau peut être l'agent public ou un autre destinataire. Il importe peu que « l'avantage » procuré ne soit qu'indirect¹⁹⁵¹. Troisièmement, l'illégalité s'apprécie en fonction du moment du cadeau. Si l'offrande est antérieure à l'acte de l'agent, elle est présumée illégale. Si l'offrande est postérieure, en « remerciement », il reviendra au juge de déterminer le caractère indu en fonction de l'ampleur du présent et de la connaissance préalable, par l'agent, du cadeau à venir¹⁹⁵².

712. La frontière établie par la jurisprudence entre cadeaux « légaux » et cadeaux « illégaux » se fait donc en fonction de l'intention des parties et non de leur valeur. Cette position se comprend dans le sens où la valeur importe peu en réalité. Pour la prévention des pratiques corruptrices, il est surtout nécessaire de déterminer l'intention qui se cache derrière l'offre ou la réception de quelconque avantage. Mais, comme soulevé dans cette étude, la preuve de l'intention peut être difficile à apporter. C'est la raison pour laquelle beaucoup de législations ont opté pour une solution plus « pragmatique » établie en fonction du prix du cadeau. Dans la mesure où l'interdiction absolue apparaît irréalisable et non souhaitée, une limite quantitative

¹⁹⁴⁸ C. E, 4 novembre 1992, « Ghilardi », n°132962, inédit au recueil Lebon.

¹⁹⁴⁹ Loi, n°83-634, « Loi portant droits et obligations des fonctionnaires », dite Loi de Pors, *op. cit.*, art. 29 : « Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale. ».

¹⁹⁵⁰ CAA Marseille, 4 avril 2006, « Centre Hospitalier Universitaire de Bordeaux c/ M. Barrère », n°2MA01407. Dans cette affaire, des travaux avaient été réalisés dans la propriété privée d'un agent public et par une entreprise favorisée par ce dernier. Les cadeaux ou avantages peuvent aussi bien bénéficier à des Tiers comme la famille ou autres, à l'image du droit pénal de la corruption.

¹⁹⁵¹ CAA Marseille, 6 mars 2007, « Ministre de la défense c/M. Roscian », n°03MA00746.

¹⁹⁵² C. E, 11 avril 2001, « CHU Bordeaux c/ M. Roumegoux », n°211950, inédit au Recueil Lebon et C. E, 11 avril 2001, « CHU bordeaux c/ M. Le Du », n°211949, inédit au Recueil Lebon. Plus particulièrement, les présents « postérieurs » sont d'autant plus sensibles aujourd'hui car le droit pénal de la corruption a définitivement supprimé toute obligation relative à l'antériorité du pacte corrupteur depuis mai 2011. Il est désormais extrêmement difficile d'établir une frontière nette entre « cadeaux de remerciements » et « remise postérieure d'avantages dans le cadre d'un pacte de corruption ».

faciliterait tout de même considérablement la tâche des juges quant à l'appréciation de l'illégalité d'un cadeau¹⁹⁵³.

713. Cette solution est, toutefois, la solution dégagée en droit commun. Force est de constater que de nombreuses professions relevant du secteur public ont pris l'initiative de se doter de leurs propres règles déontologiques¹⁹⁵⁴. Parmi les codes de déontologie existants, certains contiennent des dispositions visant à règlementer les « cadeaux » offerts aux membres de la profession selon des critères plus précis. A titre d'exemple, le code de la santé publique fait une interdiction absolue, à toutes les professions médicales, de recevoir quelconques présents en dehors des conventions relatives aux activités de recherche ou d'évaluation scientifique comme les échantillons¹⁹⁵⁵. La charte de la déontologie administrative du 12 janvier 2012 prévoit, quant à elle, une tolérance des cadeaux à la condition que ces derniers soient d'une valeur inférieure à « *une centaine d'euros* »¹⁹⁵⁶. Le texte détermine, en outre, le cadre dans lequel les présents peuvent être accordés qui doit être « *protocolaire* »¹⁹⁵⁷.

714. L'encadrement des cadeaux faits aux fonctionnaires contribue indubitablement à garantir leur intégrité personnelle interne. Il empêche que les agents publics soient tentés de contourner l'impératif de neutralité au regard de l'avantage que pourrait représenter quelconque « présent ». La garantie de la neutralité du fonctionnaire peut être également perçue comme le pendant du devoir d'obéissance. Bien sûr, l'agent public est soumis à un devoir d'obéissance. Mais il a également le devoir de ne pas se soumettre à un ordre manifestement illégal et de dénoncer les infractions dont il a pu constater la commission pendant l'exercice de ses fonctions. Garantir l'intégrité personnelle de l'agent public c'est donc aussi garantir qu'il respecte cette obligation de dénonciation par la mise en place de mesures de protection à son égard.

2. Les mesures visant à garantir l'intégrité par le risque de dénonciation.

715. Comme soulevé, tout agent public est soumis à un devoir d'obéissance. Cela est inscrit dans l'article 28 de la loi de Pors qui prévoit que le fonctionnaire doit « *se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.* »¹⁹⁵⁸. Pour

¹⁹⁵³ Bien que cela ne soit pas entièrement satisfaisant non plus puisque rien n'empêche un administré de multiplier les cadeaux afin que chacun d'entre eux reste dans le « seuil légal ». En plus d'établir une valeur seuil, il serait donc également bien de contrôler les intentions délictueuses de l'administré qui offre et de l'agent qui reçoit le présent.

¹⁹⁵⁴ Pour illustration, nous pouvons mentionner, ici, l'existence de règles déontologiques spéciales pour la Magistrature ou encore pour la Police Nationale ; in Conseil Supérieur de la Magistrature *Recueil des obligations déontologiques des Magistrats*, Dalloz, 2010 et Code de la déontologie de la Police Nationale, 3 août 2001.

¹⁹⁵⁵ C. Sté. Pub., art. L 4113-6, modifié par Loi, n° 2011-2012, « Loi relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé », 29 décembre 2011, *JORF*, n° 0302, 30 décembre 2011, p. 22667, art. 2 : « **Est interdit** le fait, pour les étudiants se destinant aux professions relevant de la quatrième partie du présent code et pour les membres des professions médicales mentionnées au présent livre, ainsi que les associations les représentant, **de recevoir des avantages en nature ou en espèces, sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte**, procurés par des entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale. Est également interdit le fait, pour ces entreprises, de proposer ou de procurer ces avantages. Toutefois, l'alinéa précédent ne s'applique pas aux avantages prévus par conventions passées entre les membres de ces professions médicales et des entreprises, dès lors que ces conventions ont pour objet explicite et but réel des activités de recherche ou d'évaluation scientifique, qu'elles sont, avant leur mise en application, soumises pour avis au conseil départemental de l'ordre compétent et notifiées, lorsque les activités de recherche ou d'évaluation sont effectuées, même partiellement, dans un établissement de santé au responsable de l'établissement, et que les rémunérations ne sont pas calculées de manière proportionnelle au nombre de prestations ou produits prescrits, commercialisés ou assurés. Il ne s'applique pas également aux avantages prévus par conventions passées entre des étudiants se destinant aux professions relevant de la quatrième partie du présent code et des entreprises lorsque ces conventions ont pour objet des activités de recherche dans le cadre de la préparation d'un diplôme. ».

¹⁹⁵⁶ M.-C. Montecler, « Une charte déontologique pour la juridiction administrative », *AJDA*, 2012, n°2, 23 janvier 2012, p. 72.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁹⁵⁸ Loi, n°83-634, « Loi portant droits et obligations des fonctionnaires », *op. cit.*, art. 28.

autant, si un tel devoir a pu, pendant un temps, être considéré comme absolu¹⁹⁵⁹ ce n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur de cette loi. Pour garantir l'intégrité du fonctionnaire, il est en effet prévu que ce dernier doit tout autant refuser l'accomplissement d'un ordre qu'il jugerait manifestement illégal. A ce titre, l'exonération de responsabilité pénale d'un agent ayant suivi un ordre manifestement illégal ne saurait jouer¹⁹⁶⁰. En outre, selon les dispositions de l'article 40 al. 2 du code de procédure pénale, lorsqu'un agent public a connaissance de la commission d'un crime ou d'un délit pendant l'exercice de ses fonctions, il a le devoir d'en alerter le Ministère public.

716. De ce fait, non seulement un fonctionnaire ne doit pas remettre en cause son intégrité au nom du devoir d'obéissance mais il a, en plus, l'obligation de dénoncer les pratiques de corruption dont il aurait connaissance, y compris celles commises par son supérieur hiérarchique. Par conséquent, ces dispositions augmentent substantiellement le risque, pour un agent public, d'être dénoncé par ses subordonnés ou par ses pairs. L'augmentation du risque pénal que fait naître cette mesure conduit à garantir l'intégrité du fonctionnaire qui, par peur d'être dénoncé en cas de manquement, sera naturellement amené à respecter ses obligations déontologiques.

Si cette mesure semble donc essentielle à la prévention des pratiques de corruption par le renforcement de l'intégrité des fonctionnaires, elle ne peut toutefois être effective que si elle est assortie d'un régime de protection. En l'absence de garanties, le fonctionnaire n'osera pas dénoncer les faits de corruption par peur de représailles.

La notion de protection des « dénonciateurs » en matière de corruption n'est pas nouvelle en France. Un régime de protection a, depuis quelques années, été mis en place pour protéger les fameux « lanceurs d'alerte » de droit privé¹⁹⁶¹. Les agents publics ont toutefois pendant longtemps été exclus du champ d'application de ce dispositif.

717. Jusqu'en 2013, l'obligation de dénonciation prévue à l'article 40 al. 2 du code de procédure pénale n'était accompagné d'aucune mesure visant à protéger les agents publics qui la respecteraient. Le système était purement inefficace puisque, par peur de représailles, aucun fonctionnaire ne faisait part de ses soupçons sur des activités de corruption au Ministère public. Par conséquent, le risque d'être dénoncé était considérablement faible.

Par ce vide, la France se singularisait par rapport aux autres législations européennes. Il existait, certes, l'article 11 de la loi de 1983 disposant que la collectivité publique est tenue de protéger les agents « *contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions* ». Mais, bien que la jurisprudence administrative s'était attachée à préciser que la liste de l'article n'était pas limitative et trouvait à s'appliquer en matière d'alerte pour les pratiques corruptrices, la protection était loin d'être optimale.

Cet article avait initialement été adopté afin de protéger les fonctionnaires contre les actes commis à leur encontre par les administrés et non par leurs pairs. En outre, il n'existait aucun « canal » protégé pour permettre le déclenchement des alertes, tel que la mise en place d'un

¹⁹⁵⁹ Théorie du Doyen Hauriou : « *le chef donne les instructions à son subordonné et celui-ci doit les suivre à la lettre* », in Y. Abram, « Le conflit de devoir : le fonctionnaire territorial entre les obligations d'obéissance et de résistance », *AJFP*, 1996, n°3, p.39 – 44.

¹⁹⁶⁰ C. Pén., art. 122-4 : « N'est pas pénalement responsable, la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime sauf si l'acte est manifestement illégal ».

¹⁹⁶¹ Voir *infra* n°814 et s.

organe indépendant dédié à leur recueil¹⁹⁶². Du fait de ces lacunes, l'obligation de l'article 40 al. 2 du code de procédure pénale restait lettre morte comme l'avait très justement relevé le SCPC dans son rapport de 2011. Le rapport précisait à cet effet que le dispositif d'alertes publiques restait un dispositif « *faiblement opérationnel* » en matière d'atteintes à l'intégrité¹⁹⁶³, notamment pour les manquements au devoir de probité. La majeure partie des atteintes à la probité publique identifiées n'avaient pas été communiquées au Ministère public à des fins de poursuites pénales mais réglées par la voie disciplinaire¹⁹⁶⁴.

Cette lacune dans la protection des lanceurs d'alertes publics a conduit la France à être dans une situation désastreuse et inacceptable. Ainsi que le soulevait Madame Nicole-Marie Meyer, experte alerte éthique près Transparency International, en juillet 2013 : « *la France est ce pays paradoxal où un ministre du Budget pratique la fraude fiscale, mais où un commandant de police est révoqué pour avoir signalé un usage illicite de fichiers par son administration, un diplomate licencié pour avoir rendu à sa hiérarchie un rapport confidentiel sur des dysfonctionnements financiers avérés, un fonctionnaire territorial menacé pour avoir signalé en interne des marchés publics irréguliers* »¹⁹⁶⁵. Le risque de représailles à l'encontre des personnes qui ont, de bonne foi, dénoncé des faits de corruption, est réel. Au regard d'une telle réalité, l'absence de tout cadre de protection des agents publics en la matière réduisait considérablement l'efficacité de la prévention¹⁹⁶⁶.

718. Le législateur est donc intervenu par deux fois en 2013 afin d'offrir aux lanceurs d'alertes publics un régime de protection analogue, voire identique, à celui applicable aux personnes privées.

719. Un premier pas a été franchi par la loi du 11 octobre 2013¹⁹⁶⁷ relative à la transparence de la vie publique. Elle a eu pour effet de transposer partiellement le mécanisme du « *whistleblowing* », rebaptisé « engagement des citoyens », au secteur public. L'article 25 de la loi dispose ainsi qu'aucune personne « *ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, ni être sanctionnée, licenciée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de traitement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi [...] de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts [...] dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.* ». Ces dispositions visent à protéger les personnes qui, de bonne foi, signalent aux autorités administratives ou judiciaires une situation de conflits d'intérêts¹⁹⁶⁸. Elles sont applicables tant aux personnes privées qu'aux personnes publiques. Un renversement de la charge de la preuve est introduit, laissant à la partie défenderesse le soin de prouver l'erreur du lanceur d'alerte. Si ce dernier s'avère être de mauvaise foi ou a l'intention de nuire, il peut être puni d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

¹⁹⁶² N.-M. Meyer, experte alerte éthique pour Transparency International, « L'alerte éthique ou whistleblowing en France », Rapport 2012, *TI France*, janvier 2013, p.4.

¹⁹⁶³ SCPC, *Rapport 2011, La Doc. Fr.*, 2011, p. 214.

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 216.

¹⁹⁶⁵ N.-M. Meyer, « L'alerte éthique en France », in *TI France*, « Corruption, conflits d'intérêts : la France protège-t-elle suffisamment ses lanceurs d'alerte ? », conférence- débat, *TI France*, 4 juillet 2013, Paris. Compte rendu de la conférence débat disponible en ligne sur http://www.transparency-france.org/ewb_pages/div/Conference_alerte_ethique.php.

¹⁹⁶⁶ W. Bourdon, avocat, fondateur de Sherpa ; in *TI France*, « Présentation de l'Indice de Perception de la Corruption (IPC) 2012 », *TI France*, Conférence, 5 décembre 2012, Paris.

¹⁹⁶⁷ Loi, n° 2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », *op. cit.*

¹⁹⁶⁸ P. Lignières, « Conflits d'intérêts : l'Etat rentre enfin dans le rang. – A propos des lois du 11 octobre 2013 », *op. cit.*

Malheureusement, malgré l'innovation notable du législateur pour offrir enfin un cadre de protection aux agents publics, ces efforts étaient insuffisants. Le mécanisme était effectivement loin d'être général puisque limité aux seules alertes portant sur une situation de conflits d'intérêts¹⁹⁶⁹.

720. L'évolution la plus significative en la matière date donc de décembre 2013. Le législateur est à nouveau intervenu en faveur de la protection de tous les lanceurs d'alertes dans la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière¹⁹⁷⁰. Cette loi généralise le mécanisme de l'alerte éthique en droit français¹⁹⁷¹. Mais l'évolution la plus significative pour les agents publics est que la loi les intègre désormais définitivement dans le mécanisme de protection. La loi du 6 décembre 2013 a conduit à la création d'un nouvel article 6 ter A dans la loi de Pors qui dispose « *Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit* ». En cas de litige, le législateur a mis en place un mécanisme de renversement de la charge de la preuve au bénéfice du fonctionnaire.

721. La France s'est donc enfin dotée d'un régime général de protection des lanceurs d'alerte publics. L'article concorde parfaitement avec le champ de l'obligation de « dénonciation » inscrite à l'article 40 al. 2 du code de procédure pénale qui concerne tous les crimes et délits dont le fonctionnaire peut avoir connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions.

Par ces nouvelles mesures protectrices, l'article 40 al. 2 sera beaucoup plus enclin à être utilisé ce qui, paradoxalement peut être, représente une garantie supplémentaire de l'intégrité des agents publics français. Par peur d'être dénoncé, ils seront naturellement amenés à mieux respecter leurs obligations de poursuite de l'intérêt général.

Le régime de protection accordé par la loi de 2013 contient toutefois cette limite en ce qu'il n'intervient qu'*a posteriori*. Le risque de « représailles » existe encore, ce qui réduit d'autant le risque de dénonciation.

722. Pour une prévention véritablement efficace de la corruption des agents publics, il apparaît donc essentiel de garantir dans le même temps son intégrité « externe ». En d'autres termes, des mesures doivent être adoptées pour garantir qu'un agent public ne se trouve pas confronté, pendant l'exercice de ses fonctions, à d'autres motivations que celle de poursuivre l'intérêt général. Pour ce faire, une prévention efficace contre les situations de conflits d'intérêts doit être mise en place.

¹⁹⁶⁹ C. Cutajar, « La France et la lutte contre les atteintes à la probité. – peut (largement) mieux faire ! », *JCP G*, 2014, n°8, 223 ; P. Lignières, *Ibid.*

¹⁹⁷⁰ Loi, n° 2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », 6 décembre 2013, *JORF*, n°0284, 7 décembre 2013, p. 19941.

¹⁹⁷¹ Voir *infra* n°800 et s.

B - Les mesures visant à garantir l'intégrité externe du fonctionnaire : la prévention des conflits d'intérêts.

723. Aux termes de la loi du 13 juillet 1983, les agents publics doivent se consacrer à la poursuite de l'intérêt général dans le cadre de leurs fonctions. Pour ce faire, le législateur doit intervenir afin de garantir qu'ils ne soient pas confrontés à un environnement extérieur porteur d'intérêts divergents. Des mesures doivent donc être prises afin qu'ils ne sacrifient pas l'intérêt supérieur dont ils ont la charge au profit de leur intérêt personnel¹⁹⁷².

724. Cela s'est traduit, en droit français, par la mise en place d'une réglementation visant à prévenir et réprimer les situations de conflits d'intérêts. Cette notion est difficile à définir et le législateur s'est bien longtemps évité cette peine. La première définition de la notion de conflit d'intérêt date de la loi du 11 octobre 2013¹⁹⁷³. Mais il est cependant possible d'affirmer que le conflit d'intérêt est une situation « *pathologique* » dans laquelle les intérêts en cause, portés par une même personne, ne sont pas en concurrence mais en contradiction¹⁹⁷⁴. Une situation de conflit d'intérêts représente donc un environnement propice à la poursuite de l'intérêt personnel et à la corruption.

Afin de prévenir efficacement la corruption dans le secteur public et de garantir l'intégrité externe des agents, il est donc essentiel d'adopter des mesures visant à prévenir les conflits d'intérêts (1). En outre, lorsque la prévention s'avère inefficace et qu'un conflit est révélé, il est essentiel que ce dernier reçoive un traitement pénal adapté et efficace. L'existence d'un conflit d'intérêt ne fait pas directement naître une situation corruptrice mais il révèle un certain degré de collusion inacceptable. C'est dans cette optique que l'étude des infractions de prise illégale d'intérêt est intéressante (2).

1. La prévention des conflits d'intérêts

725. La notion de conflits d'intérêts n'est pas une notion aisée à cerner. Il s'agit avant tout, comme le soulève certains auteurs, d'une notion philosophique¹⁹⁷⁵ portée sur la morale du devoir. Par conséquent, le terme désigne, d'une façon générale, la situation dans laquelle une personne se trouve confrontée à des intérêts divergents : l'intérêt général et un intérêt personnel. Ce conflit est susceptible d'influer sur la façon dont l'agent s'acquitte de ses fonctions ou de ses responsabilités¹⁹⁷⁶. La résolution du conflit impose donc d'établir une hiérarchie entre les intérêts concernés.

726. Dans le droit de la fonction publique française, l'établissement d'une telle hiérarchie s'est d'abord traduit par une obligation de « dévolution » imposée à tout fonctionnaire. De ce fait, tout agent public doit se consacrer entièrement à sa fonction et à la poursuite de l'intérêt général. La prévention des conflits d'intérêts s'est donc avant tout traduite, en droit français, par une interdiction, ou du moins une limitation, du cumul d'activités.

La première référence à une interdiction de cumul d'activités remonte à la loi du 28 avril 1816 dont l'article 78 en établissait le régime. Toutefois, c'est le décret-loi du 29 octobre

¹⁹⁷² Y. Muller, « Le droit pénal des conflits d'intérêts », *Droit pénal*, 2012, n°1, étude 1, n°2.

¹⁹⁷³ Loi, n° 2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », *op. cit.*

¹⁹⁷⁴ Y. Muller, « Le droit pénal des conflits d'intérêts », *op. cit.*, n°1.

¹⁹⁷⁵ *Cf ibid.*, somm.

¹⁹⁷⁶ Y. Muller, « Prise illégale d'intérêts », *JCL Pénal code*, art. 432-12 et 432-13, Fasc. 20, n°2.

1936¹⁹⁷⁷ qui a véritablement posé les bases de cette interdiction. Ce texte prévoit l'obligation, pour tout agent public, de se consacrer entièrement à sa fonction.

Le régime de l'interdiction du cumul d'activités est aujourd'hui prévu à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983. Depuis lors, l'interdiction générale du cumul d'activités repose sur le principe que « *l'administration doit être au-dessus de tout soupçon* »¹⁹⁷⁸. L'agent public français ne doit pas pouvoir être en mesure de se trouver dans une situation dans laquelle il serait dans l'obligation de faire un choix entre son intérêt personnel et l'intérêt général. En d'autres termes, il ne doit pas pouvoir se retrouver face à un autre intérêt « *étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions* »¹⁹⁷⁹. L'interdiction du cumul d'activités vise, ainsi, à protéger l'indépendance, l'impartialité, la probité et l'intégrité de l'agent public dans l'accomplissement de sa fonction représentative de l'Etat ou de la collectivité territoriale.

727. A l'origine, l'article 25 de la loi de Pors¹⁹⁸⁰ prévoyait un régime d'interdiction général de cumul d'activités. Il était fait interdiction aux agents publics d'exercer, à titre professionnel, toute activité lucrative de quelque nature que ce soit. L'alinéa 2 de ce même article prévoyait en outre l'interdiction pour ces mêmes personnes de prendre quelconque intérêt dans une entreprise publique en relation avec son administration et qui serait en mesure de compromettre leur indépendance. Des exceptions étaient cependant accordées par Décret¹⁹⁸¹.

728. L'article a été modifié par la loi du 3 août 2009¹⁹⁸². Le nouveau dispositif établit une liste relativement détaillée des interdictions de cumul regroupant la plupart des activités à but lucratif telles que diriger une entreprise privée, effectuer des consultations et expertises à titre onéreux ou encore prendre tout intérêt dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration auquel l'agent appartient¹⁹⁸³. En contrepartie, le régime des exceptions a été assoupli. Certains professionnels estimaient, en effet, qu'un régime d'interdiction trop sévère allait à l'encontre du droit de chacun de compléter ses revenus au travers d'activités

¹⁹⁷⁷Décret-Loi, « Décret-Loi relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions », 29 octobre 1936, *JORF*, 31 octobre 1936.

¹⁹⁷⁸J. Moret-Bailly, « Définir les conflits d'intérêts », *Dalloz*, 2011, n°19, p. 1106.

¹⁹⁷⁹J.-M. Sauvé, D. Migaud et J.-C. Magendi, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », *op. cit.*, p.19.

¹⁹⁸⁰Loi, n°83-634, « Loi portant droits et obligations des fonctionnaires », *op. cit.*, art. 25 : « les fonctionnaires consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. Les conditions dans lesquelles il peut être exceptionnellement dérogé à cette interdiction sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Les fonctionnaires ne peuvent prendre, par eux même ou pas personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance. ».

¹⁹⁸¹Le décret-loi du 29 octobre 1936 a été abrogé par la loi, n°2007-148, « Loi de modernisation de la fonction publique », 2 février 2007, *JORF*, n°31, 6 février 2007, p. 2160. Son décret d'application de 2 mai 2007 établissait le régime des exceptions accordées aux fonctionnaires (Décret, n° 2007-658, « Décret relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat », *JORF*, n°103, 3 mai 2007, n° 41). Le régime de dérogation a été, plus récemment, élargi par l'adoption du décret du 20 janvier 2011 (Décret, n°2011-82, « Décret modifiant le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat », *JORF*, n°018, 22 janvier 2011, n°29).

¹⁹⁸²Loi, n°2009-972, « Loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique », 3 août 2009, *JORF*, n°0180, 6 août 2009, p. 13116.

¹⁹⁸³Loi, n°83-634, « Loi portant droits et obligations des fonctionnaires », *op. cit.*, art. 25, modifié par Loi, n°2009-972, « Loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique », 3 août 2009, *JORF*, n°0180, 6 août 2009, p. 13116, art. 33 et 34 : « I.- Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. Sont interdites, y compris si elles sont à but non lucratif, les activités privées suivantes : 1° La participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts ; 2° Le fait de donner des consultations, de procéder à des expertises et de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique ; 3° La prise, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance. Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public peuvent toutefois être autorisés à exercer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, à titre accessoire, une activité, lucrative ou non, auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé, dès lors que cette activité est compatible avec les fonctions qui leur sont confiées et n'affecte pas leur exercice ».

privées¹⁹⁸⁴. De ce fait, l'article 25 prévoit, en plus des exceptions accordées par Décret, un certain nombre de dérogations légales.

A ce titre, un agent public peut créer ou reprendre une entreprise pour une durée maximale de deux ans, renouvelable un an après déclaration à l'autorité dont il relève. Le dirigeant d'une société ou d'une association lauréat d'un concours ou recruté par un organisme public peut, quant à lui, conserver le cumul des deux fonctions pendant une durée d'un an à compter du recrutement, renouvelable une fois¹⁹⁸⁵. En outre, les agents publics à temps partiel (maximum 70% du temps de travail) ont la possibilité d'exercer une activité privée à but lucratif dans le but de compléter leurs revenus. Enfin, tous les agents publics ont le droit de détenir des parts sociales dans une entreprise et de recevoir les dividendes s'y afférant ou encore de produire des œuvres et créations de l'esprit et de percevoir des droits d'auteur¹⁹⁸⁶.

729. Le régime des dérogations réglementaires a également fait l'objet de modifications depuis la création de l'interdiction générale du cumul d'activités. Le décret du 2 mai 2007, abrogeant le décret-loi de 1936, a profondément bouleversé le dispositif. Cette modification avait été amorcée par la loi du 2 février 2007¹⁹⁸⁷ adoptée pour s'adapter « *pleinement à l'évolution administrative et sociale* »¹⁹⁸⁸. Elle s'est confirmée avec l'adoption du décret du 20 janvier 2011¹⁹⁸⁹ assouplissant encore les conditions relatives au cumul d'activités. Alors que le décret de 1936 répondait à la philosophie selon laquelle la fonction publique était une véritable « vocation », justifiant son exclusivité¹⁹⁹⁰, la position actuelle est radicalement différente. La tendance est aujourd'hui à la « pluriactivités » justifiant l'autorisation d'exercice d'activités accessoires en complément de la fonction principale du fonctionnaire. L'esprit des décrets de 2007 et 2011 n'est pas uniquement de permettre à un agent public d'exercer des activités accessoires dans l'objectif de valoriser ses compétences mais de

¹⁹⁸⁴ Déclaration du Secrétaire d'Etat Hervé Novelli à l'occasion de la présentation du projet de loi de modernisation de l'économie à l'Assemblée Nationale le 4 juillet 2008 : « *Il est tout à fait naturel que les agents publics puissent avoir accès, comme les salariés du secteur privé, au régime de l'auto-entrepreneur à titre complémentaire, en restant en conformité avec le statut de la fonction publique et les règles de cumul* » ; in S. Richard Misrai, « L'interdiction du cumul d'activités dans le secteur public, du principe à l'exception », *AJFP*, 2012, p.7.

¹⁹⁸⁵ Loi, n°83-634, « Loi portant droits et obligations des fonctionnaires », *op. cit.*, art. 25 II : « L'interdiction d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative et le 1° du I ne sont pas applicables : 1° Au fonctionnaire ou agent non titulaire de droit public qui, après déclaration à l'autorité dont il relève pour l'exercice de ses fonctions, crée ou reprend une entreprise. Cette dérogation est ouverte pendant une durée maximale de deux ans à compter de cette création ou reprise et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an. La déclaration de l'intéressé est au préalable soumise à l'examen de la commission prévue à l'article 87 de 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 ; 2° Au dirigeant d'une société ou d'une association ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts, lauréat d'un concours ou recruté en qualité d'agent non titulaire de droit public, qui, après déclaration à l'autorité dont il relève pour l'exercice de ses fonctions, continue à exercer son activité privée. Cette dérogation est ouverte pendant une durée maximale d'un an à compter du recrutement de l'intéressé et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an. Sa déclaration est au préalable soumise à l'examen de la commission prévue à l'article 87 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 précitée. ».

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, art. 25 III et IV : « III.- Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public peuvent librement détenir des parts sociales et percevoir les bénéfices qui s'y attachent. Ils gèrent librement leur patrimoine personnel ou familial. La production des œuvres de l'esprit au sens des articles L. 112-1, L. 112-2 et L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle s'exerce librement, dans le respect des dispositions relatives au droit d'auteur des agents publics et sous réserve des dispositions de l'article 26 de la présente loi. Les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique peuvent exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions. IV. -Les fonctionnaires, les agents non titulaires de droit public, ainsi que les agents dont le contrat est soumis aux dispositions du code du travail en application des articles 34 et 35 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, occupant un emploi à temps non complet ou exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure ou égale à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail des agents publics à temps complet peuvent exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative dans les limites et conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. ».

¹⁹⁸⁷ Loi, n° 2007-148, « Loi de modernisation de l'économie », *op. cit.*

¹⁹⁸⁸ M. Carius, « Les cumuls d'activités », *JCPA*, n°4, 19 janvier 2009, p. 2018.

¹⁹⁸⁹ Décret, n° 2011-82, « Décret modifiant le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités de fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'État », *op. cit.*

¹⁹⁹⁰ M. Carius, « Le cumul d'activités », *op. cit.*

permettre tout simplement une diversification des activités en dehors de tout domaine de compétences particulier¹⁹⁹¹.

730. Malgré un régime dérogatoire extensif à l'interdiction de cumul d'activité, la règle reste inchangée. Par conséquent, toute dérogation doit normalement être autorisée. Pour ce faire, le législateur français a mis en place un système de demandes d'autorisation et de déclarations préalables auprès de la Commission de déontologie¹⁹⁹². Cet organe est chargé de contrôler que le cumul demandé par l'agent ne le mette pas en situation de prise illégale d'intérêts, infraction pénale prévue à l'article 432-12 du code pénal et ne compromette pas son indépendance, sa neutralité ou encore son intégrité¹⁹⁹³. Mais si elle a un pouvoir de vérification, la Commission n'a en revanche aucun pouvoir d'interdiction. Ses avis ne sont que consultatifs sauf en cas d'avis d'incompatibilité. Ils sont communiqués à l'organisme de rattachement de l'agent public à l'origine de la demande et ne délivrent qu'une « autorisation »¹⁹⁹⁴ de cumul.

731. La Commission Sauvé¹⁹⁹⁵ avait relevé cette faiblesse dans son rapport de 2011. Elle préconisait à ce titre le remplacement de la Commission actuelle par une Autorité de déontologie dotée de pouvoirs accrus. Cette proposition figurait dans le projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique¹⁹⁹⁶. L'article 7 du projet prévoyait, pour ce faire, l'établissement d'une Autorité de déontologie qui aurait non seulement pour mission de rendre des avis sur les demandes de cumul, mais également un pouvoir de conseil et de recommandations auprès du gouvernement. Malheureusement le projet a été par la suite abandonné. Avec la loi du 11 octobre 2013¹⁹⁹⁷, le législateur semble à première vue avoir souhaité revenir sur ces recommandations par la création de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. Au regard des dispositions de la loi, l'autorité semble détenir un véritable droit de regard sur les situations de conflits d'intérêts. Premièrement, elle est chargée de recevoir toutes les déclarations d'intérêts effectuées par les personnes assujetties¹⁹⁹⁸. Elle détient à ce titre un pouvoir d'injonction relatif à la cessation de toute situation mettant en œuvre un conflit d'intérêts¹⁹⁹⁹. Deuxièmement, elle est compétente pour se prononcer sur la compatibilité d'activités privées avec certaines fonctions publiques²⁰⁰⁰. L'avis est ici obligatoire et en cas de déclaration d'incompatibilité, la personne publique concernée sera dans l'impossibilité absolue d'exercer l'activité privée qu'il souhaitait.

Pour autant, si ces dispositions semblent correspondre aux recommandations faites par la commission Sauvé, elles ne sont pas suffisantes. La loi du 11 octobre 2013 a limité le domaine de compétence de la Haute autorité aux seuls « dirigeants », membres du

¹⁹⁹¹ Voir en ce sens : S. Richard-Misrai, « L'interdiction du cumul d'activités dans le secteur public : du principe à l'exception », *AJFP*, 2012, p. 7.

¹⁹⁹² Il s'agit de la commission prévue par la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques dite loi « Sapin » qui, dans sa version issue de la loi du 2 février 2007, substitue une commission de déontologie unique aux trois commissions auparavant compétentes pour la fonction publique de l'État, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière ; cf Loi, n°93-122, « Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », *op. cit.*, art. 87.

¹⁹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁹⁴ Par autorisation, il faut entendre ici le fait qu'en l'absence d'avis défavorable, la commission autorise alors le cumul d'activité ou, du moins, ne voit pas d'entraves aux deux conditions préalables, négatives et cumulatives. Pour autant, elle ne délivre pas, en soi, d'autorisation mais un simple avis. Seul l'avis défavorable lie l'agent public.

¹⁹⁹⁵ J.-M. Sauvé, D. Migaud et J.-C. Magendi, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », *op. cit.*, p. 91.

¹⁹⁹⁶ Projet de loi, n° 3704, « Projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique », *Assemblée Nationale*, 27 juillet 2011.

¹⁹⁹⁷ Loi, n° 2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », *op. cit.*

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*, art. 3.

¹⁹⁹⁹ *Ibid.*, art. 10-I.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, art. 23.

gouvernement ou exécutifs locaux. Les déclarations d'intérêts ne sont obligatoires que pour un nombre limité de personnes publiques élues ou nommées à des fonctions dirigeantes. Pour les autres agents publics, la Commission de déontologie est donc toujours le seul organe compétent pour la vérification des situations de conflits d'intérêts. Ses missions restent inchangées et son avis n'est toujours que consultatif.

732. Le droit français de prévention des conflits d'intérêts s'est donc en priorité attaché à définir un régime d'incompatibilités et d'interdiction de cumul de certaines fonctions. Mais la multiplication de scandales comme l'affaire « *Woerth-Bettencourt* »²⁰⁰¹ ou, dans une certaine mesure, l'affaire « *Cahuzac* », démontrent que la notion de conflits d'intérêts dépasse largement le cadre strict fixé par l'article 25 de la loi de 1983. Le fondement du conflit d'intérêts repose en définitive sur l'atteinte à l'indépendance, à la loyauté ou à l'impartialité²⁰⁰². De ce fait, un sujet de droit peut être porteur, seul, de plusieurs litiges qui ne se résument pas à la seule incompatibilité de fonctions. Cela pose donc un problème épineux relatif à la définition précise de la notion de conflits d'intérêts, au demeurant absente du dispositif français jusqu'en 2013.

733. A l'échelle supranationale, le Conseil de l'Europe a été le premier organisme à tenter de définir la notion de conflits d'intérêts dans sa recommandation du 11 mai 2000. Aux termes de l'article 13 de la recommandation, le conflit d'intérêts s'entend d'une « *situation dans laquelle l'agent public a un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions* »²⁰⁰³. De cette définition ressortait déjà les notions de conflit réel ou apparent qui seront reprises par la suite. L'idée était, en effet, que l'agent public n'avait pas besoin d'être véritablement en situation de conflits d'intérêts pour être sanctionnable. Le seul fait de paraître poursuivre un intérêt personnel est déjà condamnable. Cette position se justifiait au regard de l'obligation faite aux Etats Membres d'être « *au-dessus de tout soupçon* »²⁰⁰⁴.

734. Par la suite, l'OCDE a également œuvré pour offrir une définition plus précise de la notion. Entre 2003 et 2005, elle a élaboré des lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public. Selon l'organisation, le conflit d'intérêts s'entend d'une situation qui « *implique un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités* »²⁰⁰⁵. Cette définition semble toutefois moins claire que la précédente. D'une part, il ne ressort pas de ces termes la condamnation directe du conflit « *apparent* » et d'autre part l'emploi de la notion d'intérêts « *privés* » est plus ambiguë et moins extensive que celle d'intérêt « *personnel* »

²⁰⁰¹ L'ancien Ministre du budget Eric Woerth est soupçonné d'avoir fait embaucher sa femme à la direction de la société gérant la fortune de Mme Bettencourt et d'avoir fait bénéficier, par ce fait, de dons de Mme Bettencourt à l'UMP, parti dont il était également le trésorier ; cf E. Nunes, « *Affaire Bettencourt, ce que disent les enregistrements* », *Le Monde*, 29 juin 2010.

²⁰⁰² SCPC, *Rapport 2010, la Doc. Fr.*, 2010, p. 191.

²⁰⁰³ Conseil de l'Europe, recommandation, n° R(2000)10, « *recommandation du Comité des Ministres des Etats Membres sur les codes de conduite des agents publics* », *Conseil de l'Europe*, 106^{ème} session, 11 mai 2000, art. 13.1.

²⁰⁰⁴ Pour appui, nous pouvons citer, ici, l'histoire, M. Pierre Rosanvallon qui a déclaré le 21 septembre 2010 : « *Si on ne comprend pas que la morale publique, ce n'est pas simplement respecter la légalité, on ne comprend pas l'essentiel. Cette morale implique d'être " au-dessus de tout soupçon " . La qualité attendue d'une personnalité politique n'est pas qu'elle ne soit pas pénalement coupable d'une malversation, c'est qu'elle soit au-dessus de tout soupçon. (...) La philosophie républicaine de l'intérêt général implique une certaine exemplarité du comportement. On ne peut pas prétendre incarner l'intérêt général si on ne se détache pas lisiblement pour tous les citoyens des intérêts particuliers* ». Nous pouvons également citer M. Martin Hirsch qui a déclaré le 23 septembre 2010 : « *La lutte contre les conflits d'intérêts est un préalable pour que les citoyens aient confiance dans la politique et la vie publique* » comportement. *On ne peut pas prétendre incarner l'intérêt général si on ne se détache pas lisiblement pour tous les citoyens des intérêts particuliers* » ; in TI France, « *Prévenir les conflits d'intérêts dans la vie publique française, les recommandations de Transparence International France* », *TI France*, Décembre 2010, p.2.

²⁰⁰⁵ OCDE, « *Recommandation du Conseil sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public* », *OCDE*, juin 2003, n°10, p.4 et OCDE, « *OCDE Guidelines for managing conflict of interest in the public service* », *OCDE*, Septembre 2005, p. 2.

employée par le Conseil de l'Europe²⁰⁰⁶. Le véritable apport de l'OCDE ne réside donc pas dans la définition de la notion mais dans son travail de « catégorisation » des différentes situations. L'organisation a, en effet, dégagé trois types de conflits en dehors de la définition générale. Le conflit « potentiel », désigne la situation dans laquelle, compte tenu des intérêts privés de l'agent public, la nomination dans une autre fonction le placerait dans une situation de conflit d'intérêts. Le conflit « apparent », désigne la situation dans laquelle les intérêts privés de l'agent sont susceptibles d'être regardés comme de nature à influencer indûment sa manière de servir, sans que ce soit le cas effectivement. Le conflit « réel », enfin, concerne les situations déjà engagées, dans lesquels un intérêt personnel a effectivement influencé le comportement de l'agent public dans l'exercice de ses fonctions²⁰⁰⁷. L'OCDE s'est donc également préoccupée tant des situations réelles de conflits que des situations à risque, où le conflit est apparent sans qu'il ne soit « consommé ».

735. Au niveau national, comme soulevé, aucune définition n'avait été adoptée par le législateur jusqu'en 2013. Pourtant la question n'est pas nouvelle et de nombreux organismes ont œuvré pour définir les contours de cette notion. Selon l'ONG Transparency International France, le conflit d'intérêts se pose en antonyme de la confiance. Il y a conflit d'intérêts dans toutes les situations qui provoquent une défiance de la part des citoyens à l'égard des personnes publiques²⁰⁰⁸. Le SCPC a été le premier organisme français à établir, dans son rapport de 2004, une définition des conflits d'intérêts. Cette première définition nationale est perçue comme une « synthèse » des deux définitions supranationales dégagées précédemment. Aux termes de ce rapport, le conflit d'intérêts s'entend donc d'une situation « *dans laquelle une personne employée par un organisme public ou privé possède, à titre privé, des intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer sur la manière dont elle s'acquitte de ses fonctions et des responsabilités qui lui ont été confiées par cet organisme* »²⁰⁰⁹. L'organisme a donc étendu la définition au secteur privé, considérant que la notion trouvait également à s'y appliquer dans la mesure où l'infraction de corruption lui est désormais applicable. Le SCPC établit, en outre, une distinction entre conflit réel, apparent ou potentiel à l'image des catégories dégagées par l'OCDE.

736. Cette définition « non légale » était la seule définition française de ce terme qui existait jusqu'en 2013. Bien qu'une lecture combinée de l'article 25 de la loi de 1983 avec les infractions de prise illégale d'intérêts prévues aux articles 432-12 et 432-13 du code pénal, permettait en réalité de couvrir la plupart des situations de conflit²⁰¹⁰, le législateur ne s'était

²⁰⁰⁶ En effet, dans le cadre de cette étude, l'intérêt privé peut être interprété ici comme un intérêt pris dans le secteur privé, par opposition au secteur public auquel appartient l'agent public. Le conflit d'intérêt serait donc considéré, à l'image des anciennes doctrines comme celle du Doyen Maurice Hauriou, comme la situation dans laquelle un agent se retrouve face à deux choses qui s'opposent : la vocation à sa mission d'intérêt général ou l'appât du gain dans le secteur privé. Cette distinction classique ne semble cependant, aujourd'hui, plus d'actualité. L'idée n'est plus la vocation de l'agent public mais plutôt la présence d'un autre intérêt, qui lui serait personnel, et qui empêcherait l'accomplissement de sa mission avec la déontologie qui s'impose. Le mot intérêt personnel semble donc plus adapté aux situations actuelles pouvant donner lieu à conflit d'intérêt.

²⁰⁰⁷ OCDE, « Recommandation du Conseil sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public », *op. cit.*, 10-15, p. 4.

²⁰⁰⁸ L'ONG Transparency International travaille beaucoup pour la promotion d'une politique française irréprochable et qui ne puisse pas être suspectée de l'être. Ainsi, dans son rapport de décembre 2010, l'organisation débute son résumé exécutif par ce paragraphe : « *Pourquoi, dans toutes les enquêtes d'opinion, deux Français sur trois déclarent-ils que les élus et dirigeants politiques sont dans notre pays « corrompus » ou « exposés à la corruption » ? Seule une infime minorité d'entre eux, on le sait, utilise leur fonction officielle pour s'enrichir personnellement. En revanche, plus nombreux sont les titulaires d'une charge publique – ministres, parlementaires, élus locaux, fonctionnaires – qui sont soupçonnés de faire passer leurs intérêts personnels ou partisans avant l'intérêt général. Le manque de transparence nourrit et aggrave le soupçon. Le conflit d'intérêts, réel ou présumé, mine la confiance des citoyens dans ceux qui ont la charge de l'intérêt général.* », in TI France, « Prévenir les conflits d'intérêts dans la vie publique française, les recommandations de Transparency International France », *op. cit.*, p.3.

²⁰⁰⁹ SCPC, *Rapport 2004, La Doc. Fr.*, 2004, p. 25-29.

²⁰¹⁰ J.-M. Sauvé, D. Migaud et J.-C. Magendi, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », *op. cit.*, p. 16 : « *Si, en France, la notion de conflit d'intérêts n'est pas citée expressément dans les textes normatifs, la même idée se retrouve, pour les fonctionnaires, à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, qui proscribit les liens directs ou indirects de nature à*

pas encore attaché à élaborer une définition générale du terme. Cette lacune avait justement été soulevée par la Commission Sauvé qui proposait dans son rapport, quelques éléments pour l'élaboration d'une future définition légale. Elle a, à ce titre, définit la notion comme « *une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions.* ».

L'intérêt privé, au sens de la commission s'entend « *d'un avantage pour elle-même, sa famille, ses proches ou des personnes ou organisations avec lesquelles elle entretient ou a entretenu des relations d'affaires ou professionnelles significatives, ou avec lesquelles elle est directement liée par des participations ou des obligations financières ou civiles. Ne peuvent être regardés comme de nature à susciter des conflits d'intérêts, les intérêts en cause dans les décisions de portée générale, les intérêts qui se rattachent à une vaste catégorie de personnes, ainsi que ceux qui touchent à la rémunération ou aux avantages sociaux d'une personne concourant à l'exercice d'une mission de service public* »²⁰¹¹.

Cette définition est radicalement différente de celle qui ressort de l'article 25 de la loi de Pors. L'article remet, en effet, en cause uniquement la nature de l'intérêt. La Commission, quant à elle, y ajoute une dimension « d'intensité » qui permet de remettre en question les intérêts qui, par nature, ne feraient pas apparaître de situation de conflit mais dont la répétition ou la rémunération remet en cause l'intégrité de l'agent concerné. Conformément aux recommandations que TI France avaient faites en 2010²⁰¹², la Commission a proposé la mise en place d'une déclaration d'intérêts. Cette proposition sera adoptée, nous le rappelons, par la loi du 11 octobre 2013.

737. La loi du 11 octobre 2013²⁰¹³ peut donc être perçue comme une véritable révolution légale en la matière. Le législateur crée, pour la première fois, un véritable régime de prévention des conflits d'intérêts.

D'une part, la loi confère pour la première fois une définition à la notion de conflit d'intérêts. L'article 2 de la loi dispose en ce sens que « *constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction.* ». Le législateur a donc choisi de conserver la possibilité de conflits entre des intérêts publics ainsi que la simple apparence de conflits d'intérêts. Les deux mots « *paraître influencer* » sont sans nul doute les plus importants : le conflit existe sans qu'il ne soit nécessaire d'établir une volonté de recherche d'avantage indu, mais du seul constat d'une opposition entre deux intérêts à un moment donné²⁰¹⁴. En d'autres termes, le législateur conserve la théorie d'influence anglo-saxonne fondée sur l'apparence, dégagee les années précédentes par le Conseil de l'Europe et l'OCDE. Mais cette définition reste quelque peu décevante quant aux attentes des professionnels. Elle est bien moins détaillée que la proposition de définition fournie par le rapport Sauvé qui s'étendait aux rapports familiaux et

compromettre l'impartialité de l'agent. De même, les dispositions législatives applicables aux organismes intervenant en matière de santé publique mentionnent généralement un intérêt « de nature à compromettre l'indépendance » ou l'impartialité de la personne concernée, en écho au statut général des fonctionnaires, autorisant ainsi une modulation dans l'appréciation des intérêts en cause ». Ce rapport met également en lumière la sévérité de la loi pénale française en matière de prise illégale d'intérêts (article 432-12) dont le champ d'application est particulièrement large ; ce qui démarque la France à ce niveau des autres pays de l'OCDE.

²⁰¹¹ *Ibid.*, p.19.

²⁰¹² TI France, « Prévenir les conflits d'intérêts dans la vie publique française », *op. cit.*, p. 4.

²⁰¹³ Loi, n° 2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », *op. cit.*

²⁰¹⁴ P. Lignières, « Conflits d'intérêts, l'Etat rentre enfin dans le rang. – A propos des lois du 11 octobre 2013 », *op. cit.*

professionnels des intéressés²⁰¹⁵ et le termes ne concernent que les agents publics et non pas le secteur privé contrairement aux recommandations du SCPC.

738. D'autre part, la loi met en place un régime relatif à la déclaration d'intérêts conformément aux recommandations de la Commission Sauvé. Cette déclaration doit être remplie par un nombre limitativement énuméré d'assujettis, principalement les élus nationaux et exécutifs locaux, mais aussi par les responsables d'entreprises et offices publics. Selon l'article 4 de la loi, la déclaration doit contenir tous les intérêts détenus à la date de la nomination et pendant les cinq années la précédant. Elle est adressée au Président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ainsi qu'au Premier Ministre. Pour ce faire, la loi prévoit une liste d'intérêts devant faire l'objet de déclaration. En cas de modification substantielle, la personne concernée a l'obligation de mettre à jour sa déclaration dans un délai de deux mois (un mois pour les ministres)²⁰¹⁶. En outre, l'article 1^{er} de la loi oblige les membres du gouvernement et les exécutifs locaux à faire cesser immédiatement toute situation de conflit d'intérêt. En cas de défaillance de leur part, la Haute Autorité détient un pouvoir d'injonction à l'égard du pouvoir exécutif²⁰¹⁷. Elle a, en outre, le pouvoir d'informer les autorités hiérarchiquement supérieures des personnes en situation de conflit d'intérêt afin de faire le faire cesser²⁰¹⁸ et rend publique toute injonction émise à l'égard d'un membre du gouvernement resté silencieux après un délai d'un mois²⁰¹⁹.

739. Malgré quelques manquements, la loi du 11 octobre 2013 met en place un véritable régime de prévention des conflits d'intérêt en France. Mais le droit français semble aussi se diriger vers l'établissement d'un droit accru pour les administrés. La prévention des conflits d'intérêts n'est plus une simple obligation relative à la prévention des pratiques de corruption. Elle devient le garant du respect du droit fondamental des administrés à la « bonne administration ». Ce droit découle directement de l'article 41 de la charte des droits fondamentaux de l'UE²⁰²⁰. Ce principe, repris par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans sa recommandation de 2007²⁰²¹, peut se définir comme l'obligation faite à l'administration « *qu'elle réponde aux exigences d'efficacité, d'efficience et d'adaptation aux besoins de la société, qu'elle assure l'entretien, la défense et la sauvegarde de la propriété publique et des autres intérêts publics, qu'elle respecte les exigences budgétaires et, enfin, qu'elle exclue toute forme de corruption* »²⁰²². Cette définition consacre donc la protection des droits subjectifs des administrés par l'application aux procédures administratives non contentieuses des principes d'équité, d'impartialité, de respect du contradictoire ainsi que du délai raisonnable dans le traitement des dossiers²⁰²³. L'article 6§1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH)²⁰²⁴ trouve à s'appliquer en dehors de la seule « matière pénale »²⁰²⁵. L'intégration

²⁰¹⁵ TI France, « Lois du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique », *TI France*, 14 octobre 2013, p. 2. Synthèse et analyse des lois disponible en ligne sur http://www.transparency-france.org/ewb_pages/div/Projet_de_loi_sur_la_transparence.php.

²⁰¹⁶ Loi, n° 2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », *op. cit.*, art. 4.

²⁰¹⁷ *Ibid.*, art. 10 : La Haute Autorité ne détient un pouvoir d'injonction qu'à l'égard des membres du gouvernement. Dans sa décision du 9 octobre 2013 (*op. cit.*), le Conseil Constitutionnel a, en effet, considéré qu'elle ne pouvait détenir de pouvoir d'injonction à l'égard des parlementaires et ne pouvaient jamais leur demander de faire cesser la situation puisque cela impliquait une demande de démission de leurs fonctions dans la mesure où ces personnes relevaient de la seule autorité du Président de l'Assemblée Nationale ou du Président du Sénat. En ce sens, *Cf* TI France, « Lois du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique », *op. cit.*

²⁰¹⁸ Loi, n° 2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », *op. cit.*, art. 22.

²⁰¹⁹ *Ibid.*, art. 10.

²⁰²⁰ Charte, n° 2000/C, « Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne », *JOCE*, C/364, 18 décembre 2000, pp. 1-22, art. 41.

²⁰²¹ Conseil de l'Europe, Recommandation, CM/Rec(2007)7, « Recommandation du Comité des ministres aux États membres relative à une bonne administration », *Conseil de l'Europe*, 20 juin 2007. Disponible en ligne sur www.coe.int.

²⁰²² M.-C. Runavot, « La « bonne administration », consolidation d'un droit sous influence européenne », *RFDA*, 2010, p.395.

²⁰²³ *Ibid.*, p. 396.

²⁰²⁴ Conseil de l'Europe, Convention Européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, art. 6§1 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute

progressive de ce droit à la bonne administration en droit national²⁰²⁶ a donc pour conséquence un renforcement des obligations déontologiques des fonctionnaires.

740. Le législateur français a indiscutablement amélioré le dispositif français relatif à la prévention des conflits d'intérêts. Cette notion dépasse aujourd'hui largement le cadre strict du cumul d'activités fixé par la loi de 1983. La loi de 2013 confère à cette notion une dimension bien plus large. Mais si la définition de la notion est récente, comme le régime préventif, l'aspect répressif ne l'est pas. Le droit français sanctionne pénalement les agents publics qui méconnaîtraient leurs obligations de dévolution par les délits de prise illégale d'intérêts. Ces infractions revêtent un intérêt particulier en matière de prévention des activités de corruption.

2. La sanction pénale du conflit d'intérêt : les délits de prise illégale d'intérêt.

741. La prise illégale d'intérêt est une catégorie d'infractions adoptées dans le but d'éviter, pour l'agent public, tout conflit d'intérêt entre les affaires publiques et les affaires privées et de garantir son indépendance et son impartialité²⁰²⁷. Véritables délits préventifs²⁰²⁸ ou délits obstacles²⁰²⁹, ils ont été incriminés dans le but que les fonctionnaires ne puissent se trouver dans une situation telle que leurs intérêts personnels seraient en contradiction avec les intérêts de l'Etat ou de la collectivité territoriale publique qu'ils représentent ou qu'ils ont représenté. Dans le cadre de la prévention contre les pratiques corruptrices, ces délits comportent un intérêt particulier en ce qu'ils permettent de sanctionner directement toute situation de « collusion » qui fait naître un risque de relations corruptrices.

742. Les délits de prise illégale d'intérêts sont anciens. Ils figuraient déjà dans l'ancien code pénal aux articles 175 et 175-1 sous la dénomination d'ingérence. « *Les choses étaient claires* » : le législateur édictait une incompatibilité entre la fonction et les affaires et

accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. ».

²⁰²⁵ Ainsi, en matière de communication des documents administratifs et de motivation des décisions administratives, la CJCE, dans une décision de 1983, a consacré le droit pour les administrés, en cas de décision défavorable, de se voir communiqué toutes les pièces ayant justifié cette décision ; *in* CJCE, 7 Juin 1983, « *Musique diffusion française c/ commission* », affaires jointes 100/80, 101/80, 102/80, 103/80, point 36. Le Conseil d'Etat français, quant à lui, a consacré le principe de la communication des documents administratifs dans un délai raisonnable ; *Cf* C. E, 4 mai 1959, « *Sieur Jugeau* », n° 32083, *Recueil Lebon*, 287 et C. E, 8 novembre 1963, « *Ministre de l'Agriculture c/ Coopérative d'insémination artificielle* », *AJDA*, p. 1964. Enfin, le délai raisonnable dans les procédures a été consacré dès 1957 par la CJCE (aujourd'hui CJUE) : « Les principes d'une saine administration exigent que l'émission de l'avis prévu par l'article 54, alinéa 4, du Traité, ait lieu dans un délai raisonnable » ; *Cf* CJCE, 10 décembre 1957, « *Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité* », aff. jointes 1/57 et 14/57, *Rec. CJCE*, 220, et, plus récemment, CJCE, 1er octobre 2009, « *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware c/ Conseil* », C-141/08 P, n° 80-83 et 111.

²⁰²⁶ Ainsi la France s'est dotée de deux lois (en 1978 et 1979) sur la communication des documents administratifs et la motivation des décisions de l'administration. Depuis cette date, de nombreuses lois sont venues compléter et amender les textes originaux. Cette amélioration s'est accélérée sous influence européenne et au regard des exigences nouvelles relatives au droit à une bonne administration. La loi du 17 Juillet 1978 (Loi, n° 78-783, « *Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal* », 17 juillet 1978, *JORF*, 18 juillet 1978, p. 2851) a été modifiée par l'ordonnance de 19 mai 2009 (Ord., n°2009-483, « *Ordonnance prise en application de l'article 35 de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives* », 19 mai 2009, *JORF*, n° 0101, 30 avril 2009, p. 7327) afin d'intégrer un plus grand nombre de documents administratifs devant être communiqués aux administrés. La Loi du 17 juillet 1979 (Loi, n° 79-587, « *Loi relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public* », 11 juillet 1979, *JORF*, 12 juillet 1979, p. 1711) a été modifiée par la loi du 17 mai 2011 (Loi, n°2011-525, « *Loi de simplification et d'amélioration du droit* », 17 mai 2011, *JORF*, n° 0115, 18 mai 2011, p. 8537) concernant l'étendue des décisions devant être motivées aux administrés.

²⁰²⁷ Y. Muller, « *Prise illégale d'intérêts* », *op. cit.*, points clés.

²⁰²⁸ M. Mazars, « *Gestion publique locale et devoir de probité* », *op. cit.*, p.8

²⁰²⁹ M. Segonds, « *Les apports de la jurisprudence au délit de prise illégale d'intérêts (C. pén., art. 432-12)* », *Gazette du Palais*, 21 avril 2012, n°112, p. 12.

sanctionnait toute ingérence dans le monde interdit²⁰³⁰. Lors de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, ces infractions ont été intégrées sous le nom de « prise illégale d'intérêts » aux articles 432-12 et 432-13 mais en les classant cette fois dans la catégorie des manquements au devoir de probité. Cette classification est surprenante puisque le délit est punissable même si l'auteur n'a retiré aucun profit personnel de l'acte incriminé. Elle se comprend toutefois en ce que les infractions ont pour fonction de réprimer les « collusions » dangereuses remettant en cause l'intégrité des agents concernés.

743. Les termes très compréhensifs utilisés par le législateur laissent aux juridictions répressives une marge d'interprétation importante²⁰³¹. Il ne fait nul doute que la jurisprudence a apporté un grand nombre de « *précisions complémentaires utiles* »²⁰³² à la compréhension de ces délits. La prise illégale d'intérêts se divise en deux délits distincts : celui commis par le fonctionnaire encore en activité, surnommé « délit d'ingérence », incriminé à l'article 432-12 du code pénal et celui commis par l'ancien fonctionnaire, aussi connu sous le nom de « pantouflage » relevant de l'article 432-13 du code pénal.

- **Le délit d'ingérence de l'article 432-12 du code pénal.**

744. Aux termes de l'article 432-12 du code pénal, le délit d'ingérence consiste dans le fait « *par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* ». C'est l'infraction d'ingérence la plus significative en matière de prévention des activités de corruption. Le fait, pour un agent public, de prendre un intérêt interdit pendant l'exercice de ses fonctions fait naître inévitablement une situation dangereuse de conflit d'intérêt et un risque majeur de « collusion ». Bien que cette situation ne saurait être considérée *ipso facto* comme des relations corruptrices, le risque de corruption est tout de même certain. Le délit de l'article 432-12 du code pénal se pose ici en véritable délit préventif de la corruption.

745. Conditions préalables. Le délit n'est pas ouvert à tous. L'article 432-12 du code pénal fait une énumération des personnes pouvant se rendre coupables de ces agissements. En outre, la qualité de la personne ne suffit pas, encore faut-il qu'elle exerce une mission de surveillance, d'administration, de liquidation ou de paiement.

746. La qualité de l'auteur. Comme pour la corruption ou le favoritisme, la formule de l'incrimination vise la personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public. L'infraction ne concerne donc que les « agents publics nationaux ». Néanmoins, l'étude de la jurisprudence démontre que le critère présidant la qualité d'agent public n'est pas seulement statutaire, Il peut aussi être fonctionnel²⁰³³. La jurisprudence ne limite pas l'application de cette qualité aux seuls fonctionnaires titulaires. Elle peut être appliquée à tous ceux qui concourent à la satisfaction de l'intérêt général²⁰³⁴, c'est-à-dire à toutes les personnes disposant d'un pouvoir de décision

²⁰³⁰ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°108, p. 88 ; W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. Précis, 6^{ème} édition, 2006, n°216, p. 307.

²⁰³¹ C. Mascala, « Délit de prise illégale d'intérêts : une conception souple du bénéficiaire de l'intérêt », *RSC*, 2008, p. 592.

²⁰³² Terme utilisé par le Conseil Constitutionnel ; in C. Constit., 2 mars 2004, n°2004-492, *JORF*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *Recueil Lebon*, 2004, p. 66.

²⁰³³ M. Segonds, « Les apports de la jurisprudence au délit de prise illégale d'intérêts (C. pén. art. 432-12) », op. cit., p. 12.

²⁰³⁴ *Ibid.*

au nom de la puissance publique²⁰³⁵. Parmi les nombreux exemples, on peut citer ici le président d'une chambre de commerce et d'industrie²⁰³⁶ ou encore l'administrateur ou le mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises²⁰³⁷. Plus loin encore, il peut s'agir de l'architecte investi d'une mission de maîtrise d'art pour le compte d'une collectivité ou d'un organisme public²⁰³⁸, du président du conseil régional des notaires²⁰³⁹ ou encore du président d'un conseil départemental de la Croix Rouge²⁰⁴⁰. La jurisprudence retient donc une conception très large de la notion de personne chargée d'une mission de service public de sorte que les règles de déontologie publique viennent à s'appliquer bien au-delà du cadre strict de l'administration²⁰⁴¹.

747. La charge d'une surveillance. L'agent public doit détenir un pouvoir de surveillance ou d'administration. Il s'agit d'une condition *sine qua non* du délit de prise illégale d'intérêt²⁰⁴². Pour autant cette condition est parfois présumée. Cela est notamment le cas au regard des personnes investies d'un mandat électif public. Rappelons que la majeure partie des condamnations concernent des élus locaux tels que des maires. La jurisprudence considère ainsi que la gestion du patrimoine communal attribuée au maire implique surveillance et administration dudit patrimoine au sens de l'article 432-12 du code pénal²⁰⁴³. De même que le Président du Conseil Général a, seul, l'administration de l'ensemble des affaires du département, le maire a seul l'administration de l'ensemble des affaires de la commune²⁰⁴⁴. En outre, il est admis que l'infraction peut aussi être commise par ceux qui n'ont pas le pouvoir de décider mais qui sont seulement chargés d'instruire les dossiers, de donner leur avis ou de faire des propositions aux personnes habilitées à prendre des décisions²⁰⁴⁵. Lorsque la décision contestée est prise au sein d'un organe collégial, la jurisprudence admet la responsabilité de l'agent public même lorsqu'il n'a pas directement participé au vote. A ce titre, est retenue la responsabilité personnelle du maire ayant présidé une séance du conseil municipal au cours de laquelle a été prise une décision dans laquelle il avait un intérêt direct²⁰⁴⁶. En d'autres termes, le seul fait d'assister à une délibération entre dans le périmètre de la surveillance ou de l'administration selon la Cour de Cassation. Aussi s'est-elle autorisée à dire que la « *participation d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration* »²⁰⁴⁷. Cette position a pu être perçue, pour certains auteurs, comme dépassant les termes de la *ratio legis*²⁰⁴⁸. Ce n'est toutefois pas la vision de la Haute Cour qui a considéré que l'infraction était définie en des termes suffisamment clairs et précis pour que la transmission d'une QPC au Conseil Constitutionnel ne soit pas justifiée²⁰⁴⁹.

²⁰³⁵ M. Véron, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n°109, p. 89 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n°494, p. 195 ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial, Ellipse*, 2^{ème} édition, 2012, n°1349, p. 605.

²⁰³⁶ Cass. Crim., 20 novembre 1980, *Daloz*, 1982, p. 246, note W. Jeandier ; *RSC*, 1981, p. 607, obs. A. Vitu ; Cass. Crim., 5 novembre 1998, *Bull. Crim.*, 1998, n°289 ; *JCP G*, 1999, II, 10182, note W. Jeandier.

²⁰³⁷ Cass. Crim., 14 juin 2000, *Bull. Crim.*, 2000, n°183 ; Cass. Crim., 26 septembre 2001, *Daloz*, 2002, p. 1800, obs. M. Segonds, Cass. Crim., 30 juin 2010, *RPDP*, 2010, p. 918, note M. Segonds.

²⁰³⁸ Cass. Crim., 14 juin 2000, *Bull. Crim.*, 2000, n°221 ; *Droit pénal*, 2001, comm. 5, obs. M. Véron.

²⁰³⁹ Cass. Crim., 21 septembre 2005, *Bull. Crim.*, 2005, n°233 ; *Daloz*, 2005, p. 2629 ; *Droit pénal*, 2006, comm. n°26, obs. M. Véron.

²⁰⁴⁰ Cass. Crim., 3 avril 2007, *Bull. Crim.*, 2007, n°100 ; *Daloz*, 2007, act. Jurisp., p. 1663 ; *AJ Pénal*, 2007, p. 383, obs. Royer.

²⁰⁴¹ En ce sens, E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°1349, p. 605.

²⁰⁴² M. Segonds, « Les apports de la jurisprudence au délit de prise illégale d'intérêts (C. pén. art. 432-12) », *op. cit.*, p. 13.

²⁰⁴³ Cass. Crim., 20 juin 2002, n°01-82705.

²⁰⁴⁴ Cass. Crim., 23 février 2011, n°10-82880.

²⁰⁴⁵ M. Véron, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n°109, p. 89.

²⁰⁴⁶ Cass. Crim., 19 mars 2008, *RSC*, 2008, p. 592, obs. C. Mascala.

²⁰⁴⁷ Cass. Crim., 19 mai 1999, *Daloz*, 2000, p. 124, obs. M. Segonds.

²⁰⁴⁸ En ce sens, M. Segonds, « Les apports de la jurisprudence au délit de prise illégale d'intérêts (C. pén. art. 432-12) », *op. cit.*, p. 13.

²⁰⁴⁹ Cass. Crim., 30 novembre 2011, n°11-90093, QPC.

Pour ce qui est de la prévention des activités de corruption, l'adoption d'une conception large de la notion de « charge d'une surveillance » doit toutefois être accueillie favorablement. C'est sur la base de ce pouvoir de décision ou de contrôle que va naître le risque de collusion par la prise d'un intérêt privé en relation avec ces fonctions. Or, le risque de collusion existe dès lors que deux intérêts sont en contradiction quels qu'ils soient. Par conséquent, l'adoption d'une définition large de cette condition préalable ne peut conduire qu'à une meilleure « prévention » des pratiques de corruption.

748. Élément matériel : l'intérêt litigieux. L'article 432-12 du code pénal interdit aux personnes désignées de « *prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elles ont, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* ». L'intérêt de l'agent doit donc être en rapport avec sa mission de surveillance, d'administration, de liquidation ou de paiement. La Cour de Cassation contrôle précisément cet aspect de l'infraction qui contribue à en limiter l'étendue²⁰⁵⁰. Ainsi, un inspecteur des impôts ne peut à la fois exercer un contrôle des contribuables et agir comme conseil des contribuables contrôlés²⁰⁵¹. Un maire ne peut embaucher du personnel intégré dans les emplois communaux, mais affectés uniquement à son service personnel²⁰⁵². Les termes de l'article sont très larges et permettent de retenir aussi bien un acte isolé qu'une activité renouvelée ou durable. Il est donc fait interdiction à l'agent de détenir ou de conserver un intérêt dans une entreprise ou une opération économique. L'agent peut se voir reprocher de n'être que simple actionnaire d'une société travaillant principalement avec une autre société qu'il peut être amené à contrôler²⁰⁵³. L'infraction sanctionne la prise d'intérêt également lorsqu'elle intervient à l'occasion d'une simple opération économique, ponctuelle, envisagée en dehors de toute structure sociétale. Par exemple, est condamnable le fait de faire préempter un bien par l'administration où l'auteur est employé pour se le faire rétrocéder à titre personnel²⁰⁵⁴.

749. En outre, pour éviter que les interdictions légales ne soient contournées par quelque montage habile, l'article 432-12 du code pénal incrimine la prise d'intérêt tant directe qu'indirecte²⁰⁵⁵. Cette dernière hypothèse permet de sanctionner la prise d'intérêt par personne interposée²⁰⁵⁶. Tel est le cas, par exemple, du maire qui demande à son beau-frère d'acquérir le bien en son nom pour éviter de « *faire jaser ses administrés s'il réalisait l'opération lui-même* »²⁰⁵⁷. Cette formulation permet aussi d'appréhender les montages complexes mettant en cause plusieurs sociétés aux intérêts croisés²⁰⁵⁸.

750. Le délit sanctionne la majeure partie du temps un véritable manquement au devoir de probité. La commission du délit s'accompagne bien souvent de la commission d'autres infractions comme une corruption passive ou un abus de biens sociaux²⁰⁵⁹. L'auteur en retire bien souvent un avantage matériel illégal²⁰⁶⁰. Mais la Cour de Cassation est ferme sur ce

²⁰⁵⁰ En ce sens, M. Véron, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n°110, p. 91.

²⁰⁵¹ Cass. Crim, 3 avril 1991, *Dalloz*, 1992, p. 225, noe C. Pagnon.

²⁰⁵² Cass. Crim, 7 mai 1998, *Bull. Crim*, 1998, n°157 ; *Droit pénal*, 1998, comm. 28, obs. M. Véron.

²⁰⁵³ Cass. Crim, 27 novembre 2002, *Bull. Crim*, 2002, n°213 ; *JCP G*, 2003, II, 10093, note W. Jeandidier ; *Gazette du Palais*, 2003, p. 2415, note Y. Monnet ; *Dalloz*, 2003, p. 2046, obs. M. Segonds.

²⁰⁵⁴ E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°1350, p. 606.

²⁰⁵⁵ M. Véron, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n°110, p. 91 ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°1354, p. 608.

²⁰⁵⁶ Cass. Crim, 9 février 2005, *Bull. Crim*, 2005, n°48 ; *RSC*, 2005, p. 560, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire ; Cass. Crim, 14 décembre 2005, *Bull. Crim*, 2005, n°233 ; *Droit pénal*, 2006, comm. 59, obs. M. Véron.

²⁰⁵⁷ Cass. Crim, 14 juin 1988, *Bull. Crim*, 1988, n°272.

²⁰⁵⁸ Cass. Crim, 27 novembre 2002, *op. cit.*

²⁰⁵⁹ M. Segonds, « Les apports de la jurisprudence au délit de prise illégale d'intérêts (C. pén. art. 432-12) », *op. cit.*, p. 14.

²⁰⁶⁰ Cass. Crim, 18 octobre 2000, *Bull. Crim*, 2000, n°301 ; W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n°218, p. 309-310.

point. A l'image du délit de favoritisme, la recherche de quelque avantage n'est pas un élément matériel de l'infraction. Selon ses propres termes, le délit est consommé même si l'intérêt pris dans l'opération interdite est « *exclusif de toute rémunération ou contrepartie* »²⁰⁶¹. Le délit est pareillement consommé lorsque la convention n'a pas encore été exécutée, si elle est entachée de nullité ou si elle n'a pas pu aboutir pour des raisons indépendantes de la volonté de l'agent²⁰⁶².

751. En plus d'être un délit « préventif » de la corruption, l'ingérence du fonctionnaire en exercice peut s'apparenter sur ce point à un véritable délit « obstacle » ayant pour conséquence d'augmenter le risque pénal pour l'auteur d'un fait de corruption. Lorsqu'une activité de corruption a été commise par un agent public dans le cadre de la violation des dispositions de l'article 432-12 du code pénal, l'agent pourra être condamné pour prise illégale d'intérêt sans qu'il ne soit à rechercher quelconque contrepartie corruptrice. Lorsque l'avantage ne peut être prouvé, ce délit permet de ne pas anéantir tout risque de condamnation sur la personne de l'auteur.

752. Enfin, l'infraction reste punissable en cas de convergence d'intérêts. Il n'est pas nécessaire que l'intérêt pris par l'auteur soit en contradiction avec l'intérêt de la collectivité²⁰⁶³. Cette solution a été affirmée par la Haute Cour dans un arrêt du 19 mars 2008²⁰⁶⁴. La Cour affirme, à propos de la commission du délit par un maire, qu'il n'importe que « *l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal* ». Pour certains auteurs, la solution retenue consiste en un nouvel amenuisement de l'intérêt matériel puisque l'infraction est constituée même si l'auteur n'en retire pas un intérêt personnel et si la décision n'est pas contraire aux intérêts de la collectivité²⁰⁶⁵. En toute hypothèse, le délit se consomme par le seul abus de la fonction indépendamment d'autres critères relatifs à la recherche d'un gain ou à la contrariété avec l'intérêt général. L'auteur demeure d'ailleurs punissable lorsqu'il a, par la suite, effacé les conséquences de son opération par une autre opération avantageuse pour la collectivité²⁰⁶⁶. Certains voient en cette « *dématérialisation* » de l'existence de la prise illégale d'intérêt, l'apparition d'un délit formel punissable en l'absence de conséquences dommageables²⁰⁶⁷. Cette solution se pose toutefois largement en faveur de la répression, ce qui ne saurait être totalement rejeté du point de vue de la prévention des pratiques corruptrices.

753. Élément intentionnel. L'article 432-12 du code pénal sanctionne un délit intentionnel qui suppose de la part du prévenu qu'il ait pris sciemment un intérêt dans une affaire soumise à sa surveillance²⁰⁶⁸. L'exigence d'un dol spécial relatif à la cupidité de l'agent a disparu puisqu'il n'est plus requis que l'auteur en retire un quelconque bénéfice²⁰⁶⁹. Dès lors, selon les termes de la Cour de Cassation, « *l'intention coupable est caractérisée du seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit* »²⁰⁷⁰. En outre, comme pour le délit de favoritisme, la jurisprudence présume bien souvent l'élément

²⁰⁶¹ Cass. Crim, 25 juin 1996, *Bull. Crim.*, 1996, n°273 ; *Droit pénal*, 1996, comm. 264, obs. M. Véron.

²⁰⁶² Cass. Crim, 21 février 2001, *Bull. Crim.*, 2001, n°46.

²⁰⁶³ Y. Muller, « Prise illégale d'intérêts », *op. cit.*, n°30.

²⁰⁶⁴ Cass. Crim, 19 mars 2008, *Bull. Crim.*, 2008, n°69 ; *AJ Pénal*, 2008, p. 238, obs. M.-E. Charbonnier ; *RSC*, 2008, p. 592, note C. Mascala.

²⁰⁶⁵ C. Mascala, « Délit de prise illégale d'intérêts : une conception souple du bénéficiaire de l'intérêt », *Ibid.*

²⁰⁶⁶ Y. Muller, « Prise illégale d'intérêts », *op. cit.*, n°34.

²⁰⁶⁷ J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, « Prise illégale d'intérêt (art. 432-12, c. pén.) : l'amenuisement de la consistance de ses composantes tant matérielles que morales se poursuit », *RSC*, 2005, p. 562 ; C. Mascala, « Délit de prise illégale d'intérêts : une conception souple du bénéficiaire de l'intérêt », *op. cit.*

²⁰⁶⁸ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°111, p. 92 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°499, p. 198.

²⁰⁶⁹ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°219, p. 311.

²⁰⁷⁰ Cass. Crim, 27 novembre 2002, *op. cit.* ; Cf en particulier M. Segonds, « Réception et prise illégale d'intérêts par interposition de personnes morales », *RSC*, 2005, p. 2406.

intentionnel en raison de la nature même des fonctions du prévenu²⁰⁷¹. Les auteurs sont, comme soulevé, des élus ou des agents publics qui ne peuvent ignorer les interdictions légales. Renverser une telle présomption est quasiment impossible car la plupart des prévenus ont « *une longue expérience dans la fonction publique* »²⁰⁷².

754. Répression et dérogations. La loi du 6 décembre 2013²⁰⁷³ a augmenté le *quantum* de la peine d'amende. Depuis cette date, le délit est puni de cinq ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction²⁰⁷⁴. Le bénéficiaire de l'acte peut, quant à lui, être poursuivi pour recel de prise illégale d'intérêt²⁰⁷⁵. Cet aspect paraît intéressant en matière de corruption puisque l'autre partie au « pacte corrupteur » ne saurait également totalement échapper à la répression de ses agissements.

Toutefois, la rigueur du texte risquerait de paralyser le fonctionnement des petites communes. Elles ne pourraient conclure aucun marché de travaux, de fournitures ou de prestations de service en faisant appel à des entreprises locales, souvent dirigées par les adjoints au maire ou des proches. Les communes seraient contraintes de faire appel à des entreprises extérieures à des conditions plus onéreuses. C'est la raison pour laquelle le législateur a admis une dérogation pour les communes de 3500 habitants au plus. Les maires peuvent traiter avec la commune pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de travaux dans la limite du montant annuel de 16 000 euros²⁰⁷⁶.

755. Nature de l'infraction et prescription. Le délit d'ingérence est en principe un délit instantané qui commence à se prescrire au jour où le prévenu a pris ou reçu l'intérêt litigieux. Si le prévenu a pris plusieurs intérêts dans des opérations successives indépendantes les unes des autres, le délit consommé à l'occasion de chacune de ces opérations conserve son caractère d'infraction instantanée²⁰⁷⁷. En revanche, si la prise ou la réception d'intérêt se prolonge dans le temps, le délit se prescrit à compter du dernier acte administratif accompli par l'agent public prend ou reçoit ledit intérêt²⁰⁷⁸. Toutefois, l'ingérence devient un délit continu lorsqu'elle consiste en la conservation d'un intérêt. Elle se prescrit alors à compter du jour de la cessation de la situation illicite créée par le prévenu.

756. Le délit français d'ingérence est donc un délit qui, par sa sévérité, semble remplir ses fonctions d'infraction préventive aux conflits d'intérêts. Mais le législateur français n'a pas entendu réserver la notion de conflits d'intérêts aux seuls agents publics encore en exercice. Les anciens agents publics sont également astreints à une certaine déontologie mais limitée dans le temps.

- **Le délit de pantouflage de l'article 432-13 du code pénal.**

757. Le législateur entend moraliser le passage des agents publics dans les entreprises privées pour éviter qu'ils ne soient amenés à faire bénéficier leurs nouveaux employeurs du réseau de

²⁰⁷¹ A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°499, p. 198.

²⁰⁷² M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°111, p. 92.

²⁰⁷³ Loi, n°2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *op. cit.*

²⁰⁷⁴ Contre 375 000 euros avant l'entrée en vigueur de la loi.

²⁰⁷⁵ Cass. Crim., 21 septembre 2005, *op. cit.*

²⁰⁷⁶ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°112, p. 92-93 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°500-501, p. 198-199.

²⁰⁷⁷ Y. Muller, « Prise illégale d'intérêts », *op. cit.*, n°61.

²⁰⁷⁸ Cass. Crim., 4 octobre 2000, *Bull. Crim.*, 2000, n°287 ; *Dalloz*, 2001, p. 1654, note M. Segonds ; *Droit pénal*, 2001, comm., 16, obs. M. Véron ; Cass. Crim., 10 avril 2002, *Bull. Crim.*, 2002, n°84 ; *Droit pénal*, 2002, comm. 195, obs. M. Véron ; *Dalloz*, 2003, somm., p. 246, note M. Segonds.

relations ou d'amitiés qu'ils ont pu se créer dans la fonction publique²⁰⁷⁹. Pour ce faire, l'article 432-13 du code pénal incrimine « *le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que membre du Gouvernement, titulaire d'une fonction exécutive locale, fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.* ». Est également incriminé par ce même article le fait pour ces mêmes personnes de prendre « *participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées au premier alinéa.* ».

L'intérêt de cette deuxième infraction dans le cadre de la prévention des pratiques de corruption est moins évident. L'ancien agent public, bien que tenu d'une certaine obligation de « non-ingérence », peut en apparence sembler moins enclin à commettre des actes de corruption. Mais cette infraction paraît toutefois indispensable au système préventif global contre la corruption. D'abord, parce que si la corruption est pénalement réprimée, le simple soupçon de corruption est d'ores et déjà inacceptable. Comme soulevé, en matière préventive, l'objectif est de parvenir à une « République irréprochable » où « *l'administration est au-dessus de tout soupçon* »²⁰⁸⁰. Dans le cadre de la prévention des pratiques corruptrices, l'objectif est donc de mettre à mal toutes les situations pour lesquelles un simple soupçon de collusion pourrait exister. Ensuite, parce que cette infraction réprime directement les situations de conflits d'intérêts. Or si la prévention des pratiques de corruption passe nécessairement par l'interdiction des conflits d'intérêts²⁰⁸¹, toutes les infractions venant les réprimer s'inscrivent naturellement dans le processus préventif. En d'autres termes, le délit de pantouflage est destiné à prévenir simultanément la commission d'infractions dont la réalité pourrait difficilement être établie et le développement de rumeurs difficiles à démentir²⁰⁸².

758. Conditions préalables. Les personnes concernées. L'article 432-13 vise deux catégories de personnes : les fonctionnaires publics, agents ou préposés d'une administration publique et les agents des établissements publics, des entreprises nationalisées, des sociétés d'économie mixte (SEM) dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50% du capital²⁰⁸³. Le délit n'était toutefois pas applicable aux ministres jusqu'en 2013. Un ancien ministre des finances devenu avocat-conseil d'une banque soumise à l'occasion de certaines opérations au contrôle du ministère des finances avait, ainsi, été jugé non punissable par la Haute Cour de justice²⁰⁸⁴. Il en fût de même avec la plus récente affaire « *Perol* ». La nomination de l'ancien secrétaire d'Etat par le chef de l'Etat français de l'époque, Nicolas Sarkozy, à la tête du groupe bancaire BPCE, n'a

²⁰⁷⁹ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°114, p. 94.

²⁰⁸⁰ Cf. P. Rosanvallon in TI France, « Prévenir les conflits d'intérêts dans la vie publique française », op. cit., p.2 et J. Moret-Bailly, « Définir les conflits d'intérêts », op. cit., n°19.

²⁰⁸¹ Voir en ce sens, notamment, I. Kamirov, « Le rôle de la transparence dans la lutte contre la corruption à travers l'expérience du Conseil de l'Europe », Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 134.

²⁰⁸² C. Prebissy-Schnall, *La pénalisation du droit des marchés publics*, Thèse, LGDJ, coll. bibliothèque de droit public, t. 223, 2002, p. 152.

²⁰⁸³ M. Véron, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°115, p. 95-96 ; A. Lepage, P. Maître du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°507, p. 201 ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, op. cit., n°1370, p. 615 ; W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°220, p. 312-313.

²⁰⁸⁴ Haute Cour de justice 21 juillet 1931, S., 1932, 1, 182 ; *Gazette du Palais*, 1931, 2, 298.

abouti à aucune saisine de la commission de déontologie en nullité de la nomination²⁰⁸⁵ ni à aucune condamnation pénale²⁰⁸⁶ pour cette même raison. La loi du 11 octobre 2013 a corrigé cette lacune en rajoutant expressément les membres du gouvernement et anciens titulaires d'une fonction exécutive locale à la liste de la première catégorie de personnes concernées par le délit de pantouflage²⁰⁸⁷.

759. Nature de la fonction. Les personnes énumérées doivent avoir eu soit pour fonction d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée, soit d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée. Cela concerne également les contrôles épisodiques ou intermittents. Il importe peu, en outre, que le prévenu ait été effectivement ou personnellement en rapport avec l'entreprise privée à laquelle il participe désormais²⁰⁸⁸.

760. Élément matériel. L'infraction prohibe la prise d'intérêt à l'image de son infraction sœur, l'ingérence. Il est donc fait interdiction aux personnes concernées, de « *prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux* » dans les entreprises dans lesquelles l'agent exerçait une surveillance ou un contrôle du temps de sa fonction. La répression ne se limite pas aux activités permanentes²⁰⁸⁹. Il peut s'agir également d'un concours instantané ou occasionnel²⁰⁹⁰. Pour déjouer toute tentative de fraude, l'infraction étend l'interdiction aux entreprises qui ont 30% de capital commun avec les entreprises sur lesquelles s'exerçait le contrôle de l'agent ou encore celle qui ont conclu un contrat d'exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées. Telle extension empêche toute possibilité de dissimuler les agissements de l'auteur derrière quelques sociétés-écrans. « *Ces sociétés-écrans ne doivent pas faire obstacle à la répression* »²⁰⁹¹. On y dénote un certain pragmatisme du droit pénal à ce niveau.

761. Limitations *rationae temporis et rationae loci*. La limitation dans l'espace n'est pas expressément mentionnée dans la lettre de l'article. Elle dépend en réalité de la nature des anciennes fonctions de l'agent. Si ce dernier exerçait une activité de représentation à l'échelle locale, il lui sera certainement possible de pouvoir exercer ses compétences dans le domaine privé sans pour autant entrer en contradiction avec les termes de l'article 431-13 du code pénal. En revanche, si l'ancien fonctionnaire exerçait une surveillance à vocation nationale, le domaine de l'interdiction risque fort de s'étendre à tout le territoire. Cela peut engendrer une interdiction d'activité professionnelle privée dans son domaine de compétence²⁰⁹². La limitation temporelle est, quant à elle, clairement exprimée. Elle a d'ailleurs fait l'objet d'une modification. Le délai relatif à l'interdiction était de cinq ans jusqu'en 2007. Il a été ramené à trois ans par la loi du 2 février 2007²⁰⁹³.

Répression. Initialement le « pantouflage » était puni d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. La loi du 11 octobre 2013 est venue relever le plafond de la peine d'emprisonnement et le *quantum* de la peine d'amende. Depuis lors, le délit est puni d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 200 000 euros d'amende dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

²⁰⁸⁵ M. Le Roy, « Libres propos sur l'affaire Pérol et le transfert des agents publics vers le secteur privé », *Dalloz*, 2009, p. 2123

²⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 2124.

²⁰⁸⁷ Loi, n°2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », *op. cit.*, art. 28.

²⁰⁸⁸ Cass. Crim., 15 novembre 1982, *Bull. Crim.*, 1982, n°254 ; *RSC*, 1983, p. 469, obs. A. Vitu ; Cass. Crim., 18 juillet 1984, *Bull. Crim.*, 1984, n°262, *RSC*, 1985, p. 291, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire.

²⁰⁸⁹ W. Jeandier, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°221, p. 313-314.

²⁰⁹⁰ A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°509, p. 202.

²⁰⁹¹ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°1372, p. 616.

²⁰⁹² M. Véron, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°116, p. 96.

²⁰⁹³ Loi, n°2007-148, « Loi de modernisation de la fonction publique », 2 février 2007, *op. cit.*, art. 17.

Nature de l'infraction et prescription. Contrairement au délit d'ingérence, le pantouflage est une infraction continue²⁰⁹⁴. La prise de participation dans une entreprise privée suppose une collaboration se prolongeant ou susceptible de se prolonger²⁰⁹⁵. En conséquence la prescription commence à courir au jour de la cessation de l'activité délictueuse.

762. Le législateur français a donc sans nul doute agi en faveur de la moralisation de la vie publique. Malgré certaines insuffisantes persistances, ses nombreuses interventions témoignent de la volonté de prévenir efficacement les pratiques corruptrices dans le secteur public. La tendance qui se profile semble se tourner vers le désir d'une République irréprochable à tous les niveaux de la sphère publique. Il n'est pas possible d'en dire autant du droit vietnamien. Le pays en développement n'a pas encore intégré toutes les mesures nécessaires à la prévention efficace de la corruption. Mais la loi sur la lutte contre la corruption de 2005 fait montre toutefois de certaines avancées dans la création d'une déontologie publique.

§2- LES AVANCEES VIETNAMIENNES DANS LA CREATION D'UNE DEONTOLOGIE PUBLIQUE

763. En droit vietnamien, la loi contre la corruption de 2005²⁰⁹⁶ consacre une section entière à la mise en place d'une déontologie des fonctionnaires vietnamiens et à la création de codes de conduite à leur égard²⁰⁹⁷.

764. La notion de déontologie est définie à l'article 42§1 de la loi. Elle s'entend de l'ensemble des devoirs qui s'imposent aux « *fonctionnaires et agents publics* » dans le cadre de l'exercice de leur fonction afin d'assurer leur intégrité, leur honnêteté et leur « *responsabilité* »²⁰⁹⁸.

Dans la mise en place d'une déontologie applicable aux fonctionnaires vietnamiens, le législateur s'est d'abord attaché à prendre des dispositions visant à inciter les organismes publics à adopter des codes de conduite à destination de leurs agents (A).

Toutefois, la création de tels codes n'est pas une obligation. La loi de 2005 n'effectue à ce titre, que de « simples » recommandations à destination des « chefs » des organismes publics. Pour autant, le législateur qui semble considérer que le respect de certaines règles de conduite est un outil essentiel à la prévention de la corruption, a aussi adopté des règles *a minima* impératives (B).

²⁰⁹⁴ W. Jeandier, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°221, p. 313-314 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°510, p. 202.

²⁰⁹⁵ Cass. Crim. 11 mai 1928, *Bull. Crim.*, 1928, n°140 ; *Gazette du Palais*, 1928, 2, 239.

²⁰⁹⁶ Loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », op. cit.

²⁰⁹⁷ Les dispositions de la loi relative à ces notions n'ont pas été modifiées par la loi d'amendement du 23 novembre 2012 ; Cf Loi, n° 27/2012/QH13, « Law amending and supplementing a number of articles of the Anti-Corruption law », op. cit.

²⁰⁹⁸ Il a été préférable, ici, de reformuler un peu la lettre de l'article 42§1 de la loi afin de permettre une meilleure compréhension du sens. La version officielle française de cet article est la suivante : « La déontologie de la fonction publique s'entend des devoirs qui s'impose aux fonctionnaires et agents publics l'exercice de leur fonction en assurant l'intégrité, l'honnêteté et la responsabilité. ». La version officielle anglaise ne comporte pas exactement la même définition, bien que le sens n'en soit pas contrarié, elle ajoute simplement la notion de « rigueur » absente de la version française : « Rules of Professional ethics mean behavioral standards suitable to the peculiarities of each profession, ensuring righteousness, integrity, honesty and responsibility in professional practice. ».

A -Les impulsions relatives à la mise en place de codes de conduite à destination des agents publics

765. La loi sur la corruption de 2005 contient des dispositions incitant tous les organes du secteur public à adopter des codes de conduite à destination de leurs agents. Aux termes de l'article 36§1 de la loi, la notion de « code de conduite » s'entend de l'ensemble des « règles de comportement des fonctionnaires dans l'accomplissement de la fonction ou de la mission publique et dans les relations sociales. ». Pour ce faire, la loi précise que le code adopté doit contenir une liste de tous les actes que les agents doivent accomplir ou s'abstenir d'accomplir pour assurer leur intégrité. La violation des dispositions dudit texte doit « engager la responsabilité » du fonctionnaire²⁰⁹⁹.

766. A première vue, ces dispositions légales respectent les prescriptions de la Convention de Mérida ainsi celles des recommandations de l'OCDE. L'article 8§1 de la Convention des Nations Unies contre la corruption²¹⁰⁰ fait obligation aux Etats parties de prendre des mesures pour encourager l'intégrité, l'honnêteté et la responsabilité des agents publics. L'article 8§2 prévoit à ce titre une « obligation d'envisager »²¹⁰¹ l'élaboration de codes de conduite pour assurer « l'exercice correct, honorable et adéquat des fonctions publiques »²¹⁰². Par l'idée d'une responsabilisation de l'agent public, la Convention fait référence à la dénonciation des pratiques de corruption dont ils pourraient avoir connaissance. Pour ce faire, le texte demande aux Etats d'adopter des mesures pour faciliter le signalement de tout acte corruptif par un agent public²¹⁰³.

767. Les articles 36 et 42 de la loi vietnamienne contre la corruption faisant référence à la responsabilité des agents publics semblent devoir être interprétés en ce sens. La responsabilité apparaît duale. D'une part, il s'agit d'une responsabilité personnelle, pénale ou administrative, lorsque l'agent public se rend coupable d'activités corruptrices. D'autre part, il s'agit d'une responsabilité « citoyenne » l'engageant à signaler toute activité illégale dont il pourrait avoir connaissance dans le cadre de ses fonctions. Cet aspect de la responsabilité apparaît clairement dans la lettre de l'article 38 de la loi qui prévoit l'obligation, pour tout agent public, de dénoncer les faits de corruption qu'il aurait détecté dans l'exercice de ses fonctions, soit au supérieur hiérarchique direct soit, si ce dernier est impliqué, à la personne ayant un rang hiérarchique encore au-dessus²¹⁰⁴. Ces dispositions doivent recevoir un accueil

²⁰⁹⁹ Une fois de plus, la version anglaise de cette définition diffère légèrement et est un peu plus claire que la version française. La traduction anglaise de cet article prévoit, en effet, que le code doit contenir tout ce qui « doit être fait ou ne pas être fait » pour assurer la rigueur et l'intégrité des fonctionnaires et engager leur responsabilité : « Code of conducts mean standard behaviors of public servants in performing their tasks and official duties and in social relations, covering things which must be done or must not be done, suitable to the work peculiarity of each group of public servants and each field of public activities, aiming to ensure the righteousness and integrity as well as responsibilities of public servants. ».

²¹⁰⁰ Convention des Nations Unies contre la Corruption, *op. cit.*, art. 8 : « 1. Afin de lutter contre la corruption, chaque Etat Partie encourage notamment l'intégrité, l'honnêteté et la responsabilité chez ses agents publics, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique. ».

²¹⁰¹ En effet, la Convention ne prévoit pas d'obligation absolue, à cet égard, envers les Etats parties. En revanche, ils doivent « s'efforcer » de mettre en place des codes de conduites pour les agents publics. L'obligation si situe donc, ici, au niveau de l'effort fourni par les Etats à l'établissement de règles de conduites. Cette obligation de « moyen » est d'ailleurs assortie d'une grande liberté de manœuvre quant à la forme de ces codes : Loi générale à destination de tous les fonctionnaires ou délégation du pouvoir d'élaboration de règles de conduite à différentes entités qui seront alors compétentes pour élaborer des règles spécifiques à la fonction publique qu'elles représentent.

²¹⁰² Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art.8 : « 2 - En particulier, chaque Etat Partie s'efforce d'appliquer, dans le cadre de ses propres systèmes institutionnel et juridique, des codes ou des normes de conduite pour l'exercice correct, honorable et adéquat des fonctions publiques. ».

²¹⁰³ *Ibid.*, art. 8§4 : « Chaque Etat Partie envisage aussi, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, de mettre en place des mesures et des systèmes de nature à faciliter le signalement par les agents publics aux autorités compétentes des actes de corruption dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. ».

²¹⁰⁴ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam » *op. cit.*, art. 38- 1 : « Lorsqu'un fonctionnaire a décelé des indices de corruption dans son organisme, il est tenu de les renseigner au chef de l'organisme; s'il est fondé que ledit chef est intéressé, les indices de corruption doivent être communiqués au chef de l'organisme hiérarchiquement supérieur. ».

favorable. Il est internationalement consacré que l'incitation au signalement²¹⁰⁵, additionné de l'adoption de codes de conduite²¹⁰⁶, facilitent considérablement le travail de détection des affaires de corruption. Ces mesures permettent de prévenir efficacement la corruption et de rétablir la confiance des administrés.

Si ces dispositions s'avèrent déjà nécessaires dans les pays développés comme la France, elles deviennent fondamentales dans les économies en développement telles que le Vietnam. Ces économies, encore massivement touchées par le phénomène de corruption, ont vraiment besoin de mesures préventives fortes et surtout éducatives. L'adoption de codes de conduites et l'incitation au signalement permettent de « désacraliser » la corruption et amorcer sa réprobation. En ce sens, le Vietnam semble donc avoir correctement relevé le défi de l'implantation d'une déontologie générale dans la fonction publique nationale.

768. Comme le permettent les obligations internationales, le pays a pris le parti de ne pas adopter un code de conduite général. Il a laissé à chaque corps de profession le soin d'élaborer son propre code. Pour ce faire, l'article 41 donne une liste détaillée des autorités recevant compétence pour leur conception et leur adoption²¹⁰⁷.

L'analyse de cet article démontre qu'en réalité un très grand nombre d'autorités ont reçu compétence en la matière. Dans la pratique, un code spécifique peut être établi pour chaque organisme public. Pour que toute la fonction publique vietnamienne soit soumise à de telles règles, un très grand nombre de codes devraient dès lors être adoptés. Mais à l'heure actuelle, l'objectif est bien loin d'être atteint. Très peu de codes ont été adoptés ou sont en cours d'élaboration²¹⁰⁸. La plupart des organismes publics préfèrent encore la solution du « *play the game* » et non celle de la transparence ou de la bonne conduite²¹⁰⁹.

La raison de ce choix malheureux tient en ce que la loi de 2005 semble en réalité n'établir qu'une simple recommandation à cet égard. Les dispositions de la loi sont, en effet, ambiguës sur ce point. L'article 41 n'évoque qu'une simple « compétence » de certaines autorités pour l'élaboration et l'adoption de codes de conduites, somme toute exclusive de toute obligation. L'article 42, en revanche, émet une obligation. Mais la teneur de cette obligation reste très ambiguë. La traduction officielle française de l'article fait ressortir une obligation pour les organisations sociales et les ordres professionnels d'adopter des codes de déontologie à

²¹⁰⁵ Voir, en ce sens, ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la Corruption », *op. cit.*, §92, p.34.

²¹⁰⁶ OCDE, « Corruption dans les marchés publics : méthodes, acteurs et contre-mesures », *OCDE*, 2007, §6.2, p.61 : Il est reconnu que les codes internes de déontologie n'empêchent pas toujours les actes de corruption mais permettent de gagner du temps dans les enquêtes.

²¹⁰⁷ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 41, Autorités compétentes pour l'établissement du code de conduite des fonctionnaires : « 1. Les Ministres, les chefs des organismes ayant le rang ministériel, les chefs des organismes relevant du Gouvernement, les chefs du Bureau de l'Assemblée nationale et du Cabinet du Président de l'État, chacune de ces personnes est compétente pour l'établissement d'un code de conduite applicable aux fonctionnaires et agents publics de son organisme et des structures concernées. 2. Les Présidents de la Cour populaire suprême et du Parquet populaire suprême sont compétents respectivement pour l'établissement des codes de conduite applicables, l'un, aux magistrats, assesseurs, secrétaires de tribunal et autres agents publics des juridictions et l'autre, aux membres du ministère public et autres agents publics de cette administration. 3. Le Ministre de la Fonction publique est compétent pour l'établissement du code de conduite applicable aux fonctionnaires des organismes publics locaux. Il doit collaborer avec les services centraux des organisations politiques et sociales pour l'établissement du code de conduite applicables aux fonctionnaires et agents publics de ces entités. ».

²¹⁰⁸ Les Avocats ont adopté en août 2011, leur tout premier code de conduite comprenant 27 règles ; *in Viet Nam News*, « Lawyers get first professional code », *Viet Nam News*, 12 août 2011. Article disponible en ligne sur <http://vietnamnews.vnagency.com.vn/social-issues/214296/lawyers-get-first-professional-code-.html>. Les Notaires, également, ont pris en compte la nécessité d'élaborer un code de déontologie dans le cadre de leur plan détaillé de développement de la profession d'ici à 2020. Ce plan de développement comprend, en plus du développement de la profession sous son aspect libéral, l'élaboration d'un code de déontologie ; Maison du droit Vietnamo-française (MDVF), Séminaire d'expertise sur le Notariat Vietnamien », *Compte Rendu, MDVF*, 7 et 8 octobre 2009.

²¹⁰⁹ Idée que les organismes publics préfèrent « jouer le jeu » du marché et de la « non transparence » pour gagner, notamment dans le cadre des marchés publics, plutôt que d'adopter des codes de conduites qui leur serait peut-être défavorables dans la mesure où il n'est pas fait obligation aux concurrents d'en adopter un et qu'il n'y a pas de véritable contrôle de la part de la société civile sur le respect de telles règles (absence de « *watchdogs* ») ; *in N. Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien*, « APEC Procurement transparency standards in Vietnam. The Need to Move from Law to Practice », *op. cit.*, p.31.

destination des membres de leurs professions²¹¹⁰. La traduction officielle anglaise de l'article, au contraire, semble faire uniquement obligation à ces mêmes organisations de collaborer avec les organismes publics pour la mise en place de codes de déontologie à l'égard de leurs membres²¹¹¹. Cette ambiguïté persiste dans la version originale mais il semble néanmoins que ce soit la deuxième hypothèse qu'il faille retenir²¹¹².

769. Malgré une initiative novatrice de la part du législateur, l'absence d'aspect contraignant réduit donc nettement la portée de ces dispositions. Dans la pratique, les codes de conduite ne remplissent pas leur rôle éducatif au regard du faible nombre en vigueur sur le territoire vietnamien. Néanmoins, le législateur n'a pas entendu laisser l'adoption de toutes les règles déontologiques à la discrétion des autorités compétentes pour l'élaboration de codes. Il prévoit, dans la loi contre la corruption, un certain nombre de règles de conduite *a minima*, impératives en dehors de tout code de déontologie.

B - La prééminence de règles de conduite légales a minima

770. Lorsqu'un organisme public ne prend pas le parti d'adopter un code de conduite à destination de ses agents, ces derniers ne sont pas pour autant exemptés du respect de toute règle déontologique.

La loi de 2005 contre la corruption contient des dispositions visant à l'établissement de règles de conduite impératives *a minima* applicables en dehors de l'existence de tout code de conduite (1).

Le respect de ces dispositions est obligatoire. Au contraire des codes dont l'adoption est laissée à la discrétion de certains décideurs, le respect des règles *a minima* est absolument impératif et leur violation expose l'auteur à des sanctions (2).

1. Les règles de conduite prévues par la loi contre la corruption

771. Dans la loi contre la corruption de 2005, le législateur a intégré un certain nombre de règles de conduite impératives. Pour ce faire, de nombreuses interdictions sont prévues par l'article 37 de la loi de 2005. A l'image du droit français, il ressort de ces dispositions que les agents publics sont soumis à une obligation de dévolution et de poursuite de l'intérêt général.

L'article concerne trois catégories de personnes : les fonctionnaires, les anciens fonctionnaires et les « chefs et sous chefs » des organismes publics. Toutes ces personnes sont soumises à plusieurs interdictions.

772. Les fonctionnaires ont l'interdiction de : faire des « tracasseries » dans l'accomplissement de leurs fonctions, de créer ou diriger une entreprise privée, d'enseigner ou de réaliser des expertises à titre privé et fondé sur des informations privilégiées, d'utiliser illégalement des informations en vue de la « prise illégale d'intérêts personnels ». Aux termes de l'article 37§1 de la loi, le législateur semble vouloir prévenir, sans les nommer, les

²¹¹⁰ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 42§2, version officielle française : « Les organisations sociales et les ordres professionnels sont tenus d'établir, en collaborant avec l'autorité compétente, les codes de déontologie applicables à leurs membres dans les conditions prévues par la loi. ».

²¹¹¹ *Ibid.*, art. 42§2, version officielle anglaise : « Socio-professional organisations shall coordinate with competent state agencies in promulgating rules of professional ethics for their members according to the provisions of law ».

²¹¹² Si le législateur avait voulu faire obligation à certaines professions d'adopter des codes de conduite, cela aurait dû apparaître dans l'article 41 de la loi.

situations de conflits d'intérêts. Par l'interdiction de « tracasseries »²¹¹³, le législateur souhaite également prévenir les activités de corruption par le renforcement de l'honnêteté et de l'intégrité du fonctionnaire. Ce dernier ne doit pas, par appât du gain, retarder l'exécution de ses fonctions.

Ces dispositions sont applicables aux seuls fonctionnaires. Selon l'article 1§2 de la loi, les fonctionnaires font partie de la catégorie des personnes dépositaires de l'autorité publique. Sont néanmoins exclus de ce dispositif, les militaires et les dirigeants d'entreprises publiques. Ces interdictions ne concernent pas non plus les agents temporaires ou les personnes privées qui reçoivent par délégation une mission d'intérêt général. La prévention des conflits d'intérêts concerne donc une catégorie de personnes relativement limitée.

En outre, les interdictions ne couvrent pas la « prise de participation » dans une entreprise. Seul est interdit le fait de « créer ou diriger » une entreprise privée. Le droit vietnamien n'incrimine donc pas la prise illégale d'intérêt personnel. Ce terme est bien utilisé dans l'article 37 de la loi mais il s'entend du fait, pour le fonctionnaire, de recevoir un profit illégal en violation d'une règle de déontologie²¹¹⁴. Le terme désigne donc directement le profit en droit vietnamien quand il fait référence, en droit français, une simple prise de participation sans recherche d'avantage. Par exemple, l'avantage perçu par le fonctionnaire vietnamien en vertu d'un pacte corrupteur est une prise illégale d'intérêt personnel. En outre, la notion de « prise illégale d'intérêt personnel » désigne une infraction pénale en droit français, ce qui n'est pas le cas du droit vietnamien.

773. Les anciens fonctionnaires ont l'interdiction « d'exercer des activités commerciales dans les mêmes domaine » où ils avaient « l'autorité publique ». L'article 37§2 de la loi précise que la durée de cette interdiction est déterminée par le gouvernement.

Cette interdiction contient une limite *rationae personae* supplémentaire par rapport à la précédente. Seuls les fonctionnaires a qui avait été « confiée l'autorité publique » sont concernés. Il semble donc que les anciens agents devaient détenir un certain pouvoir de décision effectif. Pour autant, il n'est pas possible de déterminer précisément l'étendue de cette limitation.

Il est fait interdiction à ces anciens fonctionnaires « d'exercer des activités commerciales ». L'interdiction est ici plus large que la précédente puisque l'exercice d'activités commerciales peut se faire au-delà de la seule création ou direction d'entreprise privée. Le législateur a visiblement souhaité prévenir les situations de « pantouflage » et les interdire. Cette interdiction est cependant limitée dans le temps et dans le domaine. Il est précisé, à ce titre, que seul le domaine où l'ancien agent exerçait son autorité est concerné. En outre, l'interdiction n'est pas définitive mais la durée n'est pas précisée dans l'article. Une fois de plus, le « pantouflage » ne représente pas une infraction pénale en droit vietnamien mais uniquement une interdiction « déontologique ».

774. Les « chefs et sous chefs » des administrations sont soumis à un grand nombre d'interdictions distinctes de celles précédemment énumérées. Premièrement, les chefs et sous chefs « ainsi que leurs époux » ont l'interdiction de prendre quelconque participation

²¹¹³ *Ibid.*, art. 2§4: « L'expression "tracasseries" s'entend des difficultés qu'une personne dépositaire de l'autorité publique peut créer en accomplissant une mission ou en exerçant sa fonction publique ».

²¹¹⁴ Ainsi, la loi vietnamienne contre la corruption définit l'intérêt personnel illégal comme suit : « L'expression « intérêts personnels illégaux » s'entend de tout intérêt matériel ou immatériel que la personne dépositaire de l'autorité public peut obtenir en exerçant un acte de corruption » ; *in Ibid.*, art. 2§5.

financière dans les entreprises placées sous leur autorité²¹¹⁵. Deuxièmement, ils ne doivent pas nommer certains membres de leur famille à des postes limitativement énumérés par la loi²¹¹⁶. Les membres de la famille, quant à eux, ont interdiction de conclure des contrats ou d'effectuer des opérations au nom et pour le compte de l'organisme de l'agent²¹¹⁷. Il leur est également interdit d'exercer des activités commerciales dans les domaines placés sous l'autorité de leur proche²¹¹⁸. Les gérants ou dirigeants d'entreprise ont, de surcroît, l'interdiction de conclure des contrats avec les entreprises appartenant aux membres de leur famille restreinte²¹¹⁹. Le membre de la famille restreinte dudit dirigeant, lui-même gérant ou dirigeant d'une entreprise publique, n'a pas le droit, non plus, de répondre à un appel d'offre lancé par la première entreprise publique²¹²⁰.

775. La prévention des conflits d'intérêts est donc accrue au regard des « décideurs » dotés d'un pouvoir de décision effectif. Il ne s'agit pas seulement de prévenir la poursuite d'un intérêt personnel lucratif mais également d'empêcher la poursuite de quelque intérêt familial. Le législateur a semblé vouloir prévenir toutes les situations dans lesquelles le décideur se retrouve confronté à des intérêts divergents. Néanmoins cette position semble discutable. D'une part, la loi réserve la majeure partie de son dispositif préventif aux seuls décideurs. Les fonctionnaires sont soumis à des interdictions beaucoup plus légères. D'autre part, la loi vietnamienne ne donne aucune définition générale de la notion de conflits d'intérêts. Le législateur ne fait même pas référence au terme. Le fait de procéder par une liste exhaustive d'interdictions ne permet donc pas de prévenir tous les conflits d'intérêts. Comme soulevé, cette notion est en réalité très large et regroupe toutes les situations dans lesquelles un agent public peut être tenté de poursuivre un intérêt autre que l'intérêt général. En outre les interdictions de « collusion » familiale ne concernent que la famille proche. Elles ne touchent donc pas les autres membres du « clan familial »²¹²¹. Rappelons que la notion de « famille » est une notion très large au Vietnam comparativement à d'autres pays comme la France.

La définition élaborée par l'OCDE²¹²² pourrait donc s'avérer utile au législateur vietnamien qui, en s'en inspirant, pourrait prévenir plus efficacement les situations de conflits d'intérêts sur le territoire. En outre, cela permettrait d'intégrer les notions de conflit réel, potentiel ou apparent totalement absentes du dispositif actuel.

776. L'article 42 de la loi contre la corruption prévoit également la « possibilité », pour les organismes publics, d'appliquer un régime de mandat à certaines fonctions publiques. Ces dispositions concernent plus particulièrement les fonctions de gestion et d'exécution du

²¹¹⁵ *Ibid.*, art. 37§2 : « Les chef et sous-chefs de l'administration publique ainsi que leur époux ne peuvent pas apporter les capitaux aux entreprises exerçant l'activité dans le domaine placé sous leur autorité. ».

²¹¹⁶ *Ibid.*, art. 37§3, les fonctions concernées sont les fonctions de : chef du service du personnel, chef du bureau comptable, caissier et chef d'entrepôt

²¹¹⁷ *Ibid.*, art. 37§3 *in fine*.

²¹¹⁸ *Ibid.*, art. 37§4.

²¹¹⁹ *Ibid.*, art. 37§5 al. 1 : « Tout fonctionnaire étant membre du Conseil d'administration, directeur général, directeur général adjoint, directeur, directeur adjoint, chef comptable et autre gérant d'une entreprise publique ne peut pas conclure un contrat avec l'entreprise de son époux, de ses parents, de ses enfants ou de ses frères ou sœurs ».

²¹²⁰ *Ibid.*, art. 37§5 al. 2 : « Toute entreprise appartenant à l'époux, aux parents, aux enfants et aux frères ou sœurs du fonctionnaire qui est nommé dirigeant ou gérant d'une entreprise publique ne peut pas participer aux appels d'offres de cette dernière ».

²¹²¹ En effet par le biais de cette liste, le Vietnam ne semble pas intégrer les familles recomposées, ou encore, les enfants d'un premier mariage d'un conjoint. La loi détient, ici, une vision très traditionnelle de la famille. Par ailleurs, ce que l'on appelle « famille » au Vietnam est en réalité beaucoup plus large que la conception française de ce terme. En effet, toutes les personnes vivant dans un même domicile sont considérées comme membre de la même famille et sont inscrits sur le livret de famille. Or, traditionnellement, beaucoup de personnes vivent dans la demeure familiale : les grands parents, les oncles, les tantes, les neveux et nièces mais également les épouses des enfants et leurs enfants.

²¹²² OCDE, « Recommandation du Conseil sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public », *op. cit.*, 10, p.4 et « OCDE Guidelines for managing conflict of interest in the public service », Septembre 2005, *op. cit.*, p. 2 : « Un conflit d'intérêts implique un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités ».

budget des organismes. Il ne s'agit que d'une simple possibilité. Au contraire des dispositions de l'article 25 de la loi française du 13 juillet 1983, le législateur ne formule aucune obligation à cet égard. L'utilisation du terme même de « mandat » est d'ailleurs surprenante puisque la prise de fonctions se fait essentiellement par nomination et non à la suite d'une élection. En outre, la notion de « régime de mandat » reste ambiguë. Elle ne permet pas de déterminer s'il s'agit d'une limitation en termes de cumul ou dans le nombre de mandats successifs.

777. Enfin, la loi contre la corruption prévoit des dispositions relatives à la limitation des cadeaux faits aux fonctionnaires. En ce sens, l'article 40 de la loi porte interdiction à tout agent public d'accepter « *de l'argent, bien ou tout autre intérêt personnel d'un organisme ou particulier qui est en rapport avec ses fonctions publiques ou qui est placé sous son autorité* »²¹²³. A première vue le droit vietnamien, à l'image du système des Nations Unies²¹²⁴, met en place une interdiction absolue de réception de cadeau à l'égard des agents publics. La pratique démontre pourtant le contraire.

778. L'article 40 prévoit lui-même des dérogations à l'interdiction générale. Le législateur précise à ce titre que d'autres lois ou règlements peuvent déroger à ces dispositions. En outre, cette interdiction, même si elle avait été absolue, est inapplicable en pratique. Comme évoqué, la culture des cadeaux est très ancrée au Vietnam, notamment à l'occasion de la fête du Têt. En cette période, particulièrement, toute personne se doit d'offrir un cadeau à son entourage professionnel et personnel. Cela implique, pour celui qui le reçoit, l'obligation morale de l'accepter. Un refus peut d'ailleurs être vécu comme insultant. Or, bien que la plupart des cadeaux du Têt puissent être classés dans la catégorie des cadeaux « *d'usage* »²¹²⁵, certains peuvent toutefois représenter un montant conséquent impliquant nécessairement une remise en cause de la neutralité de l'agent bénéficiaire. Pour que l'article 40 puisse un jour devenir véritablement effectif, l'éducation des agents publics s'impose afin de les inciter à « désacraliser » les cadeaux du Têt et être en mesure de les refuser lorsque ces derniers sont de trop grande valeur.

Au Vietnam, plus que la prévention des conflits d'intérêts, la limitation des cadeaux est fondamentale à la lutte contre la corruption. La banalisation des présents mène à des effets pervers. Elle conduit à une forme de « corruption inconsciente » dans laquelle ni les administrés ni les agents publics n'ont plus conscience qu'ils réalisent des pratiques corruptrices²¹²⁶. Telle banalisation conduit dès lors à ce que les citoyens ne soient plus choqués par de telles pratiques et ne les dénoncent pas.

779. Les dispositions légales visant à prévenir les activités de corruption ne suffisent pas. Le droit vietnamien doit prévoir des sanctions à leur violation. Mais, une fois de plus, les sanctions sont peu rigoureuses, difficilement compréhensibles et peu de place est laissée à la sanction pénale.

²¹²³ Loi, n°55/2005/QH11 « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 40, offre et réception des cadeaux par le fonctionnaire : « 1. Il est interdit à tout organisme public d'utiliser les ressources publiques ou le patrimoine de l'État pour donner en cadeau sauf le cas où la loi en dispose autrement. 2. Le fonctionnaire ne peut accepter de l'argent, du bien ou tout autre intérêt matériel d'un organisme ou particulier qui est en rapport avec ses fonctions publiques ou qui est placé sous son autorité. 3. Toute offre ou réception de cadeaux en vue d'un acte de corruption ou de prise illégale d'intérêts personnels est interdite. 4. Le Gouvernement règlemente l'offre et la réception des cadeaux ainsi que le retournement à l'État des cadeaux acceptés par le fonctionnaire. ».

²¹²⁴ Cf. CISC, « Normes de conduites requises des fonctionnaires internationaux », *op. cit.*, et Nations Unies, « Code international de conduite des agents de la fonction publique », *op. cit.*

²¹²⁵ Cadeaux de faible importance qui ne posent aucun problème du point de vue de la déontologie car le montant ne permet pas de compromettre l'intégrité du fonctionnaire.

²¹²⁶ F. Colin, « L'encadrement par le droit de la fonction publique des cadeaux faits aux agents », *op. cit.*, p. 354 : « Par essence, si le cadeau est banalisé, voire systématisé, cela signifie que le système en lui-même est corrompu (il n'y a pas de petite corruption, il y a corruption ou non) ».

2. Les sanctions de la violation des dispositions légales

780. La violation des interdictions prévues par la loi de 2005 doit, en toute logique, être susceptible de sanction. Mais une question se pose quant à la nature de ces sanctions et leur applicabilité.

781. Premièrement, une interrogation subsiste quant à savoir si les manquements aux obligations légales sont directement sanctionnables ou si elles doivent être préalablement intégrées dans un code de conduite pour ce faire. La rédaction des articles 41 et 42²¹²⁷ de la loi contre la corruption conduit à émettre un doute. En outre l'article 68 du même texte, relatif aux personnes sanctionnables, ne fait pas directement référence aux agents publics ayant violé les interdictions susmentionnées. Son paragraphe 3 précise seulement qu'est susceptible de sanction « toute personne [qui] a commis d'autres infractions prévues par la présente loi et les législations afférentes »²¹²⁸. Malgré ce manque d'imprécision, ces dispositions devraient toutefois s'appliquer aux agents ayant violé les interdictions prévues par la loi. Il s'agit, en effet, d'un « régime déontologique » *a minima* applicable en dehors de l'adoption de quelconque code de conduite. Le manquement à ces règles expose donc logiquement l'agent à des sanctions. Cela paraît d'autant plus probable que l'obligation de dénonciation prévue à l'article 38 de la loi²¹²⁹ est directement sanctionnée par l'article 39 en cas de manquement.

Deuxièmement, des interrogations subsistent quant à la nature des sanctions prévues par la loi. Elles semblent pouvoir être soit disciplinaires, soit pénales.

782. Les sanctions disciplinaires prévues par la loi contre la corruption sont très proches de celles appliquées en matière de marchés publics en vertu de l'application de l'article 75 de la loi sur les marchés publics de 2005²¹³⁰. Au regard des dispositions de la loi et de certains décrets d'application, notamment le décret 107/2006/ND-CP²¹³¹ et le décret 35/2005/ND-CP²¹³², les sanctions disciplinaires sont principalement au nombre de trois : avertissement, amende ou démission forcée. Des sanctions plus sévères sont prévues pour le « chef de l'organisme public » qui, informé d'une activité de corruption dans son unité, n'en alerte pas les autorités compétentes²¹³³.

783. Pour ce qui est des sanctions pénales, la loi contre la corruption renvoie aux infractions prévues par le code pénal de 1999. Ce dernier ne contient aucune infraction incriminant directement la violation des obligations déontologiques, notamment les situations de conflits d'intérêts. Mais trois infractions retiennent néanmoins notre attention.

²¹²⁷ Articles donnant compétence à certaines institutions d'élaborer des codes de conduites à l'égard des fonctionnaires relevant de leurs domaines.

²¹²⁸ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 68, personnes faisant l'objet d'une sanction disciplinaire ou pénale : « 1. L'auteur d'un acte de corruption prévu à l'article 3 de la présente Loi. 2. Toute personne qui est au courant d'un acte de corruption n'en informe pas l'autorité compétente. 3. Le dépositaire des informations relatives à la corruption ne donne pas la suite à ces informations. 4. Toute personne exerce ou menace d'exercer les représailles ou avoir la vengeance contre le dénonciateur ou contre la personne ayant communiqué à l'autorité compétente des informations relatives à la corruption. 5. Les chefs des organismes publics où sont décelés les actes de corruption. 6. Toute personne a commis d'autres infractions prévues par la présente Loi et les législations afférentes. ».

²¹²⁹ *Ibid.*, art. 38, obligations d'informer des indices de corruption et de les traiter : « 1. Lorsqu'un fonctionnaire a décelé des indices de corruption dans son organisme, il est tenu de les renseigner au chef de l'organisme; s'il est fondé que ledit chef est intéressé, les indices de corruption doivent être communiqués au chef de l'organisme hiérarchiquement supérieur. ».

²¹³⁰ Voir *supra* n°698 et s.

²¹³¹ Decree, n°107/2006/ND-CP, « Decree defining responsibilities of heads of agencies, organizations and units for corruption occurring in their agencies, organizations or units », *Hanoi*, 22 septembre 2006.

²¹³² Decree, n°35/2005/ND-CP, « Decree on disciplining of cadres and civil servants », *Hanoi*, 17 mars 2005.

²¹³³ Vietnam law and legal forum, « Heads of corrupt units face disciplinary action », *Vietnam and law and legal forum*, legal updates, octobre 2007, p. 33.

784. L'article 285 du code pénal sanctionne le « *manquement aux obligations professionnelles causant de graves conséquences* »²¹³⁴. Cette infraction sanctionne le fait, pour toute personne, par manquement à ses obligations, de ne pas exécuter ou d'exécuter de manière imparfaite sa mission de service public en causant de « graves conséquences ». Ces dispositions semblent permettre de sanctionner les agents publics qui, par violation des dispositions de l'article 37 de la loi contre la corruption, accompliraient de manière imparfaite leur mission. Cette infraction semble couvrir également les situations dans lesquelles l'agent cause des « tracasseries » administratives. Les peines prévues par l'article 285 du code pénal couvrent un éventail assez large allant de la rééducation sans détention jusqu'à douze ans d'emprisonnement. En outre, l'auteur peut être démis de ses fonctions et être frappé d'une interdiction d'exercice d'une autre profession. Pour autant, les termes de l'article ne sont pas suffisamment clairs pour être certain d'une telle affirmation. Le législateur ne précise pas, d'une part, ce qu'il entend par « manquement aux obligations ». Il ne précise pas, d'autre part, ce qu'il entend par « causant de graves conséquences ». Une fois de plus, l'article conditionne la consommation de l'infraction à cette notion particulièrement vague ne permettant pas d'en déterminer précisément les circonstances.

785. Les articles 286 et 287 du code pénal sanctionnent les infractions de communication d'un secret professionnel. La communication peut être intentionnelle (article 286)²¹³⁵ ou non intentionnelle (article 287)²¹³⁶. Ces dispositions semblent être applicables en cas de violation de l'article 37§1 c) de la loi contre la corruption relatif à l'interdiction de divulgation des informations relevant du secret professionnel. Comme spécifié, le manquement peut être involontaire. L'article 287 du code pénal sanctionne, en effet, la « *divulgation involontaire de secrets professionnels* » ou la perte de documents administratifs concernant des informations secrètes.

786. Il ne fait donc nul doute que le législateur vietnamien a entendu sanctionner la violation des règles déontologiques légales prévues dans la loi contre la corruption de 2005. Pour ce faire, la loi et ses décrets prévoient un régime de sanctions disciplinaires conséquent. Des sanctions peuvent être prises à tous les niveaux hiérarchiques des organismes publics²¹³⁷. En outre, quelques infractions du code pénal de 1999 s'avèrent applicables en matière déontologique en cas de manquement trop grave pour lequel une sanction disciplinaire serait jugée insuffisante. Pour autant, le droit pénal souffre encore de certaines lacunes. Les manquements relatifs aux situations de conflits d'intérêts ou de cumul des « mandats » ne sont toujours pas protégés pénalement par la création d'infractions spécifiques.

²¹³⁴ C. Pén. Vn, art. 285, manquement aux obligations professionnelles causant de graves conséquences : « 1. Le fait, pour toute personne dépositaire de l'autorité publique, par manquement à ses obligations professionnelles, de ne pas exécuter ou d'exécuter de manière imparfaite la mission publique qui lui avait été confiée, causant de graves conséquences, est puni d'une rééducation sans détention jusqu'à trois ans, ou d'un emprisonnement de six mois à cinq ans, à condition que ce fait n'entre pas dans le cadre des articles 144, 235 et 301 du présent code. 2. Ce fait est puni de trois à douze ans d'emprisonnement lorsqu'il a causé des conséquences très graves ou extrêmement graves. 3. L'auteur de l'infraction peut en outre, être interdit d'exercice d'une fonction publique, d'une activité professionnelle ou d'un travail déterminés pendant une durée de un à cinq ans ».

²¹³⁵ C. Pén. Vn, art. 286, divulgation volontaire de secrets professionnels ; appropriation, trafic ou destruction de documents relatifs aux secrets professionnels : « 1. La divulgation volontaire de secrets professionnels, l'appropriation, le trafic ou la destruction de documents relatifs aux secrets professionnels sont punis d'une rééducation sans détention jusqu'à trois ans, ou de trois mois à trois ans d'emprisonnement, à condition que ce fait n'entre pas dans le cadre des articles 80 et 263 du présent code. 2. Ce fait est puni de deux à sept ans d'emprisonnement lorsqu'il a causé de graves conséquences. 3. L'auteur de l'infraction peut en outre, être interdit d'exercice d'une fonction publique, d'une activité professionnelle ou d'un travail déterminés pendant une durée de un à cinq ans. ».

²¹³⁶ C. Pén. Vn, art. 287, divulgation involontaire de secrets professionnels ; fait de perdre des documents relatifs aux secrets professionnels « 1. La divulgation involontaire de secrets professionnels ou le fait de perdre des documents relatifs aux secrets professionnels, causant des conséquences graves, très graves ou extrêmement graves, sont punis d'un avertissement, d'une rééducation sans détention jusqu'à deux ans, ou d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, à condition que ces faits n'entrent pas dans le cadre de l'article 264 du présent code. 2. L'auteur de l'infraction peut en outre, être interdit d'exercice d'une fonction publique, d'une activité professionnelle ou d'un travail déterminés pendant une durée de un à cinq ans. ».

²¹³⁷ Les décrets, n°107/2006/ND-CP et n°35/2005/ND-CP (*op. cit.*) détaillent précisément les procédures et autorités compétentes pour prendre les sanctions disciplinaires en fonction du niveau hiérarchique de l'agent public et de la sanction applicable aux faits qu'il a commis.

787. Mais, s'il est important de relever cette « lacune » du droit pénal, il est tout aussi important de la nuancer. Le problème majeur du Vietnam à l'heure actuelle en matière de prévention des pratiques de corruption, tient au taux de rémunération des agents publics. Il est internationalement reconnu que le niveau de rémunération des fonctionnaires sur un territoire donné influe massivement sur le niveau de corruption passive observé dans le pays²¹³⁸. La rémunération d'un agent public doit remplir deux objectifs. Le premier est qu'elle doit être proportionnelle au degré d'obligations et de responsabilités qui est demandé à l'agent en contrepartie de sa rémunération. Le deuxième, et le plus important, est qu'elle permette aux agents d'avoir un niveau de vie satisfaisant de sorte à les attirer mais, surtout, à les fidéliser²¹³⁹. La réunion de ces deux objectifs est donc considérée comme la « condition préalable » au respect de l'intégrité et des règles de conduite des agents publics. En d'autres termes, il s'agit de la condition préalable à toute prévention de la corruption dans le secteur public. De ce fait, l'augmentation du niveau de rémunération des agents publics sur un territoire peut être considérée comme une mesure préventive des pratiques corruptrices. Cet aspect n'est d'ailleurs pas ignoré au niveau régional puisqu'un certain nombre d'Etats de l'Asie du Sud Est ont pris le parti de réviser annuellement les salaires des agents publics en tenant compte de l'évolution du niveau de vie des Etats afin de lutter plus efficacement contre la corruption²¹⁴⁰. Or le taux de rémunération des agents vietnamien est loin d'être satisfaisant. Au regard de la croissance très rapide du pays et de l'inflation avoisinant les 20% annuel²¹⁴¹, les salaires de la fonction publique vietnamienne sont de moins en moins attractifs²¹⁴². Pire encore, ils sont aujourd'hui parfaitement inadaptés au niveau de vie moyen dans le pays et ne suffisent plus pour permettre à l'agent de vivre décemment²¹⁴³. Malheureusement, le Vietnam ne fait pas partie des pays s'étant engagés à réviser annuellement le taux de rémunération de leurs agents²¹⁴⁴. Face à ces constatations, l'intégrité du secteur public vietnamien est intrinsèquement remise en cause, et cela ne saurait être véritablement critiquable. La corruption, pour la majeure partie des fonctionnaires, représentent un « complément de salaire » indispensable à leur survie.

788. Le gouvernement n'ignore pourtant pas qu'une prévention efficace des pratiques de corruption implique nécessairement une hausse des salaires. A titre d'exemple, il a mis en place un système de rémunération différent et plus élevé pour les fonctionnaires travaillant dans les entités de lutte contre la corruption, telles que le CLC²¹⁴⁵. Dès lors il nous est possible de pousser la réflexion sur les raisons à l'origine du refus d'augmentation du taux de rémunération des autres membres de la fonction publique. Une hausse généralisée engendrée

²¹³⁸ Les dispositions de convention de Mérida relatives aux mesures préventives contre la corruption applicables aux agents publics, prévoient que les Etats doivent s'efforcer de : « Favorise(r) une rémunération adéquate et des barèmes de traitement équitables, compte tenu du niveau de développement économique de l'Etat Partie » ; in Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 7§1 c).

²¹³⁹ Cf. ONUDC, Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, p.15-16.

²¹⁴⁰ Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, « The Legal and Institutional Framework for Fighting Corruption in Twenty-one Asian and Pacific Countries », *Anti-corruption policies in Asia and the Pacific, ADB/OECD*, §25, p. 9. Document disponible en ligne sur <http://www.oecd.org/dataoecd/37/29/35022355.pdf>.

²¹⁴¹ Chambre de commerce et de l'industrie française du Vietnam (CCIFV), « Actualité économique au Vietnam », *Flash info, CCIFV*, juillet-août 2011, p. 8 : Le taux d'inflation pour 2011 a atteint le taux de 23%. Il s'agit de l'un des taux d'inflation les plus élevés du monde à cette date. Article disponible en ligne sur <http://www.ccifv.org/fileadmin/template/vietnam/documents/FI/flashinfoJuilletAout2011.pdf>.

²¹⁴² A l'heure actuelle, pour un vietnamien vivant dans une ville comme Hanoi, un minimum de 500 usd par mois est nécessaire pour permettre une vie normale et faire vivre une famille. Il est possible de descendre jusqu'à 300 usd en vivant dans des conditions précaires mais, en dessous de ce montant, il devient très difficile de vivre à Hanoi même à des conditions très précaires.

²¹⁴³ Le salaire d'un fonctionnaire vietnamien moyen est de 1.000.000 VND (soit environ 45 euros par mois). Un chirurgien, dans un hôpital public (considéré au Vietnam comme fonctionnaire de haut niveau) est payé en moyenne 3.000.000 VND (soit environ 150 euros par mois).

²¹⁴⁴ *Ibid.*, §7, p. 6 : Le Vietnam n'est pas inscrit dans la liste des pays faisant une telle révision annuelle.

²¹⁴⁵ Vietnam Law and legal forum, « Anti-temptation bonus for corruption fighters », *Vietnam Law and legal forum*, rub. Legal Updates, mars 2008, p. 32 : il est ainsi prévu que les fonctionnaires membres du CLC verront leur salaire rehaussé de 20% pour les fonctionnaires des entités provinciales et de 25% pour les cadres du Comité central et ce, afin d'assurer l'intégrité des agents et de permettre une lutte plus efficace contre les activités de corruption (la hausse des salaires empêchera qu'ils soient « tentés » par certaines propositions).

depuis 2005. De ce fait, certaines lacunes persistent, notamment au regard du faible taux de rémunération des fonctionnaires et du manque de définition de la notion de conflits d'intérêts.

Si la prévention des pratiques corruptrices dans le secteur public est fondamentale, elle n'est pas pour autant suffisante à une prévention efficace de toutes les activités de corruption. Comme soulevé, la corruption se développe aussi au sein du secteur privé. Cette « forme » a d'ailleurs fait l'objet d'une incrimination en droit français par la loi du 4 juillet 2005. En conséquence, des mesures doivent également être adoptées afin de prévenir la survenance de telles pratiques dans le secteur privé.

CHAPITRE 2 : LA PREVENTION DES PRATIQUES CORRUPTICES DANS LE SECTEUR PRIVE

790. Le secteur privé est indubitablement un secteur à risque en matière de corruption. Comme le souligne Monsieur Jomo Kwanme Sundaram, « *le niveau de corruption dans le secteur privé reste alarmant. Il n'est pas rare que les entreprises nationales et multinationales versent des pots-de-vin pour obtenir des contrats de marchés publics, ni que de puissantes entreprises exercent une pression abusive auprès des institutions pour influencer les réglementations en vue d'obtenir des conditions d'investissement favorables* »²¹⁴⁸. Loin d'être marginale, la corruption est un problème central pour les entreprises. Cela est vrai tant dans les pays émergents comme le Vietnam que dans les pays industrialisés, comme la France, ou en développement²¹⁴⁹.

791. La nécessité d'incriminer la corruption dans le secteur privé ne fait plus aucun doute. Mais, comme pour le secteur public, la répression ne suffit pas à elle seule pour dissuader les auteurs et empêcher la survenance de conséquences parfois très dommageables. Il est donc nécessaire de prévenir efficacement la corruption tant publique que privée.

792. Cette nécessité revêt, en outre, un aspect supplémentaire dans le secteur privé. La multiplication des textes à portée extra-territoriale, comme la loi « *Sarbanes-Oxley* » ou le « *UK Bribery Act* », multiplie le risque de sanctions à l'égard des entreprises. Ces textes contiennent des dispositions très contraignantes relatives à l'obligation, pour toutes les entreprises voulant exister sur le territoire des Etats concernés, de mettre en place des programmes de conformité. Ces obligations sont assorties de sanctions qui augmentent le risque pénal de l'entreprise. Adopter un régime préventif efficace en matière de corruption poursuit donc un double objectif : réduire le risque de corruption pour l'entreprise concernée et la mettre en « conformité » avec ces nouvelles exigences extraterritoriales.

793. En d'autres termes, l'adoption de mesures préventives en matière de corruption réduit le risque de condamnation du secteur privé, en particulier des entreprises. Elles ont également été mises en place afin de permettre aux entreprises, de « contrer » les pressions exercées sur elles à l'international concernant le versement de commissions pour l'obtention ou la conservation de marchés. En ce sens, la prévention des pratiques de corruption dans le secteur privé peut également être perçue comme une mesure protectrice de l'entreprise.

Dans les systèmes nationaux, la création de mesures préventives dans le secteur privé s'est opérée de deux manières.

D'abord, les Etats se sont tournés vers les personnes physiques travaillant au sein des entités économiques et les citoyens en général, plus communément désignés sous le terme de « société civile ». En d'autres termes, les Etats ont voulu en priorité responsabiliser les acteurs privés (section 1).

²¹⁴⁸ J. Kwame Sundaram, sous-secrétaire général chargé du développement économique au sein du département des Affaires économiques et sociales de l'ONU ; in Transparency International, *Rapport mondial sur la corruption 2009, la corruption et le secteur privé*, *Nouveau monde*, 2009, p. XVIII.

²¹⁴⁹ Transparency International, *ibid*, p. 4.

Ensuite, les législateurs se sont tournés vers l'entité économique en tant que telle. Ils ont œuvré afin que les entreprises adoptent une démarche transparente et éthique. Par conséquent, les entreprises sont désormais tenues d'appliquer une certaine déontologie (section 2).

SECTION 1 : LA RESPONSABILISATION DES ACTEURS PRIVES

794. La prévention des pratiques de corruption dans le secteur privé passe d'abord par une responsabilisation des acteurs privés. Le terme de responsabilisation ne s'entend pas uniquement de la création de nouvelles obligations à leur égard. Il s'agit surtout de faire participer ces acteurs au mouvement de lutte contre la corruption. L'objectif est qu'ils se sentent concernés, encadrés et protégés afin de garantir leur intégrité.

795. Par acteurs privés on entend, prioritairement, toutes les personnes physiques qui oeuvrent au cœur des entreprises. Leur rôle dans la prévention des pratiques de corruption est fondamental puisque les entreprises sont les principales entités privées exposées au risque de corruption. Il apparaît donc essentiel d'en responsabiliser les acteurs. Cela concerne majoritairement les salariés et dirigeants.

Par acteurs privés on entend, également, les personnes extérieures aux entreprises mais qui peuvent être témoins de pratiques corruptrices. Il s'agit ici de tous les citoyens d'un Etat donné que l'on désigne sous le terme de « société civile ». En responsabilisant la société civile, l'objectif est de lui conférer un pouvoir de contrôle sur les activités des élus, des agents publics ou des entités économiques. Ce pouvoir doit s'accompagner d'un droit à la parole et, notamment, au signalement des actes de corruption dont ils ont pu avoir connaissance.

796. Prévenir la corruption dans le secteur privé en responsabilisant ses « acteurs » consiste donc à conférer un rôle déterminant aux personnes physiques dans les entités économiques en particulier (§1) ainsi qu'à la société civile en général (§2).

§1 – LE ROLE DES PERSONNES PHYSIQUES AU SEIN DES ENTITES ECONOMIQUES

797. Les personnes physiques œuvrant au sein des entités économiques jouent un rôle essentiel dans la prévention contre les pratiques de corruption dans le secteur privé. Nous nous intéressons, ici, à deux catégories d'acteurs en particulier.

Les salariés, d'une part, se sont vu conférer un rôle déterminant depuis quelques années par le développement du système des alertes professionnelles. Ce système, originellement appelé « *whistleblowing* » a été initié par les Etats-Unis. Depuis, la notion d'alertes professionnelles s'est largement développée et devient une notion récurrente dans le domaine de la prévention des activités de corruption. Par ce système, les « salariés » des entreprises ont théoriquement la possibilité de dénoncer les actes de corruption dont ils ont connaissance dans le cadre de leur activité professionnelle en bénéficiant d'une protection contre d'éventuelles représailles. Aux Etats-Unis, le système est très élaboré par la possibilité de conserver un anonymat total et de recevoir une « récompense ».

Sont concernés, d'autre part, les dirigeants des entités économiques. Contrairement aux salariés, l'objectif n'est plus ici de les inciter à dénoncer des faits de corruption mais plutôt de les encourager à adopter une démarche transparente et éthique. En tant que représentants de

l'entreprise, on considère que les dirigeants doivent « montrer l'exemple » en matière d'éthique²¹⁵⁰. En d'autres termes, une entreprise transparente ayant adopté un programme de conformité se doit d'avoir à sa tête un dirigeant éthique et responsable. Les réputations des deux « personnes » sont d'ailleurs intimement liées. Nous pouvons citer, ici, l'exemple des laboratoires Servier dont la réputation a été fortement ternie après la découverte d'actes de corruption commis par Jacques Servier et son équipe dirigeante dans le cadre de l'affaire « *Médiator* ». Cela démontre à quel point il est important, dans le cadre d'une démarche préventive contre la corruption, que le dirigeant respecte une certaine éthique.

Il s'agira donc d'analyser le rôle des salariés dans le cadre des alertes professionnelles (A) pour ensuite nous tourner vers celui du dirigeant dans le respect d'une éthique d'entreprise (B).

A -Le rôle des salariés : les alertes professionnelles

798. L'alerte professionnelle peut se définir comme un ensemble de règles, mises en place à l'échelle nationale ou à celle d'une entreprise, organisant la possibilité pour les salariés ou toute autre personne exerçant une activité dans une entreprise, de signaler tout acte contraire à des dispositions législatives ou réglementaires, notamment en matière de corruption²¹⁵¹.

799. Ce système est d'origine étrangère puisqu'il a été mis en place, à l'origine, par les Etats-Unis dans le cadre de la loi « *Sarbanes-Oxley* » adoptée en 2002²¹⁵². Son nom d'origine est le « *whistleblowing* » qui a été traduit en droit français par le terme d'alertes professionnelles (1).

Mais si les salariés se voient investis d'un pouvoir de dénonciation, ce dernier reste inutile sans la mise en place d'un cadre de protection à leur égard. Le risque de représailles à l'encontre des lanceurs d'alerte est particulièrement élevé en matière de corruption. L'efficacité du système de « *whistleblowing* » dépend donc de la mise en place d'un système de protection des lanceurs d'alerte (2).

1. Le système du « *whistleblowing* »²¹⁵³

800. Le système du « *whistleblowing* », traduit en français par le terme « alertes professionnelles » représente la plus forte traduction juridique des principes éthiques de la bonne gouvernance d'entreprise²¹⁵⁴. C'est un système d'origine étrangère qui, lors de son adoption, a eu un impact direct sur les législations nationales²¹⁵⁵. Cette particularité explique en partie son incompréhension, du moins son appréhension en droit français.

²¹⁵⁰ S. Mercier, « L'éthique dans les entreprises », *Les fiches de lectures de la chaire DSO*, ed. Repères, 2004, Partie III. Fiche disponible en ligne sur

http://mip-ms.cnam.fr/servlet/com.univ.collaboratif.util.LectureFichiergw?ID_FICHIER=1295877018125_

²¹⁵¹ F. Barrière, « Le *whistleblowing* », *Revue des sociétés*, 2010, p. 484.

²¹⁵² C. Ayela et K. Bihannic, « Nouveau coup de sifflet contre le *whistleblowing* : quel avenir en France pour les alertes éthiques ? », *Lamy droit pénal des affaires*, 2011, n°65, n°6.

²¹⁵³ Peut se traduire littéralement comme « Coup de sifflet »

²¹⁵⁴ C. Ayela et K. Bihannic, « Nouveau coup de sifflet contre le *whistleblowing* : quel avenir en France pour les alertes éthiques ? », *op. cit.*, n°9.

²¹⁵⁵ P.-H. Conac, « L'influence de la loi Sarbanes-Oxley en France », *Revue des sociétés*, 2003, p. 835, n°28 ; cf également N. Rontchevsky, « L'onde de choc des scandales financiers américains atteint l'Europe : l'effet extraterritorial du Sarbanes-Oxley du 30 juillet 2002 », *RTD Com*, 2002, p. 700.

801. L'apparition du « *whistleblowing* » est due à l'adoption de la loi américaine « *Sarbanes-Oxley* » du 31 juillet 2002²¹⁵⁶. Cette loi fait suite à de nombreux scandales financiers, notamment l'affaire « *Enron* »²¹⁵⁷. Par cette loi, nous avons assisté à l'émergence de nouvelles obligations pour les entreprises américaines mais aussi pour l'ensemble des sociétés prétendant intervenir sur la place boursière américaine²¹⁵⁸. L'article 301(4) du texte prévoit l'obligation pour toutes les entreprises cotées à la bourse de New York ainsi que toutes leurs filiales implantées dans le monde entier, de prévoir un système de réception de toute plainte et dénonciation concernant des malversations financières. Ces mêmes organes doivent, en outre, donner la possibilité à leurs salariés de faire part de leurs doutes sur la régularité des opérations de leur entreprise en conservant l'anonymat²¹⁵⁹. La mise en place de telles mesures s'est effectuée assez rapidement. La plupart des entreprises américaines ont fait appel à des sociétés tierces pour la réception des « signalements » des salariés qui avaient la possibilité de conserver l'anonymat²¹⁶⁰. La raison d'une telle rapidité est due à la sanction applicable en cas de non-respect de cette obligation : l'interdiction d'accès à la bourse de New York ou, si l'entreprise l'était déjà, la radiation d'office de la cote²¹⁶¹.

802. Cette loi a donc eu un impact direct sur les législations étrangères puisque toutes les entreprises, quelle que soit leur nationalité, devaient s'y conformer pour prétendre agir sur la place boursière américaine. Il s'est dès lors ensuit l'apparition de lois nouvelles visant à valider ou encadrer la technique du « *whistleblowing* ». Le Japon, par exemple, a adopté le 15 février 2007, des normes « *Japanese SOX* » pour s'adapter à ces nouvelles obligations²¹⁶².

803. La promotion de la mise en place de systèmes facilitant le signalement des pratiques corruptrices a aussi été relayée par la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003. Dans son article 13 relatif à la participation de la société, la Convention prévoit que chaque Etat partie doit faire en sorte que les organes de prévention soient accessibles à tous les citoyens pour le signalement de pratiques de corruption y compris sous couvert d'anonymat²¹⁶³.

804. En France, contrairement à d'autres législations, les dispositifs de « *whistleblowing* » ont eu globalement mauvaise presse²¹⁶⁴. Elle a notamment été mal accueillie par la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL)²¹⁶⁵. Si la loi « *Sarbanes-Oxley* » a pour objectif essentiel d'améliorer la transparence financière et de renforcer le contrôle interne des

²¹⁵⁶ Sarbanes-Oxley Act, n°107-204, *Public law*, July 30, 2002, 107th Congress.

²¹⁵⁷ L'affaire dite « *Enron* » est l'un des plus gros scandales financiers de ces vingt dernières années. La faillite de ce groupe, le 2 décembre 2001, a mis en lumière un grand nombre de malversations, de falsifications de comptes, de dissimulation de fonds occultes dans des sociétés « *offshore* ». L'éclatement de ce scandale a, ainsi, révélé que les salariés étaient, pour la plupart, informés de ces malversations mais qu'ils n'osaient pas en informer les autorités par peur de licenciements ou autres « représailles ». La révélation de cette affaire a donc incité les Etats Unis à élaborer une loi incitant les salariés à dénoncer tout fait de corruption ou malversation dont ils ont connaissance ; Cf L. Flament et P. Thomas, « Le Whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique », *JCP S*, n° 17, 18 octobre 2005, p. 1278 ; P.-H. Antonmattéi et P. Vivien, « Chartes éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : Etats des lieux et perspectives », *Rapport au Ministre délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des jeunes, La Doc. Fr.*, coll. des rapports officiels, janvier 2007, p.28 et s.

²¹⁵⁸ C. Ayela et K. Bihannic, « Nouveau coup de sifflet contre le *whistleblowing* : quel avenir en France pour les alertes éthiques ? », *op. cit.*, n°9.

²¹⁵⁹ Sarbanes-Oxley Act, *op. cit.*, art. 301-4: « (4) Plaintes - Tout comité d'audit doit mettre en place des procédures relatives à : (A) la réception, la conservation et le traitement des plaintes reçues par l'émetteur en ce qui concerne les questions de comptabilité, de contrôles comptables internes ou d'audit ; (B) la transmission confidentielle et anonyme par les salariés de leurs préoccupations relatives à des problèmes de comptabilité ou d'audit douteux ».

²¹⁶⁰ L. Flament et P. Thomas, « Le Whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique », *op. cit.*, p. 1279.

²¹⁶¹ F. Barrière, « le *whistleblowing* », *Revue des sociétés*, 2010, p. 486, n°10.

²¹⁶² C. Ayela et K. Bihannic, « Nouveau coup de sifflet contre le *whistleblowing* : quel avenir en France pour les alertes éthiques ? », *op. cit.*, n°9.

²¹⁶³ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 13§2 ; Cf également SCPC, *Rapport 2011, La Doc. Fr.*, p. 171.

²¹⁶⁴ F. Barrière, « Le *whistleblowing* », *op. cit.*, n°4.

²¹⁶⁵ L. Flament et P. Thomas, « *Le Whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique* », *op. cit.*, p. 1280-1281 ; F. Barrière, *Ibid.*, n°5.

entreprises, elle est pourtant vécue en France comme une nouvelle forme de délation qui « *choque notre culture latine* »²¹⁶⁶. Loin d'être perçue comme une loi en faveur de l'intégrité, elle a été perçue en France comme une loi permettant « *l'espionnage par son voisin et la perte de limites* »²¹⁶⁷. De ce fait, le « *whistleblowing* » se situerait entre le harcèlement moral au travail, l'atteinte à la vie privée et l'émergence d'un risque psychosocial, contre lesquels l'employeur doit désormais veiller. L'anonymat en outre, aggraverait cet aspect en transformant la dénonciation en véritable délation voire en diffamation²¹⁶⁸. Selon cette vision, le « *whistleblowing* » ne saurait être perçu autrement que comme un « *outil redoutable de déstabilisation pour l'entreprise* »²¹⁶⁹.

Ces arguments n'emportent toutefois pas notre conviction. Comme le soulève très justement Monsieur François Barrière²¹⁷⁰ de telles positions sont critiquables à trois niveaux. Premièrement, des dispositifs avaient déjà été établis en France avant l'entrée en vigueur de cette loi afin de favoriser la dénonciation des infractions. Rappelons, ici, que toute personne ayant connaissance de la commission d'une infraction est obligée, en France, de le signaler aux autorités sous peine d'être poursuivie au titre de la complicité²¹⁷¹. Deuxièmement, même si l'anonymat n'est pas la meilleure solution puisqu'il est toujours plus sain de pouvoir identifier le lanceur d'alerte, il ne s'oppose pas pour autant à notre « *culture latine* ». L'envoi de lettres anonymes est monnaie courante dans le fonctionnement de nombreuses entreprises. Enfin, la pratique démontre que le « *climat social* » n'a pas été plus tendu dans les entreprises américaines après l'entrée en vigueur de la loi « *Sarbanes-Oxley* ».

Cet argument de tensions est d'ailleurs révélateur de la peur que suscite la dénonciation. Si le climat se tend dans une entreprise, c'est qu'il y a de grandes chances que ce soit dû à la peur que les malversations soient découvertes par ce biais. Cela tend donc plus à prouver l'efficacité du système que son effet pervers.

805. Malgré la méfiance avérée à l'encontre de ce système étranger, la France n'a pas échappé aux répercussions des obligations de la loi « *Sarbanes-Oxley* ». C'est la CNIL qui a eu à connaître de ces nouveaux dispositifs d'alertes car ils impliquent nécessairement la mise en œuvre d'un traitement automatisé de données personnelles²¹⁷². Saisie par deux sociétés françaises qui prévoient, en réponse aux exigences de la loi américaine, la mise en place d'alertes professionnelles avec anonymat, la CNIL a d'abord émis une « *réserve de principe* » le 26 mai 2005²¹⁷³. Les raisons d'une telle réserve tenaient au risque que ce système conduise à « *un système organisé de délation professionnelle* ». C'est donc, une fois de plus, l'anonymat et les dérives qu'il peut engendrer qui ont motivé la position initiale de la Commission. Par conséquent, elle s'est attachée à délimiter un cadre aux traitements résultant des alertes professionnelles par l'adoption d'une autorisation unique pour les traitements mis

²¹⁶⁶ M.-A. Dedieu et F. Saffroy, « Des mérites comparés de la délation et du silence (à propos des délibérations de la CNIL du 26 mai 2005 sur la mise en œuvre de la loi Sarbanes-Oxley », *JCP E*, 2005, 1856, n°27.

²¹⁶⁷ C. Ayela et K. Bihannic « Nouveau coup de sifflet contre le *whistleblowing* : quel avenir en France pour les alertes éthiques ? », *op. cit.*, n°16.

²¹⁶⁸ Parmi les premiers tribunaux saisis d'une telle question, le TGI de Libourne a ordonné le retrait de notes dites « *ethics hotline* » affichées dans une entreprise et fixant les conditions de mise en œuvre de l'alerte professionnelle ; TGI Libourne, 15 septembre 2005, *Revue de jurisprudence sociale*, 2005, n°4.

²¹⁶⁹ SCPC, *Rapport 2004, La Doc. Fr.*, p. 111.

²¹⁷⁰ F. Barrière, « Le *whistleblowing* », *op. cit.*, n°19-21.

²¹⁷¹ C. Pén., art. 434-1, obligation de dénonciation des crimes ; C. Com., art. L823-12 : les commissaires aux comptes ont l'obligation de dénoncer les faits délictueux dont ils ont connaissance sous peine d'être considérés comme complices ; CMF, art. L 561-15 portant obligation, pour de nombreuses personnes et organismes, d'établir une déclaration de soupçons en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ou le financement du terrorisme.

²¹⁷² L. Flament et P. Thomas, « Le *Whistleblowing* : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique », *op. cit.*, p. 1277 ; Cf Loi, n°78-17, « Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », 6 janvier 1978, *JORF*, 7 janvier 1978, p. 227, art. 25, I, 4°.

²¹⁷³ Délibérations CNIL, n°2005-110 et n°2005-111, 26 mai 2005.

en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (dite AU 004), le 8 décembre 2005²¹⁷⁴.

806. Par ce premier document, la CNIL a strictement délimité le cadre des alertes professionnelles.

Premièrement, il ne devait s'agir que d'un moyen optionnel mis à la disposition des salariés. Les alertes, au sens du texte, ne devaient pas se substituer aux autres modes de signalement, comme la voie hiérarchique, le recours aux représentants du personnel ou encore aux commissaires aux comptes²¹⁷⁵. L'article 1^{er} de l'AU004 précisait que le dispositif n'était mis en place que dans l'unique objectif de répondre soit aux obligations législatives ou réglementaires françaises soit aux exigences de la loi « *Sarbanes-Oxley* ».

Deuxièmement, en raison de son caractère subsidiaire, l'autorisation délimitait un domaine particulièrement restreint des alertes. Elles ne pouvaient être déclenchées que dans les domaines financiers, comptables, bancaires et de lutte contre la corruption. L'article 3 permettait cependant d'étendre le domaine des alertes aux faits qui ne se rapportaient pas à ces domaines « *lorsque l'intérêt vital de cet organisme ou l'intégrité physique ou morale de ses employés* » étaient en jeu. Ces dispositions ouvraient donc la possibilité de signaler, par le biais du système d'alerte, les faits d'une particulière gravité tels que le harcèlement sexuel ou moral, le délit d'initié, la discrimination ou encore le conflit d'intérêts²¹⁷⁶.

Enfin, la CNIL a refusé toute possibilité d'anonymat. L'article 2 de l'AU004 prévoyait expressément l'obligation, pour le lanceur d'alerte, de décliner son identité. En contrepartie, il était prévu dans ce même article que ces données devaient être traitées de manière confidentielle par l'organisme de réception et de traitement des alertes. La personne faisant l'objet de l'alerte devait en être informée et bénéficier d'un droit d'accès et de rectification.

807. Alors que la CNIL se voulait particulièrement stricte, le champ d'application matériel de son AU004 a pourtant été jugé encore trop extensif par la jurisprudence. Ce sont, justement, les dispositions « imprécises » de l'article 3 de l'autorisation qui ont été à l'origine de l'affaire « *Dassault* ». En l'espèce, la société Dassault avait mis en place un code d'alerte éthique lequel s'appliquait, à titre principal, aux matières visées dans l'article 1^{er} de l'AU004 mais aussi « *en cas de manquements graves aux principes décrits par le code lorsqu'il met en jeu l'intérêt vital du groupe DS ou l'intégrité physique ou morale d'une personne* ». Visant expressément l'article 3 de l'AU004, la Chambre Sociale de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 8 décembre 2009, a considéré que le dispositif d'alerte professionnelle faisant l'objet d'un engagement de conformité à l'autorisation unique, ne pouvait avoir d'autre utilité que celle définie à l'article 1^{er} que les dispositions de l'article 3 n'avaient pas pour objet de modifier²¹⁷⁷.

808. Etant donné cette position très sévère de la jurisprudence à l'égard du domaine de l'AU004, la CNIL a été amenée à la modifier. Par une nouvelle délibération du 14 octobre

²¹⁷⁴ Délibération, n°2005-305, « Délibération portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle », 8 décembre 2005, *JORF*, n° 3, 4 janvier 2006, n° 79.

²¹⁷⁵ F. Barrière, « Le whistleblowing », *op. cit.*, n°25.

²¹⁷⁶ O. Proust, « La CNIL modifie l'autorisation unique AU-004 applicable aux dispositifs d'alerte professionnelle », *Le Journal du Net*, 4 janvier 2011.

²¹⁷⁷ Cass. Soc., 8 décembre 2009, *Bull. Civ.*, V, 2009, n°27 ; *JCP S*, 2009, 1091, note P.-H. Antonmattei ; *JSL*, 2010, n° 269, 9, note M. Hautefort ; *Dalloz*, 2010, 548, note I. Desbarats ; *Dalloz*, 2010, 676, obs. O. Leclerc.

2010²¹⁷⁸, la commission est venue restreindre le champ d'application des alertes par la disparition de toute possibilité d'extension. A cette date, le dispositif français des alertes professionnelles était strictement limité aux matières financières, comptables, bancaires et de lutte contre la corruption conformément aux exigences minimales de l'article 301(4) de la loi « *Sarbanes-Oxley* ». La réticence des juridictions françaises envers le dispositif d'alertes professionnelles a donc été à l'origine du recul de la CNIL en la matière. Telle méfiance est regrettable au regard de la prévention et de la lutte contre la corruption.

809. Mais cette méfiance première semble avoir laissé place aujourd'hui à plus de souplesse. La CNIL semble avoir perçu que le mécanisme était une réalité sociale et qu'il ne servait en rien de lui définir un cadre trop restrictif. Par une nouvelle délibération du 30 janvier 2014²¹⁷⁹, la commission a encore modifié l'AU004 mais dans le sens de l'extension cette fois.

D'une part, la CNIL étend le domaine des alertes aux pratiques anticoncurrentielles, à la lutte contre la discrimination, le harcèlement au travail, en matière de santé, hygiène et sécurité au travail et à la protection de l'environnement. A ce titre, les alertes peuvent répondre soit à une obligation légale, soit à la protection d'un intérêt légitime. Le champ matériel est donc substantiellement élargi.

D'autre part, la CNIL admet de manière subsidiaire les alertes anonymes. L'article 2 de l'autorisation privilégie toujours les alertes de personnes identifiées. Toutefois, l'article précise désormais que les signalements anonymes pourront être recevables à deux conditions. Premièrement, la gravité des faits doit être établie et les éléments suffisamment détaillés. Deuxièmement, Le traitement de cette alerte doit s'entourer de précautions particulières, telles qu'un examen préalable, par son premier destinataire, de l'opportunité de sa diffusion dans le cadre du dispositif. Même encadré, l'ouverture à la possibilité de l'anonymat doit être accueilli notamment au regard des risques de représailles qui subsistent à l'encontre des lanceurs d'alerte.

810. En droit vietnamien, la responsabilisation du « travailleur » est limitée aux agents publics. L'article 5§3 b) de la loi contre la corruption de 2005 fait obligations aux « dépositaires de l'autorité publique » d'être exemplaires dans leurs fonctions et d'avoir le sens de l'intégrité. L'article 38§1 de cette même loi oblige l'agent à informer le chef de son unité ou la personne hiérarchiquement supérieure lorsqu'il a connaissance d'un fait de corruption dans le cadre de l'exercice de ses fonctions²¹⁸⁰. En cas de non-dénonciation, l'agent s'expose à des sanctions disciplinaires ou pénales au regard des dispositions de l'article 68 de la loi contre la corruption²¹⁸¹. Le législateur semble donc avoir souhaité mettre en place un dispositif d'alertes à l'égard des agents publics. Pour autant de nombreuses interrogations subsistent mettant en doute l'effectivité du système.

811. Certaines interrogations subsistent quant à la procédure d'alerte. L'article 65 de la loi contre la corruption prévoit une procédure de « dénonciation ». Aux termes de ces

²¹⁷⁸ Délibération CNIL, n°2010-369, « Délibération modifiant l'autorisation unique n° 2005-305 du 8 décembre 2005 n° AU-004 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle », 14 octobre 2010, *JORF*, n° 0284, 8 décembre 2010, n° 95.

²¹⁷⁹ Délibération CNIL, n° 2014-042, « Délibération modifiant l'autorisation unique n° 2005-305 du 8 décembre 2005 n° AU-004 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle », 30 janvier 2014, *JORF*, n°0035, 11 février 2014, n°74.

²¹⁸⁰ Loi, n° 55/2005/QH11, « loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 38§1 : « Lorsqu'un fonctionnaire a décelé des indices de corruption dans son organisme, il est tenu de les renseigner au chef de l'organisme; s'il est fondé que ledit chef est intéressé, les indices de corruption doivent être communiqués au chef de l'organisme hiérarchiquement supérieur.»

²¹⁸¹ *Ibid.*, art. 68§2, personnes faisant l'objet d'une sanction disciplinaire ou pénale : « Toute personne qui est au courant d'un acte de corruption n'en informe pas l'autorité compétente. ».

dispositions, la dénonciation doit se faire par tout moyen. Il appartient à l'organisme public, notamment à son « chef », de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les signalements puissent s'effectuer par « toutes voies ». Les dénonciations ne peuvent, en outre, être anonymes. L'alinéa 2 de l'article prévoit la mise en place d'un processus d'identification des « dénonciateurs ». Pour autant, il est fait obligation au « chef de l'organisme public » de respecter la confidentialité des données personnelles afin que l'alerte ne puisse donner lieu à des mesures de représailles. Enfin, l'article précise que c'est l'organisme public qui est chargé de recevoir et de traiter les dénonciations en collaboration, si besoin, de l'Inspectorat du Gouvernement. Si une infraction pénale de corruption est détectée à la suite de cette procédure, les dénonciations doivent alors être transférées à l'organisme d'enquête judiciaire ou au parquet populaire.

La procédure établie laisse planer des doutes quant à son applicabilité. Il semble que ce soit le « chef de l'organisme » qui soit directement en charge de la réception des alertes. Le législateur n'offre pas directement la possibilité de faire appel à une entreprise extérieure pour la réception et le traitement des alertes. En outre, l'anonymat n'est pas permis et des craintes subsistent quant à la réalité de la mesure de confidentialité.

812. Certaines interrogations subsistent quant aux « bénéficiaires » de la procédure d'alerte. L'article 65 semble à première vue réserver cette procédure aux citoyens et utilisateurs du service offert par l'organisme public. Ce sont donc les administrés, victimes d'un acte de corruption commis par un agent public, qui sont en priorité bénéficiaires de cette procédure. L'article ne précise pas si elle est également ouverte aux agents publics, bien qu'ils ne soient pas directement exclus du dispositif. Deux craintes émergent de ces dispositions. Si la procédure leur est ouverte, tout d'abord, comment ne pas craindre toute forme de représailles dans la mesure où la dénonciation ne peut se faire qu'en « interne » sans possibilité d'anonymat ? Si la procédure ne leur est pas ouverte²¹⁸², ensuite, quelle est la voie offerte aux agents publics pour la dénonciation de faits de corruption ? Les agents ont-ils, dans ce cas, la même « garantie » de confidentialité quant à leur identité ? Rien n'est malheureusement moins sûr.

813. L'intégration du système « *whistleblowing* » n'est donc pas aisée dans les deux systèmes nationaux étudiés. Les législateurs semblent être particulièrement méfiants au regard de l'anonymat perçu comme un risque « *de dérives du système en calomnies* »²¹⁸³. Mais un tel refus pose la question de la protection du lanceur d'alerte de bonne foi. Des risques de représailles existent à son égard. Il n'est pas à l'abri, en outre, d'être atteint dans sa vie personnelle par des plaintes pour dénonciation calomnieuse ou autres attaques en diffamation. Si beaucoup d'auteurs ont mal accueilli le système de « *whistleblowing* » lui-même par peur de ses dérives, notre inquiétude se tourne plutôt vers les dispositifs mis en place pour assurer la protection des lanceurs d'alertes.

2. La protection des lanceurs d'alertes

814. Les lanceurs d'alertes doivent pouvoir bénéficier du plus haut degré de protection afin qu'ils ne soient pas soumis à de fortes pressions ou des mesures de représailles qui pourraient

²¹⁸² Ce qui pourrait être considéré comme étant le cas au regard de l'article 41 du décret d'application de la loi contre la corruption, dit « décret 102 », qui ne vise que les citoyens dans le cadre de la procédure de dénonciation ; cf Decree, n° 120-2006/ND-CP, « Decree on Anti-Corruption Providing Detailed Provisions and Guidelines for Implementation of a Number of Articles of the Law on Anti-Corruption », Hanoi, 20 octobre 2006.

²¹⁸³ F. Barrière, « Le *whistleblowing* », *op. cit.*, n°28.

gravement les atteindre dans leur vie personnelle. En l'absence de protection, la peur des conséquences potentielles du signalement réduirait à néant l'effectivité du dispositif précédemment envisagé.

La nécessité de protéger les lanceurs d'alertes ne date pas de la loi « *Sarbanes-Oxley* ». La Convention Civile du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 prévoyait déjà la mise en place de mesures de protection à destination des employés qui, de bonne foi, ont dénoncé des faits de corruption²¹⁸⁴.

815. Ces dispositions se sont traduites, en droit français, par la création de l'article L1161-1 du code du travail²¹⁸⁵ intégré au titre VI intitulé « Corruption ». Cet article prévoit depuis lors qu'aucune personne « *ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.* ». Ces dispositions visent à annuler toute mesure de représailles professionnelles qui auraient été prise à l'encontre d'un salarié après qu'il ait, de bonne foi, signalé l'existence de pratiques corruptrices. Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit²¹⁸⁶. Cet article établit donc à l'égard des salariés un véritable régime de protection²¹⁸⁷.

816. Ces dispositions s'appliquent au plus grand nombre de salariés. Le législateur entend par ce terme, les travailleurs du secteur privé mais aussi les salariés des Etablissements Publics à caractère Industriel et Commercial (EPIC). En outre, pour assurer l'effectivité du régime de protection, le législateur opère un renversement de la charge de la preuve. Lorsqu'une mesure est prise à l'encontre d'un lanceur d'alerte, il appartient à l'employeur de justifier que la décision a été prise pour des raisons objectives et totalement étrangères aux déclarations de l'employé²¹⁸⁸. Cette justification peut être difficile à apporter quand, effectivement, le licenciement est dû au signalement du salarié. Enfin, l'article précise l'obligation de « bonne foi » du salarié. Celui qui aura signalé les actes de mauvaise foi ne saurait donc bénéficier d'aucune protection. Pour autant la bonne foi doit être présumée. En conséquence, la preuve de la mauvaise foi ne peut résulter de la seule circonstance que les faits ne sont pas établis²¹⁸⁹.

817. Mais le régime de l'article L1161-1 du code du travail souffre de plusieurs insuffisances. D'une part, il n'est réservé qu'aux seuls salariés. Les agents publics sont donc exclus du

²¹⁸⁴ Conseil de l'Europe, Convention Civile sur la corruption, *STE*, n° 174, 4 novembre 1999, art. 9, protection des employés : « Chaque Partie prévoit dans son droit interne une protection adéquate contre toute sanction injustifiée à l'égard des employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables. ».

²¹⁸⁵ Ce droit d'alerte et d'expression collective existait déjà dans l'ancien code du travail aux articles L461-1 et L422-1. Cependant cet ancien système était particulièrement général. L'article L 422-1 de l'ancien code du travail, tel que prévu par la loi du 19 janvier 2005 (Loi, n°2005-32, « Loi de programmation pour la cohésion sociale, 19 janvier 2005, *JORF*, n°15, 19 janvier 2005, p. 864) prévoit le droit d'alerte offert aux délégués du personnels. Cette version du code du travail a été abrogée au 1^{er} mai 2008 (Ord., n°2007-329, « Ordonnance relative au code du travail (partie législative) », 12 mars 2007, *JORF*, n°61, 13 mars 2007, p. 4740). Le nouveau code du travail vise, désormais, spécifiquement, bien que non exclusivement, les alertes liées à la détection des signes de corruption (titre entier avec article unique « de la corruption » comportant l'article L1161-1 consacré par l'ordonnance du 12 mars 2007 (*ibid.*)).

²¹⁸⁶ SCPC, *Rapport 2011, op. cit.*, p. 226.

²¹⁸⁷ Ainsi, la Cour d'Appel de Douai a condamné le licenciement jugé abusif et faisant suite à la dénonciation, par un salarié, de malversations et détournements commis par son patron dans le cadre de la SPA : CA Douai 30 septembre 2009, n°08/03741, *Dalloz*, 2009, jurisprudence.

²¹⁸⁸ E. Chosson, « L'actualisation du dispositif anti-corruption par la loi du 13 novembre 2007 », *Revue Secure Finance, Ethic Intelligence*, janvier -février 2008, n°18, p.13.

²¹⁸⁹ SCPC, *Rapport 2011, op. cit.*, p. 226.

dispositif ce qui, comme soulevé, est particulièrement préjudiciable à leur égard. D'autre part, le dispositif est réservé aux seuls salariés ayant dénoncé des faits de corruption. Le champ d'application matériel de la protection est donc particulièrement restreint. Il est même plus restreint que le domaine de l'alerte prévu par l'article 1^{er} de l'AU004. Un tel déséquilibre apparaît pour le moins fâcheux.

818. Le législateur est une première fois intervenu par la loi du 11 octobre 2013 afin de créer un dispositif de protection analogue à destination des personnes qui signaleraient, de bonne foi, l'existence de situations de conflits d'intérêts²¹⁹⁰. Cette disposition, qui n'a pourtant pas été intégrée à l'article L1161-1 du code du travail, est intéressante en ce qu'elle élargit le domaine de protection aux conflits d'intérêts et elle concerne, pour la première fois, les agents publics²¹⁹¹.

Mais cet élargissement n'est que très relatif. Le conflit d'intérêt ne figure pas dans le domaine de l'alerte prévu à l'article 1^{er} de l'AU004. De ce fait, les travailleurs ne sont toujours protégés que pour une petite partie du système de « *whistleblowing* ».

819. La plus grande avancée en matière de protection réside sans nul doute dans la loi du 6 décembre 2013. Par cette loi le législateur crée un nouvel article L 1132-3-3 du code du travail. Cet article comprend les dispositions suivantes : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération[...], de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.* ».

Par ces dispositions, le législateur opère un véritable élargissement du domaine de protection. Il a enfin choisi de conférer à la protection des lanceurs d'alerte, un champ aussi large que possible²¹⁹². La révélation peut, depuis lors, porter sur toute infraction criminelle ou délictuelle, englobant par conséquent toutes les activités concernées par l'AU004. L'article précise, en outre, que la protection joue quel que soit « l'interlocuteur » choisi par le lanceur d'alerte. Le législateur ne réserve pas la protection aux seules personnes qui auraient signalé les faits à leur employeur ou aux autorités administratives ou judiciaires. L'immunité joue également lorsque la dénonciation s'est faite auprès d'associations de lutte contre la corruption, par exemple, ou à travers les médias. Comme l'article L1161-1 du code du travail, il est précisé que toute mesure prise en violation de ces dispositions est nulle de plein droit. En outre, l'article L1132-3-3 du code du travail opère également un renversement de la charge de la preuve sur l'employeur. Enfin, la limite de ce régime de protection tient, une fois de plus, à la bonne foi du travailleur. La mauvaise foi est exclusive de toute immunité.

820. Ces nouvelles dispositions sont tout à fait favorables à la protection effective de tous les travailleurs. Le droit français protège depuis lors toutes personnes, publiques ou privées, qui signalent, de bonne foi, une situation de conflit d'intérêts ou l'existence d'un crime ou d'un délit. Seules les contraventions sont exclues du domaine. Mais une interrogation subsiste sur l'utilité du maintien de l'article L 1161-1 du code du travail. La corruption étant un délit,

²¹⁹⁰ Loi, n° 2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », *op. cit.*, art. 25.

²¹⁹¹ Voir *supra* n°718 et s.

²¹⁹² H. Robert, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. – A propos de la loi du 6 décembre 2013 », *op. cit.*, n°23.

l'alerte en la matière entre naturellement dans le champ d'application de l'article L 1132-3-3 du code du travail. Pourquoi, dès lors, le législateur n'a pas entendu abroger l'article 1161-1 du code du travail ?

821. Si la loi protège désormais les travailleurs, seule la pratique nous démontrera si le régime est suffisamment efficace pour éviter que les lanceurs d'alertes subissent un véritable bouleversement professionnel et personnel. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 décembre 2013, la réalité était malheureusement toute autre. De nombreux lanceurs d'alertes ont subi d'importantes représailles qui ont anéanti jusqu'à leur vie de famille. Le dispositif de protection n'avait pas permis d'empêcher ces conséquences dévastatrices ni de réparer les lanceurs d'alerte à hauteur de leur préjudice. Parmi tous ceux qui ont manifesté leur désarroi, nous pouvons citer le cas du docteur Irène Frachon qui fut à l'origine de l'éclatement du scandale « *Médiateur* ». Lors de son témoignage, le 4 juillet 2013 à l'occasion de la conférence de Transparency International France sur la protection des lanceurs d'alertes, elle a fait part des nombreuses pressions et représailles qu'elle a subi de la part des laboratoires Servier et de la faiblesse du système juridique français qui n'avait pas permis d'éviter ces conséquences²¹⁹³. D'autres lanceurs d'alertes ont également exprimé leurs regrets d'avoir été la cible de nombreuses insultes, diffamations, mesures de licenciement ou autres représailles²¹⁹⁴. Il était regrettable de constater alors que, malgré l'intervention du législateur, le droit français permettait des situations dans lesquelles le lanceur d'alerte était traité comme un coupable et les auteurs de corruption, comme victimes de diffamation. Il faut espérer qu'avec cette nouvelle loi, les mœurs évolueront en conséquence.

822. En outre, le législateur reste silencieux sur la nécessité de mettre en place des organismes spécialisés dans la réception et le traitement des alertes. Dans cet objectif, un organe spécifique devrait être créé en France, à l'image de TRACFIN pour le blanchiment. L'ONG Transparency International France préconise cette telle mesure. Bien qu'elle ne soit pas en faveur de la création d'un nouvel organe se superposant aux autres entités spécialisées en prenant la forme d'un « mille-feuilles », elle considère néanmoins qu'un organisme indépendant doit être chargé de la réception des alertes. A ce titre, le SCPC serait le mieux placé pour remplir cette mission²¹⁹⁵.

823. En contrepartie, le droit français doit également pouvoir protéger l'employeur de la malhonnêteté de son salarié. C'est notamment la position de la jurisprudence qui considère que l'employeur honnête ne doit pas avoir à supporter les conséquences néfastes de malversations effectuées par un salarié. En ce sens, le Conseil d'Etat, dans une décision du 5 octobre 2007 à propos de la Société Alcatel, a admis que les sommes indument détournées par un salarié à l'insu de la société devaient être déduites de l'impôt de cette dernière²¹⁹⁶.

²¹⁹³ TI France, « Corruption, conflits d'intérêts : la France protège-t-elle suffisamment ses lanceurs d'alertes ? », Compte-rendu de la conférence débat du 4 juillet 2013, *TI France*, p. 1-2.

²¹⁹⁴ Témoignage de lanceurs d'alertes souhaitant conserver l'anonymat à l'occasion de la Conférence-Débat organisée par TI France le 4 Juillet 2013 ; in Conférence-débat sur la protection des lanceurs d'alertes, *TI France*, 4 juillet 2013, Paris.

²¹⁹⁵ Conférence-débat sur la protection des lanceurs d'alertes, *Ibid.*

²¹⁹⁶ C. E, 5 octobre 2007, « *Alcatel CIT* », n°291049 : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que les dirigeants, associés ou investis de la qualité de mandataire social, de la société Alcatel CIT n'ont pas eu effectivement connaissance des détournements commis par les salariés de celle-ci ; que si ces détournements ont été rendus possibles par les conditions dans lesquelles s'est opérée la réorganisation du département au sein duquel travaillaient ces salariés, par la délégation alors maintenue à l'un d'entre eux en dépit de l'opacité de fonctionnement de ce département, et par la défaillance du contrôle interne de la société à repérer les anomalies et irrégularités comptables révélatrices des détournements ; ces circonstances ne révèlent pas un comportement délibéré ou une carence manifeste des dirigeants de la société dans l'organisation dudit département ou dans la mise en oeuvre des dispositifs de contrôle qui serait à l'origine directe ou indirecte, des détournements ; que, dans ces conditions, les détournements doivent être réputés avoir été commis à l'insu de la société ; que, par suite, c'est à tort que l'administration a regardé la perte résultant de ces détournements ; que, dans ces conditions, comme causée par un acte anormal de gestion et en a refusé la déduction. ».

824. En droit vietnamien, le législateur est également intervenu pour protéger les personnes qui dénoncent des faits de corruption. L'article 10§2, relatif aux « actes prohibés », interdit en ce sens, tout acte de menaces ou de représailles à l'encontre des personnes ayant découvert et dénoncé des indices de corruption ou des témoins dans une affaire de corruption. Ces dispositions ne sont pas réservées aux seuls « citoyens » mais semblent également être applicables aux agents publics qui ont signalé des actes de corruption dans le cadre du respect de l'article 38 de la loi. L'article 68 de la loi prévoit que toute personne qui exerce des menaces ou des représailles à l'égard du dénonciateur s'expose à des sanctions disciplinaires ou pénales.

Ce sont là les seules dispositions relatives à la protection des lanceurs d'alertes existant en droit vietnamien. Elles ne lui offrent donc pas un cadre optimal. La loi ne définit pas, premièrement, ce qu'elle entend par les termes « menaces ou représailles ». Deuxièmement, le législateur n'opère aucun renversement de la charge de la preuve. Il appartient au dénonciateur de prouver sa bonne foi et que la mesure prise à son encontre est due à son action. Cela peut être d'autant plus difficile à faire que l'article 10 de la loi contre la corruption prohibe tout aussi sévèrement les dénonciations calomnieuses. Le lanceur d'alerte peut donc facilement se retrouver dans une situation malencontreuse dans laquelle il se retrouverait poursuivi et condamné pour diffamation. La situation du dénonciateur vietnamien apparaît donc peu enviable : soit il respecte les obligations de la loi en dénonçant les faits de corruption sans garantie de confidentialité de son identité ni d'être protégé efficacement contre des mesures de représailles et au risque d'être condamné pour dénonciation calomnieuse, soit, il renonce à dénoncer mais il s'expose à des sanctions disciplinaires ou pénales si les faits viennent à être découverts. En d'autres termes, l'agent public vietnamien semble avoir tout intérêt à ce que le fait de corruption dont il a connaissance ne soit jamais découvert.

825. Le système de « *whistleblowing* » et la protection s'y afférant peinent à être effectifs dans les deux systèmes étudiés. Le législateur français semble néanmoins avoir réalisé un grand pas par la loi du 6 décembre 2013. Au travers de ce texte, il s'est véritablement positionné en faveur d'une lutte plus efficace contre la criminalité « économique et financière ». Pour ce faire, il s'est tourné vers les « sachants » en leur offrant des mesures attractives pour les inciter à dénoncer les faits dont ils ont connaissance²¹⁹⁷. Il faut donc espérer que la pratique suivra les dispositions textuelles avantageuses pour les lanceurs d'alertes. Le droit vietnamien apparaît, en comparaison, très en retard sur l'encadrement des alertes et la protection des lanceurs d'alertes. Le législateur semble aussi avoir voulu inciter les « sachants » à dénoncer les faits de corruption dont ils ont connaissance. Mais il n'offre pas un cadre de protection suffisant pour assurer l'effectivité de cette volonté. Il faut donc espérer que le droit vietnamien s'améliorera très vite en ce sens.

La protection des travailleurs est une étape essentielle à « *la responsabilisation des rouages humains au sein de l'entreprise* »²¹⁹⁸. Telle responsabilisation est fondamentale à la prévention des pratiques de corruption. Elle ne doit pas pour autant être limitée aux seuls « travailleurs ». La moralisation du secteur privé passe avant tout par une responsabilisation de son représentant : le dirigeant.

²¹⁹⁷ En ce sens, C. Mascala, « Droit pénal des affaires », séance d'actualisation du droit, *Université Toulouse 1 – Capitole*, Centre de droit des affaires, 1^{er} juillet 2014.

²¹⁹⁸ E. Chosson, « L'actualisation du dispositif anti-corruption par la loi du 13 novembre 2007 », *op. cit.*, p. 13.

B - Le rôle du dirigeant pour le respect d'une éthique d'entreprise

826. Le dirigeant d'une entité économique détient une place déterminante. Il en est le chef et le représentant. De ce fait, il se doit d'être exemplaire et d'agir constamment dans l'intérêt de la société qu'il représente. Dans le cadre de la prévention contre les pratiques de corruption, le dirigeant se voit donc investi d'une mission d'exemplarité. En effet, « *l'intégration de la dimension éthique dans le management relève [...] d'abord de l'engagement des dirigeants* »²¹⁹⁹. Par conséquent, le dirigeant se voit conférer de nouvelles obligations de faire ou de ne pas faire dans le cadre d'une démarche éthique et responsable.

827. Parmi ces nouvelles obligations préventives, nous retrouvons la notion de conflits d'intérêt. Selon l'article 12§2 b) de la Convention des Nations Unies contre la Corruption, les Etats doivent mettre en place des mesures afin de prévenir les conflits d'intérêts dans le secteur privé. Comme dans le secteur public, le dirigeant est donc soumis à un devoir de loyauté. Il s'agit là du cœur de son obligation préventive : il se doit d'être loyal en se consacrant à l'entreprise qu'il dirige et en poursuivant l'intérêt de cette dernière et non son intérêt personnel. Pour ce faire, il doit adopter une démarche éthique et transparente.

Il convient donc de s'intéresser à la conception de la notion de loyauté du dirigeant en droit français (1) et en droit vietnamien (2).

1. La loyauté du dirigeant français

828. En droit français, aucun texte pénal ne sanctionne directement le « devoir de loyauté »²²⁰⁰ du dirigeant d'entreprise. Contrairement aux agents publics, les dirigeants ne sont pas encore directement soumis à un régime d'interdiction relatif aux situations de conflits d'intérêts et il n'existe pas encore de véritables « contraintes éthiques » pénalement répréhensibles. Ces apparences légales sont cependant trompeuses. L'analyse de la loi française démontre que le devoir de loyauté du dirigeant apparaît en filigrane²²⁰¹ au travers de certaines obligations ou interdictions. L'infraction d'abus de biens sociaux, par exemple, n'est autre que la sanction pénale du manquement au devoir de loyauté du dirigeant envers sa société. Que ce soit par des dispositions légales ou au travers de mesures volontaires, de nombreux dispositifs ont été mis en place en France pour moraliser la vie « privée ». Telle moralisation joue évidemment en faveur de la prévention des pratiques de corruption.

829. Des mesures ont été adoptées pour inciter les dirigeants à publier leurs revenus. Ces derniers n'ont pas réservé, au départ, un très bon accueil à cette idée. Elle se heurtait évidemment au « tabou » relatif au secret des revenus. Quelques rapports ont été établis entre 1995 et 1998 pour la mise en place, dans le droit français, d'un « gouvernement

²¹⁹⁹ S. Mercier, « L'éthique dans les entreprises », *op. cit.*, part. III, hypothèses, L'engagement des dirigeants : « *La réflexion éthique dans l'entreprise revêt donc un intérêt hautement stratégique et est devenue une nouvelle dimension de la politique d'entreprise : par expression se son éthique, l'entreprise affirme son caractère unique et permet à ses membres de vivre un sentiment d'appartenance. Ainsi, la formation éthique se pose comme une nécessaire prise de position de la part de la direction générale en jouant le rôle de cadre de référence pour les différentes décisions qui seront prises. Les principes directeurs, règles et normes qu'elle véhicule ont pour objectif d'orienter en permanence l'action. L'engouement pour la réflexion éthique concerne plus spécifiquement les grandes entreprises. Plus une organisation devient complexe, plus le maintien de sa cohésion devient un enjeu important. Jusqu'à présent, les entreprises s'appuyaient essentiellement sur une forte culture implicite. Or, la diversité des collaborateurs devient trop grande pour que cela soit suffisant. Il est donc nécessaire de poser les bases d'une éthique commune et explicite. L'intégration de la dimension éthique dans le management relève donc d'abord de l'engagement des dirigeants.* ».

²²⁰⁰ Y. Muller, « Le droit pénal des conflits d'intérêts », *op. cit.*, n° 8.

²²⁰¹ B. Daille-Duclos, « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP E*, 1998, p. 1486.

d'entreprise »²²⁰² s'inspirant du modèle américain de « corporate governance ». Une recommandation de 1999, se fondant sur ces rapports et voulant coller à l'image du modèle de « corporate governance », préconisait à ce titre la publication des rémunérations annuelles des chefs d'entreprises. Cette recommandation a reçu une forte opposition de leur part car cette information ressortait du domaine de leur vie privée²²⁰³. Cela a valu à la France une mauvaise note dans le cadre du contrôle international du respect des règles anglo-saxonnes de la « corporate governance ».

830. Malgré cette réticence, le législateur a introduit un principe de transparence des revenus des chefs d'entreprise dans la loi Nouvelle Régulation Economique dite « NRE »²²⁰⁴ de 2001. L'article 116 pose le principe de présentation, par le conseil d'administration ou le directoire, d'un rapport annuel à destination de l'Assemblée Générale des actionnaires contenant tous les détails liés à la rémunération des mandataires sociaux. Avant cette loi, la présentation d'un rapport était déjà obligatoire mais seules les participations des salariés au capital social y étaient référencées. Par la création de l'article L225-102-1 du code de commerce, le législateur oblige désormais les dirigeants à rendre publiques les informations relatives à leur rémunération principales, les primes et autres avantages financiers ou en nature dont ils bénéficient dans le cadre de leurs fonctions²²⁰⁵. En outre, la loi de Sécurité Financière, dite « LSF », du 1^{er} août 2003, a renforcé les obligations de transparence à l'égard des actionnaires en instituant dans l'article L225-37 du Code de Commerce, le « *rapport sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne* ». Le Président du Conseil d'administration doit désormais rendre compte à l'Assemblée Générale des actionnaires des conditions dans lesquelles les décisions ont été préparées et prises, des procédures de contrôle interne mises en place dans la société et, depuis 2008, des règles appliquées pour la détermination des avantages accordés aux dirigeants²²⁰⁶.

831. Depuis 2001, le droit français a donc mis en place un véritable système de publication des revenus des dirigeants. L'étendue de l'obligation de déclaration ne cesse de s'accroître pour concerner jusqu'aux revenus les plus « accessoires ». Mais s'il s'agit d'une avancée législative majeure en matière de transparence, la complexité des textes laisse craindre qu'il n'en soit pas de même dans la pratique.

D'une part, cette déclaration fournie à l'occasion de l'assemblée générale des actionnaires est plus perçue comme un nouveau document comptable qu'une véritable démarche de la part du dirigeant en faveur de la transparence et de l'intégrité. Cet aspect a d'ailleurs été soulevé dans le cadre d'un rapport présenté à l'Assemblée Nationale en juin 2009 par Monsieur Charles Courson. Il précise en ce sens : « *Ces indications ne sauraient toutefois masquer que la portée de la transparence demeure toute relative dans les faits. En effet, même si les documents de référence des sociétés cotées mentionnent les avantages dont bénéficient les dirigeants mandataires sociaux, l'information délivrée ne fait l'objet d'aucune harmonisation, ce qui nuit à toute velléité comparative. En outre, les aspects les plus importants se trouvent bien souvent « noyés » dans la technicité et la masse des précisions apportées. Dans ce contexte,*

²²⁰² Les rapports Viénot (1995, 1999), le rapport Péberot (publication 1995), le rapport Marini (publication 1996), le rapport Peyrelevade (publication 1998).

²²⁰³ J. Delga, « Ethique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise », *Dalloz*, 1999, p.401.

²²⁰⁴ Loi, n°2001-420, « Loi relative aux nouvelles régulations économiques », 15 mai 2001, *JORF*, n°113, 16 mai 2001, p. 7776.

²²⁰⁵ Autorité des Marchés Financiers (AMF), « Rapport complémentaire de l'AMF sur les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées et la mise en oeuvre des recommandations AFEP/MEDEF », in AMF, « Rapport 2009 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne », *AMF*, 8 décembre 2009, p. 74-83. La loi NRE (*op. cit.*) prévoit également la publication des prises de participations en matière de « stock-options » des dirigeants.

²²⁰⁶ Loi, n°2003-706, « Loi de sécurité financière », 1^{er} août 2003, *JORF*, n°177, n°2003, p. 13220, chapitre II, De la transparence des entreprises ; C. Com. art. L225-37.

l'actionnaire profane en matière de comptabilité ou de droit des sociétés a le plus grand mal à connaître très précisément les émoluments de l'équipe dirigeante si celle-ci ne procède pas à une présentation complète lors de l'assemblée générale »²²⁰⁷.

D'autre part, l'obligation semble restreinte aux seules sociétés anonymes cotées à la bourse. Bien qu'elles soient effectivement plus exposées au risque de corruption que d'autres entités de taille plus modeste, elles ne sont pas les seules. Les autres formes sociétales peuvent aussi se rendre coupable de pratiques corruptrices. La transparence des revenus des dirigeants ne devrait pas être limitée aux seules sociétés commerciales.

832. Des mesures ont également été adoptées afin de prévenir les situations de « conflits d'intérêts » de la part des dirigeants. Comme soulevé, bien que ce terme ne soit pas directement associé au secteur privé, il existe cependant des dispositifs permettant d'assurer le devoir de loyauté du chef d'entreprise et d'en sanctionner tout manquement.

833. Le législateur a créé en ce sens des régimes d'interdiction de « cumul » de certaines fonctions dans le secteur privé. Elles concernent notamment les dirigeants et les commissaires au compte. Le code de commerce contient de nombreuses dispositions à cet égard. Dès lors, la loi prévoit qu'une personne physique ne peut exercer plus d'un mandat de directeur général ou membre du directeur. Elle ne peut, en outre, être administrateur ou membre d'un conseil de surveillance dans plus de cinq sociétés anonymes consécutivement²²⁰⁸. Le commissaire au compte, quant à lui, ne peut pas détenir d'intérêts auprès de la personne morale dont il a la charge d'en certifier les comptes²²⁰⁹. Le régime applicable aux commissaires aux comptes est très sévère. Il est soumis au respect d'un code de déontologie²²¹⁰ dont la violation l'expose à des sanctions pénales prévues à l'article L820-6 du code de commerce²²¹¹.

Le législateur a donc entendu moraliser la vie privée par une limitation, voire une interdiction, du cumul de certaines fonctions « clés ». Mais le régime manque une fois de plus de lisibilité car réparti sur de nombreux articles. En outre, la majeure partie des interdictions ne concernent que les sociétés anonymes. La création du délit de corruption privée n'a pas encore aboutie à l'incrimination d'un délit de prise illégale d'intérêt applicable aux dirigeants d'entreprises. Il ne fait nul doute que la complexité du monde des affaires et les nécessités économiques ne permettent pas la transposition pure et simple des articles 432-12 et 432-13 du code pénal au secteur privé. Néanmoins, un effort doit être fourni pour la clarification et la délimitation des situations neutres des activités à risque.

834. Du fait de ce tâtonnement législatif, il appartient donc à la jurisprudence de se positionner à cet égard. La question s'est notamment posée de savoir s'il était possible de cumuler la qualité d'associé d'une SARL avec une activité concurrente. La Cour de Cassation avait, au départ, rejeté cette possibilité. Dans un arrêt du 6 mai 1991, la Chambre de Commerce a jugé que cela allait à l'encontre de l'*affectio societatis* et du devoir de

²²⁰⁷C. de Courson, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de M. François Sauvadet et plusieurs de ses collègues (N°1671), visant à démocratiser le mode de fixation des rémunérations des mandataires sociaux dans les sociétés anonymes », n° 1737, *Assemblée Nationale*, 16 juin 2009, p. 13.

²²⁰⁸C. Com., art. L 225-21, L225-49, L225-67, L225-77 et L 225-94.

²²⁰⁹Cf C. Com, art. L822-11.

²²¹⁰C. Com, art. L822-16 : « Un décret en Conseil d'Etat approuve un code de déontologie de la profession, après avis du Haut Conseil du commissariat aux comptes et, pour les dispositions s'appliquant aux commissaires aux comptes intervenant auprès des personnes et entités dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou offerts au public sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations, de l'Autorité des marchés financiers. ».

²²¹¹C. Com., art. L820-6, prévoit une peine d'emprisonnement de 6 mois et 7500 euros d'amende en cas de non respect des dispositions relatives aux incompatibilités.

loyauté²²¹². Mais après de nombreuses hésitations²²¹³, la Cour de Cassation s'est finalement positionnée en faveur du cumul. Dans un arrêt du 15 novembre 2011²²¹⁴, la Cour expose ainsi : « *sauf stipulation contraire, l'associé d'une SARL n'est, en cette qualité, tenu ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société ni d'informer celle-ci d'une telle activité et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux* ». Cette solution est depuis lors réaffirmée²²¹⁵.

Si cette solution peut se justifier d'un point de vue strictement commercial elle est surprenante sous l'angle de l'éthique. Ce qui peut paraître surtout critiquable est que Cour de Cassation se positionne en faveur du cumul six ans après l'incrimination du délit de corruption dans le secteur privé. En vertu de cette nouvelle forme de corruption, le devoir de loyauté du dirigeant devrait n'en être que renforcé et non le contraire. Il apparaît donc urgent que le législateur intervienne afin de mettre fin à cette jurisprudence.

835. Mais la notion de conflits d'intérêts ne se limite pas au seul cumul des fonctions. Il y a conflits d'intérêts dès lors que la personne poursuit un intérêt autre que celui qu'elle est censée représenter dans le cadre de ses fonctions. Par conséquent des mesures ont été adoptées pour prévenir d'autres situations de conflits d'intérêts dont la notion apparaît parfaitement transposable au secteur privé.

Il ne fait aucun doute que le dirigeant est dans l'obligation de poursuivre l'intérêt de la société. Cet « intérêt social » se définit comme : « *l'intérêt de l'entreprise organisée comme personne morale avec une autonomie juridique poursuivant ses fins propres, dans l'intérêt général commun des actionnaires, des salariés, des créanciers et autres personnes intéressées pour en assurer la prospérité et la continuité.* »²²¹⁶. L'obligation de poursuivre l'intérêt social est d'ailleurs sanctionnée par le délit d'abus de biens sociaux. En ce sens, cette infraction peut être perçue comme le traitement pénal des conflits d'intérêts dans le secteur privé²²¹⁷.

836. Mais la notion de conflit d'intérêt reste tout aussi difficile à cerner dans le secteur privé que dans le secteur public. Si la loi du 11 octobre 2013 a donné une définition à la notion dans le secteur public, tel n'est pas encore le cas du secteur privé. Pour pallier à ce vide et tenter de délimiter les contours du « devoir de loyauté » du dirigeant, le secteur privé a pris l'initiative, au travers du MEDEF, d'un « code éthique » à destination des chefs d'entreprise. Il s'agit d'une « *soft law* » dont l'application est subordonnée à la volonté des personnes concernées. Dans son guide « *Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise* » adopté en 2011²²¹⁸, le MEDEF formule cinq recommandations essentielles à la prévention de la corruption dans le secteur privé : la mise en place d'une réflexion interne à l'entreprise sur la question des conflits d'intérêts, l'identification des conflits potentiels (notamment en matière d'interdépendance des relations privées et professionnelles²²¹⁹), la transparence par la création

²²¹² Cass. Com, 6 mai 1991, n° 89-13780.

²²¹³ Cass. Com, 26 novembre 1996, n° 94-15403 : la décision d'un associé d'entrer au service d'une société concurrente constitue pas « *ipso facto un acte constitutif de concurrence déloyale* » ; Cass. Com, 3 décembre 2002, n°99-21758 : refus de retenir la responsabilité d'une société sur le fondement de la concurrence déloyale du seul fait que son fondateur était resté associé d'une entreprise concurrente.

²²¹⁴ Cass. Com, 15 novembre 2011, n°10.15049, *Dalloz*, 2012, p. 134, obs. A. Lienhard ; *JCP E*, 2011, n°50, 1893, note A. Couret et B. Dondero ; *Droit des sociétés*, 2012, comm. 24, obs. M. Rousille ; *Bull. Joly*, 2012, 112, n°116, note H. Le Nabasque ; *Revue des sociétés*, 2012, p. 192, obs. L. Godon.

²²¹⁵ Cass. Com, 19 mars 2013, n°12-14407 ; *JCP E*, n°18, 2013, 1258, note R. Mortier ; Cass. Com, 10 septembre 2013, *JCP E*, n°43, 2013, 1580, note A. Couret et B. Dondero.

²²¹⁶ D. Schmidt, « De l'intérêt social », *JCP E*, 1995, I, p. 488.

²²¹⁷ Y. Muller, « Le droit pénal des conflits d'intérêts », *op. cit.*, n°11.

²²¹⁸ MEDEF, Comité d'éthique, « Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise », Guide à destination des dirigeants d'entreprise, MEDEF, avril 2011, pp. 1-19.

²²¹⁹ Le rapport en donne une liste indicative qui comprend par exemple le fait que le conjoint du dirigeant, l'un de ses ascendants ou descendants ou toute autre personne avec laquelle il a des liens familiaux, affectifs ou amicaux soit actionnaire, dirigeant ou salarié d'une

d'une déclaration d'intérêts²²²⁰, l'organisation de procédures d'autorisations préalables et d'abstentions de vote pour la prise d'une décision pouvant entraîner un conflit d'intérêt potentiel²²²¹ et la création, au sein des entreprises, de structures et de moyens afin de contrôler et sanctionner le non-respect des mesures prises. Le rapport propose, en outre, une définition de la notion de conflits d'intérêts. Aux termes de ce texte, elle s'entend par le fait « *qu'une personne risque de perdre son indépendance intellectuelle ou son objectivité et se trouve ainsi fragilisée dans l'exercice de ses responsabilités.* »²²²². Cette définition est très large²²²³ mais elle a l'avantage de concerner toutes les situations dans lesquelles le dirigeant serait en situation de poursuivre un intérêt autre que l'intérêt social.

837. L'initiative du MEDEF doit être soulignée comme une première approche dans la volonté de prévenir les conflits d'intérêts dans le secteur privé. La place que détient le dirigeant dans une entreprise est cruciale puisqu'elle détermine le comportement de la personne morale²²²⁴. A ce titre, pour la prévention des pratiques de corruption, le dirigeant doit être « irréprochable ». L'initiative du MEDEF fait d'ailleurs suite au rapport de la Commission Sauvé, lui aussi publié en 2011. Cela démontre que la prévention des conflits d'intérêts n'est plus une notion cantonnée au seul secteur public mais qu'elle doit également s'étendre aux acteurs économiques. Les situations de conflits d'intérêts dans le secteur privé peuvent, d'ailleurs, entraîner de très graves conséquences sur le plan économique ou même sanitaire.

Nous pouvons illustrer cette affirmation par la tristement fameuse affaire « *Médiateur* ». Des relations un peu trop amicales entre certains décideurs privés et publics sont à l'origine de ce désastre sanitaire qui a entraîné le décès de quelques centaines de personnes en France²²²⁵. Ce scandale est d'ailleurs à l'origine de l'adoption d'une nouvelle réglementation du 29 décembre 2011²²²⁶ mettant en place un comité de service de déontologie de l'expertise au sein de la nouvelle Agence Nationale de Sécurité des Médicaments et des Produits de Santé (ANSM)²²²⁷.

838. L'intérêt poursuivi par la sphère privée et publique n'étant pas le même, il paraît donc nécessaire de mettre en place une frontière étanche entre les deux mondes. Il est indispensable de limiter au maximum les relations trop « amicales » entre les personnes publiques et les personnes privées car elles sont à l'origine des conflits d'intérêts et des risques de corruption. La part de responsabilité des décideurs privés est ici importante car sous couvert de la

entreprise directement concurrente, ou d'une entité dont l'objet ou l'activité est de nature conflictuelle avec celle de la société. Un autre exemple est la promotion d'un collaborateur auquel le dirigeant est lié au titre d'un des intérêts précités ; *cf Ibid.*, p. 8

²²²⁰ A ce niveau d'ailleurs, le rapport recommande aux sociétés non cotées d'appliquer le « code de Gouvernement d'entreprise » de l'AFEP/MEDEF destinées aux Sociétés Anonymes et contenant un grand nombre de règles en matière d'éthique des dirigeants ; *Ibid.*, p. 14.

²²²¹ Lorsqu'un proche du dirigeant d'une société souhaite, par exemple, être associé, actionnaire ou salarié de cette dernière, le dirigeant concerné doit demander l'approbation préalable de l'Assemblée Générale qui devra se réunir en conseil et délibérer sur cette question. Le dirigeant devra alors s'abstenir de voter.

²²²² Comité d'éthique, « Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise », *op. cit.*, p.5.

²²²³ P-H Conac, « « Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise », comité d'éthique du Medef, mars 2011 », *Revue des sociétés*, 2011, p. 260.

²²²⁴ *Ibid.*

²²²⁵ A. Laude, « La nouvelle régulation des produits de santé, à propos de la loi du 29 décembre 2011 », *JCPG*, n° 6, 6 février 2012, pp. 123-129 ; Le Nouvel Observateur, « Mediator, Sevrier devant la justice ce lundi », *Le Nouvel Observateur*, 15 mai 2012. Article disponible en ligne sur www.nouvelobs.com. A ce titre également, le témoignage du « lanceur d'alerte » pour l'affaire médiateur révèle que la dangerosité de la molécule utilisée dans le médicament était connue des laboratoires Servier. Cette molécule avait d'ailleurs été mondialement interdite en 1997. En 2000 les laboratoires, après tests, savaient manifestement que le médiateur se transformait, dans l'organisme humain, en « *poison mortel* » sans pour autant que le médicament soit retiré du marché étant donné l'enjeu financier et les « relations » qu'entretenaient les dirigeants du laboratoire avec certains dirigeants politiques ; *in* TI France, Conférence-débat sur la protection des lanceurs d'alertes, 4 juillet 2013, *op. cit.*

²²²⁶ Loi, n° 2011-2012, « Loi relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé », 29 décembre 2011, *JORF*, n°0302, 30 décembre 2011, p. 22667.

²²²⁷ A. Laude, « La nouvelle régulation des produits de santé, à propos de la loi du 29 décembre 2011 », *op. cit.*, p. 124 ; C. Byk, « Bioéthique », *JCP G*, n° 25, 18 juin 2012, p. 751.

poursuite de l'intérêt de leur société, certains dirigeants n'hésitent pas à nouer des relations trop intimes avec les décideurs publics. C'est notamment le cas dans le cadre des échanges économiques internationaux pour l'obtention ou la conservation de marchés. C'est aussi ce qui est à l'origine de la méfiance observée à l'égard des activités de lobbying²²²⁸. Il ressort des rapports annuels de Transparency International relatif à l'Indice de Perception de la Corruption (IPC) que les relations entre secteur public et secteur privé sont au cœur de la défiance qu'éprouvent les citoyens français envers les partis politiques²²²⁹. L'image des entreprises s'en trouve aussi nettement dégradée. Les entités sont fortement atteintes dans leur réputation²²³⁰ et le dirigeant est considéré comme « corrompu » aux yeux de tous²²³¹.

2. Le devoir de loyauté du dirigeant vietnamien

839. En droit vietnamien, le seul « dirigeant » directement concerné par des obligations éthiques est, une fois de plus, le « chef de l'organisme public ». Pour ce faire, l'article 5 §2 b) et c) de la loi contre la corruption de 2005 prévoit que ce dernier se doit « *d'être exemplaire dans le travail et avoir le sens de l'intégrité* ». L'article prévoit, en outre, qu'en cas de manquement à son obligation de dénonciation d'activités de corruption commises par ses subordonnés et qui ont été portées à sa connaissance, il est considéré comme solidairement responsable. Il existe cependant une cause d'exonération de cette responsabilité s'il est établi que le « chef » n'était pas en mesure de prendre connaissance de ces pratiques²²³². Il lui appartient, dans ce cas, de prouver qu'il a correctement appliqué toutes les dispositions de la loi pour la détection des pratiques de corruption et que l'impossibilité ne résulte pas d'un manquement à ses obligations légales.

Une interrogation subsiste quant à la nature des sanctions applicables à ce manquement. Le « chef » sera-t-il sanctionné par la voie disciplinaire ou pourrait-il être poursuivi pour complicité de corruption ? L'article 55§2 nous éclaire sur cette question. Il prévoit que le « chef de l'organisme public », « solidairement responsable », fera seulement l'objet d'une sanction disciplinaire²²³³.

840. Ces dispositions permettent d'effectuer plusieurs remarques.

Premièrement, la responsabilisation du dirigeant en droit vietnamien est réservée aux seuls « dirigeants publics ». Elle semble donc exclure *a priori* le secteur privé de toute obligation en matière d'éthique.

²²²⁸ Voir *supra* n°649 et s.

²²²⁹ TI France, *Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence, la démocratie avance*, *op. cit.*, p. 6-7.

²²³⁰ L'atteinte à la réputation d'une entreprise en cas de corruption peut être très dommageable. La médiatisation d'un cas de corruption ébranle la confiance du public et des consommateurs, remet en question les valeurs internes de l'entreprise et conduit les marchés financiers à s'interroger sur l'entreprise. L'éclatement d'un scandale peut donc être perçue comme une véritable peine pour l'entreprise ; cf P. Montigny, *L'entreprise face à la corruption internationale*, *Ellipse*, 2006, p. 235-240.

²²³¹ L'exemple illustrant ici nos propos est l'image actuelle des « Laboratoires Servier » après l'affaire du Médiateur qui représente, aujourd'hui, une image négative réduisant la confiance des consommateurs dans les médicaments. Cette mauvaise image a d'ailleurs conduit à l'adoption de la loi du 29 décembre 2011 (*op. cit.*). Le dirigeant de ces laboratoires : Jacques Servier est aujourd'hui traduit en justice et son procès très médiatisé a donc un impact direct sur l'image d'intégrité de la société toute entière.

²²³² Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 54§5 : Ces dispositions « ne s'appliquent pas lorsque les dirigeants de l'organisme public ne peuvent pas avoir connaissance de l'acte de corruption ou qu'ils sont pris toutes les mesures qu'ils les trouvent nécessaires à la prévention et à la répression de la corruption. ».

²²³³ *Ibid.* art. 55§2 : « Les dirigeants d'un organisme public qui sont solidairement responsables des actes de corruption décelés dans le cadre de son organisme font l'objet d'une sanction disciplinaire. ».

Deuxièmement, le dirigeant public vietnamien est soumis à une obligation d'alerte²²³⁴. Pour ce faire, il doit réaliser un contrôle effectif²²³⁵ sur le fonctionnement de son entité et avertir « l'autorité compétente » en cas de détection d'actes corruptifs²²³⁶.

841. Malgré cette obligation, la loi ne met en place aucune mesure de protection spécifique pour les dirigeants « lanceurs d'alerte ». Les seules mesures applicables sont celles précédemment mentionnées²²³⁷ et qui sont loin de garantir une protection optimale. La protection va, dans la pratique, dépendre du rang occupé par le « chef de l'organisme public ». La situation d'un dirigeant moyennement élevé dans la hiérarchie générale vietnamienne apparaît dès lors très peu enviable.

842. L'obligation de vigilance renforcée pour le « chef » est la seule mesure adoptée par la loi contre la corruption de 2005 pour assurer l'intégrité et la loyauté du dirigeant. D'autres dispositions ont été adoptées dans la loi pour la publication des revenus ou, comme soulevé, la limitation de certains cumuls²²³⁸. Aucune mesure n'a en revanche été prise à destination des dirigeants d'entreprises privées. Ce secteur est pourtant en pleine expansion au Vietnam et les dirigeants sont amenés à prendre une place de plus en plus importante dans l'économie mais aussi dans la vie politique vietnamienne²²³⁹. Il apparaît donc nécessaire que le législateur prenne aujourd'hui conscience du risque de corruption que représente le secteur privé et agisse en ce sens.

843. La prévention des pratiques de corruption est une notion qui semble avoir plus de mal à s'appliquer au secteur privé qu'au secteur public. Les deux systèmes étudiés se montrent particulièrement frileux dans cette approche. En droit français, des mesures ont tout de même été prises pour l'encadrement des « alertes professionnelles » dont le dispositif apparaît aujourd'hui incontournable. Le législateur semble en revanche moins réactif au regard de l'application de la notion de conflits d'intérêts aux dirigeants de sociétés. La mesure du risque de corruption du secteur privé n'est donc pas véritablement évaluée à ce jour. En droit vietnamien, le constat est pire puisqu'aucune mesure à destination des entreprises n'a été adoptée à ce jour. Le secteur privé n'est pas encore perçu comme un foyer potentiel du risque corruptif. En conséquence, les seules mesures adoptées sont à destination des fonctionnaires et des « chefs » d'organismes publics.

En matière de prévention contre la corruption dans le secteur privé, il ne suffit cependant pas de responsabiliser les acteurs des entités économiques. Tout le monde s'accorde à reconnaître que le rôle de la société civile est tout aussi déterminant.

§2 – LE ROLE DE LA SOCIETE CIVILE

844. La participation de la société civile à la prévention et la lutte contre les pratiques de corruption est perçue comme étant fondamentale. A ce titre, la Convention de Mérida incite fortement les Etats à favoriser la participation active des acteurs privés n'appartenant pas au

²²³⁴ Ce devoir d'alerte ressort d'ailleurs à la simple lecture des articles 5 et 54 de la loi contre la corruption (*ibid.*), qui ne font pas mention d'une simple possibilité pour le chef d'avertir les autorités compétentes en cas de détection de faits de corruption mais d'une véritable obligation précédée du mot « doit ».

²²³⁵ Obligations de contrôle des chefs des organismes publics prévus aux articles 5 et 54 de la loi contre la corruption de 2005 (*ibid.*).

²²³⁶ *Ibid.*, art. 55§3 : « Les personnes (...) peuvent être exemptées ou réduites de la responsabilité juridique si elles ont pris des mesures nécessaires à la répression des actes de corruption ou à la réparation des dommages causés; qu'ils ont rigoureusement sanctionné les auteurs de corruption et rendu compte dans le meilleur délai aux autorités compétentes. ».

²²³⁷ Voir *supra* n°811 et s.

²²³⁸ Voir *supra* n°776.

²²³⁹ Voir *supra* n°214 et s.

secteur public, notamment de la société civile²²⁴⁰. La notion de société civile s'entend ici de tous les acteurs « extérieurs » au monde économique et au monde de l'entreprise. Il s'agit du « simple citoyen » ainsi que des associations de défense des citoyens ou de lutte contre la corruption et autres ONG.

En France, l'action citoyenne représente pour certains organismes spécialisés, l'une des actions les plus essentielles à une lutte efficace contre la corruption. Selon l'ONG Transparency international, il est fondamental d'intégrer les citoyens à la prévention contre la corruption en leur conférant un pouvoir de contrôle et en les incitant à l'exercer²²⁴¹.

En droit vietnamien, le rôle de la société civile est au cœur de la loi de 2005 contre la corruption. Le législateur semble avoir souhaité conférer au citoyen un véritable pouvoir de dénonciation des actes de corruption commis par les fonctionnaires de l'administration publique.

845. Il semble donc que la société civile détient, en droit vietnamien, une place déterminante dans le dispositif préventif contre les pratiques de corruption (A).

Ce n'est pas encore le cas en droit français. Pendant longtemps, l'action citoyenne a été sous-estimée et exclue de toute mesure préventive. Toutefois, certaines avancées législatives récentes laissent espérer que l'action citoyenne prendra peu à peu la place qu'elle mérite en matière de prévention contre la corruption (B).

A - La place déterminante de la société civile dans le dispositif préventif vietnamien

846. Le législateur vietnamien a souhaité conférer un véritable rôle à la société civile pour la prévention des pratiques de corruption. En ce sens, la loi de 2005 contient un grand nombre de dispositions visant à inciter les personnes à dénoncer les faits de corruption. Pour ce faire, le texte vise trois « organes » principaux : le Front National de la Patrie (FNP), les citoyens en général et la Presse²²⁴².

847. Le Front National de la Patrie est un organe, créé par la loi contre la corruption de 2005. Il est chargé de représenter la société civile²²⁴³ et de la sensibiliser à la lutte contre la corruption²²⁴⁴. Il détient à ce titre trois missions principales²²⁴⁵. Il doit, d'abord, venir en aide aux citoyens en matière de sensibilisation et de responsabilisation dans la lutte contre la corruption. Pour ce faire, le FNP est chargé d'encourager le citoyen à dénoncer les faits de corruption et de l'aider dans la démarche à suivre. Il représente, ensuite, les citoyens devant

²²⁴⁰ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 13.

²²⁴¹ TI France, « Présentation du rapport annuel de lutte contre la corruption », Conférence et présentation de l'IPC 2013, *Transparency International*, Paris, 3 décembre 2013.

²²⁴² Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*

²²⁴³ *Ibid.*, chap. VI.

²²⁴⁴ *Ibid.*, art. 8.

²²⁴⁵ *Ibid.*, art. 85, Rôle et responsabilités de Front national de la Patrie et de ses organisations membres : « 1. Le Front national de la Patrie et ses organisations membres sont tenus de: a) Coordonner leur action avec les autorités compétentes dans la sensibilisation du citoyen et de ses adhérents à l'observation de la législation sur la lutte contre la corruption; proposer des mesures visant à la prévention et à la détection des actes de corruption; b) Encourager la participation active de la société à la détection et à la dénonciation des actes de corruption; c) Communiquer à la personne compétente les informations relatives aux actes de corruption et collaborer avec celle-ci dans la détection, l'enquête et la sanction des affaires de corruption. d) Exercer le contrôle sur l'application de la législation de la lutte contre la corruption. 2. Le Front national de la Patrie et ses organisations membres peuvent demander à l'autorité compétente de prendre des mesures préventives de la corruption, de faire l'enquête des affaires de corruption et de sanctionner des auteurs des actes de corruption. La personne saisie par le Front national de la Patrie ou une de ses organisations est tenue de donner la réponse dans un délai de 15 jours; s'il s'agit d'une affaire compliquée, ce délai peut être prolongé sans excéder 30 jours ».

les organismes publics et les « autorités compétentes ». Dans le cadre de cette deuxième mission, il doit veiller à ce que les mesures favorisant la dénonciation des faits de corruption soient effectivement mises en place dans chacun des organismes publics²²⁴⁶. Il semble que ce pouvoir de contrôle soit direct. Il peut l'exercer seul ou avec l'assistance de l'Inspection du Gouvernement. Il représente, enfin, la société civile au niveau juridictionnel en communiquant aux autorités compétentes toutes les informations relatives à des faits de corruption dont il aurait eu connaissance par un citoyen. Il peut également demander aux autorités compétentes d'ouvrir une enquête pour la détection et la poursuite de pratiques corruptrices réalisées dans un organisme public²²⁴⁷. Dans ce cas, il semble que le FNP puisse faire appel au Comité de Lutte contre la Corruption (CLC) afin que ce dernier ordonne à l'Audit d'Etat de procéder à une vérification dans l'organisme public concerné²²⁴⁸.

Une interrogation subsiste cependant concernant ce pouvoir de représentation. La question qui se pose naturellement est celle de savoir si le FNP est doté d'une personnalité juridique lui permettant d'ester en justice à la place des victimes ou en se joignant à leur action. Rappelons qu'en droit français, cette possibilité est définitivement ouverte aux associations de lutte contre la corruption depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 décembre 2013²²⁴⁹. Le législateur vietnamien, quant à lui, semble conférer un rôle en matière de poursuite à d'autres personnes que la victime elle-même. Le code de procédure pénale prévoit à cet effet, un statut de « *civils plaintiffs* » qui s'entendent des « individus, agences ou organisations souffrant d'un dommage causé par la commission d'une infraction »²²⁵⁰. Il semble donc que les victimes, personnes physiques, ne soient pas les seules à pouvoir agir en justice contre l'auteur d'une infraction. Pour autant, l'article précise que les « *civils plaintiffs* » doivent subir un dommage direct causé par l'infraction. Cela n'est pas le cas lorsqu'une association agit en justice pour représenter les victimes d'une infraction ou les intérêts qu'elle défend. Par conséquent, le FNP n'a pour seul pouvoir d'accompagner les citoyens, de les représenter devant les services d'enquête pour dénoncer les faits de corruption mais ils ne peuvent agir en justice à leur place.

848. Le FNP joue donc le rôle d'intermédiaire entre la société civile et les organes gouvernementaux chargés de la lutte contre la corruption. Sa mission principale, telle que décrite dans l'article 8 de la loi contre la corruption de 2005, est de représenter la société civile à niveau gouvernemental. Ses attributions permettent aisément de le rapprocher du SCPC français dont la mission est, entre autre, de sensibiliser la société civile à la prévention contre la corruption sur le territoire français et de transmettre au ministère public des éléments découverts à la suite d'enquêtes²²⁵¹. Mais au contraire de la France qui n'a créé qu'un seul organe de prévention de la corruption, le législateur vietnamien a pris le parti d'en créer deux : le CLC et le FNP. Sans être directement critiquable, ce choix est néanmoins risqué puisqu'il peut engendrer des conflits de compétences entre les organes, tant positifs²²⁵² que négatifs²²⁵³. En outre, contrairement au SCPC français, le FNP n'est doté d'aucune

²²⁴⁶ *Ibid.*, art. 85§1 a) et d).

²²⁴⁷ *Ibid.*, art. 85§2.

²²⁴⁸ Voir *supra* n°677.

²²⁴⁹ Voir *supra* n°542.

²²⁵⁰ C. Pr. Pén. Vn, art. 52.

²²⁵¹ Missions, attributions et textes fondateurs du SCPC français disponibles en ligne sur <http://www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/service-central-de-prevention-de-la-corruption-12312/>.

²²⁵² C'est le cas pour la mission de détection, au sein des organismes publics, des faits de corruption par le biais de contrôles au sein des dits organismes. Les deux organismes sont compétents en la matière. La question se pose donc de savoir quel est le rapport entre ces organismes pour l'application effective et, surtout, efficace de cette attribution. L'analyse de la loi permet d'émettre l'hypothèse d'un rapport hiérarchique : le FNP décidant du déclenchement et le CLC déclenchant concrètement l'action de vérification. Néanmoins, aucune disposition expresse n'existe pour confirmer cette hypothèse.

²²⁵³ C'est le cas, par exemple de la représentation à l'international du dispositif anti-corruption vietnamien. Le SCPC français est compétent pour représenter le système français de prévention contre la corruption dans les organisations internationales telles que l'ONUDC, le

indépendance financière. Le Vietnam ne conçoit pas la notion d'autorité administrative indépendante (AAI) contrairement à la France. Toutes les institutions spécialisées sont sous la tutelle financière et administrative de l'Etat. De ce fait, le FNP est moins un représentant des citoyens au niveau gouvernemental qu'un porte-parole du gouvernement et de ses actions en faveur de la lutte contre la corruption envers la société civile²²⁵⁴.

849. Le législateur vietnamien confère également un rôle déterminant aux « citoyens ». Pour ce faire, la loi contre la corruption de 2005 contient des dispositions visant à les responsabiliser dans leur rôle de « détecteurs » des pratiques de corruption.

L'article 6 de la loi²²⁵⁵ fait obligation au citoyen ayant découvert un fait de corruption, de le dénoncer auprès des autorités compétentes. La procédure est décrite par l'article 65 de la loi et prévoit une dénonciation, avant tout, hiérarchique²²⁵⁶. Il s'agit, cependant, plus d'une forte recommandation que d'une véritable obligation puisque le texte n'assortit pas ces dispositions de quelconques sanctions. Mais par l'emploi du terme « doit » le législateur démontre une certaine volonté de responsabiliser les citoyens dans la lutte contre les pratiques de corruption et de mettre fin à l'ère de tolérance qui subsiste jusqu'alors.

L'article 24 du décret d'application de la loi contre la corruption, n°47/2007/ND-CP²²⁵⁷, dit « décret 47 », donne lui aussi un rôle très actif au citoyen. Il l'invite à dénoncer tout fait de corruption dont il aurait connaissance, à condamner fermement la corruption ou, encore, à ne pas hésiter à s'adresser à l'Inspectorat du Gouvernement ou à toute autre autorité compétente pour requérir l'ouverture d'une enquête. L'article lui confère également la possibilité de collaborer avec ces autorités pour la détection, la poursuite et la condamnation des pratiques de corruption préalablement dénoncées²²⁵⁸.

La loi de 2005 confère en outre des droits aux citoyens. Son article 88²²⁵⁹ prévoit à ce titre la possibilité pour tout citoyen de participer à toute activité visant à prévenir la corruption. Cette action peut être directe ou en collaboration avec l'Inspectorat du Gouvernement. La loi donne également le droit aux citoyens d'être informés dans un certain nombre de domaines. Ce droit découle directement de l'obligation faite aux organismes publics de publier les informations relatives à leur fonctionnement²²⁶⁰ ainsi que les différentes étapes de la procédure de passation des marchés publics²²⁶¹. Si un citoyen n'est pas satisfait des informations que l'organisme

GRECO ou l'OCDE. Au Vietnam, aucun des deux organismes ne détient cette compétence dans ses attributions. Il n'est donc pas possible de déterminer exactement celui qui pourrait éventuellement représenter le Vietnam à l'international.

²²⁵⁴ Cela vient également du fait que le mot « Nation » n'a pas la même signification en France et au Vietnam. Alors qu'en France cette notion fait référence au pouvoir des citoyens ; au Vietnam elle fait référence à l'Etat et son image de « bienfaiteur » pour les citoyens vietnamiens.

²²⁵⁵ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 6, rôle du citoyen dans la lutte contre la corruption : « Le citoyen, lorsqu'il a découvert des indices de corruption, doit les dénoncer. Il doit, en facilitant les activités des personnes compétentes, contribuer à la détection et à la sanction des auteurs des Infractions de corruption. ».

²²⁵⁶ Voir *supra* n°811.

²²⁵⁷ Decree, n°47/2007/ND-CP, « Detailing and guiding the implementation of a number of articles of the anti-corruption Law, regarding the role and responsibility of the society in corruption prevention and fighting », *op. cit.*

²²⁵⁸ *Ibid.*, art. 24 : « Citizens' responsibilities to participate in corruption prevention and fighting : 1. To strictly abide by the law on corruption prevention and fighting; to condemn and struggle against corrupt persons; to report to the people's inspection boards or their respective organizations on corrupt acts or corruption cases so that those people's inspection boards or organizations propose competent state agencies to consider and settle according to law; to collaborate with competent agencies, organizations or individuals in verifying corruption cases when so requested. 2. To propose competent state agencies to amend, supplement and perfect the mechanisms, policies and law on corruption prevention and fighting; to contribute opinions to competent state agencies on the elaboration of legal documents on corruption prevention and fighting. ».

²²⁵⁹ *Ibid.*, art. 88, responsabilités du citoyen et de l'inspection populaire : « 1. Tout citoyen peut, personnellement ou par l'intermédiaire d'une inspection populaire, participer aux activités visant à prévenir et à combattre la corruption. 2. L'inspection populaire d'une commune, d'un quartier, d'un bourg ou d'un organisme public doit, dans la limite de ses missions et attributions, surveiller l'observation de la législation sur la lutte contre la corruption. ».

²²⁶⁰ *Ibid.*, art. 11.

²²⁶¹ *Ibid.*, art. 13 et s.

public est dans l'obligation de publier, il peut demander la communication de tout document supplémentaire. Cette demande ne peut, en principe, être refusée sauf si le document concerné relève du « Secret d'Etat »²²⁶². L'organisme public doit dans ce cas, répondre et communiquer le document dans un délai de dix jours à compter de la date de la demande²²⁶³. Dans le cadre de cette démarche, si le citoyen n'est pas satisfait de la manière dont il a été reçu ou dont sa demande a été traitée²²⁶⁴ par l'agent public, il peut faire remonter l'incident auprès de son supérieur hiérarchique.

850. Le « citoyen » semble donc jouer un rôle déterminant en matière de prévention des pratiques de corruption en droit vietnamien. Mais plusieurs remarques peuvent être formulées à ce stade.

Concernant le terme de « citoyen » choisi par le législateur de 2005 : si l'on s'en tient à la définition stricte du terme, les mesures ne concernent que les personnes « *jouissant, dans l'Etat dont il relève, des droits civils et politiques et notamment du droit de vote (par opposition aux étrangers)* ». En d'autres termes, les dispositions précédemment énoncées seraient réservées aux seuls ressortissants vietnamiens. Les étrangers seraient exclus de ce dispositif. Le droit de dénoncer un fait de corruption serait-il, au Vietnam, un attribut de la nationalité vietnamienne ? L'interprétation restrictive de la loi de 2005 irait, en tout cas, en ce sens. Suivant cette interprétation, les étrangers n'auraient donc pas non plus le droit d'être tenus informés du fonctionnement des organismes publics ni du déroulement des procédures de passation des marchés publics. Cela paraît particulièrement préjudiciable dans un contexte d'échanges économiques internationaux. Il reste donc à espérer que le terme soit ici, comme en droit français, employé au sens large.

La notion de « participation de la société civile » semble en outre avoir un autre sens en droit vietnamien que celui préconisé par les dispositions de la Convention de Mérida. Aux termes de l'article 13 de la Convention, la participation de la société civile se traduit par une obligation, pour les Etats, de mettre en place des dispositifs de sensibilisation. D'une part, le terme même de société civile doit s'entendre au sens large, comprenant personnes physiques, ONG, associations, syndicats, médias ou toute autre organisation pouvant jouer un rôle de sensibilisation²²⁶⁵. Ce n'est pas le cas en droit vietnamien qui ne concerne ici que les « citoyens ». D'autre part, la Convention cherche avant tout à responsabiliser les Etats et non la société civile. Les dispositions visent à obliger les Etats à créer des organismes compétents pour éduquer et sensibiliser la population aux risques de la corruption²²⁶⁶. L'objectif de la Convention, ici, est de permettre la diffusion d'informations au public et que ces dernières ne deviennent pas un instrument du politique²²⁶⁷. En droit vietnamien, l'objectif semble inversé puisque le législateur prend, avant tout, des mesures visant à responsabiliser le citoyen par la création de nouvelles obligations.

851. Le législateur vietnamien confère, enfin, un rôle à la « presse » en matière de prévention des pratiques de corruption. L'article 9 de la loi de 2005 prévoit à ce titre que les organismes de presse « *doivent participer aux activités visant à prévenir et combattre la corruption en collaborant avec les organismes publics* »²²⁶⁸. Pour ce faire, la presse se voit attribuer un certain nombre de responsabilités. D'abord, elle doit relayer publiquement les activités

²²⁶² *Ibid.*, art. 11.

²²⁶³ *Ibid.*, art. 34.

²²⁶⁴ Si le fonctionnaire destinataire de la demande lui a créé des « tracasseries ».

²²⁶⁵ ONUDC, « Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, p.7.

²²⁶⁶ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §47, p. 61-62.

²²⁶⁷ *Ibid.*, §63 et s., p. 24.

²²⁶⁸ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 9.

gouvernementales en matière de lutte contre la corruption. Ensuite, elle a le devoir de sensibiliser la population à la lutte contre la corruption²²⁶⁹.

Il s'agit là, aux yeux du législateur, de ses missions principales. Bien qu'il n'en fasse pas mention expressément dans la loi de 2005, cette responsabilité est clairement exprimée dans l'article 10 du « décret 47 »²²⁷⁰. Aux termes de l'article 10§2²²⁷¹, la presse est perçue par le législateur comme un « guide » de l'opinion publique pour l'intolérance à la corruption. Cela est peu commun et semble contrevenir à la mission primaire de la presse : l'information dans le respect de la plus grande neutralité.

De manière facultative, la presse se voit aussi conférer la possibilité d'informer le public sur le fonctionnement des organismes publics. Il est d'ailleurs fait obligations aux dépositaires de l'autorité publique de fournir aux journalistes toute information utile sur le mode de fonctionnement de leurs organismes dans un délai de 10 jours²²⁷² et toute information sur une affaire de corruption lorsqu'ils sont saisis d'une demande²²⁷³. Pour cette « catégorie » d'informations, la loi ne précise pas le délai imparti. Elle prévoit, en revanche, l'obligation pour les agents publics de motiver leur décision en cas de refus.

852. Ce sont là les seules missions de la presse telles que décrites par la loi de 2005. L'information relative aux affaires de corruption ne figure donc pas parmi ses prérogatives majeures. La loi contre la corruption de 2005 n'en fait aucunement mention et se contente de faire obligation aux journalistes de relater les faits avec « honnêteté et impartialité »²²⁷⁴. Les rédacteurs en chef et les journalistes sont d'ailleurs considérés comme responsables des informations diffusées. Ils doivent, pour ce faire, exercer leurs fonctions dans le respect le plus absolu de la loi sur la presse et de la déontologie²²⁷⁵. En d'autres termes, la loi de 2005 fait interdiction à la presse de rendre publics des faits qui n'auraient pas été vérifiés au préalable ou qui auraient été modifiés par manque d'impartialité. Seul le « décret 47 » mentionne la possibilité, pour les organismes de presse, de dénoncer les faits de corruption dont ils auraient eu connaissance²²⁷⁶. Mais, comme soulevé, il ne s'agit que d'une simple

²²⁶⁹ *Ibid.*, art. 86, rôle et responsabilités de la presse : « 1. L'État encourage les organismes de presse et les journalistes à fournir des informations au sujet de la corruption et de la lutte contre ce phénomène. 2. Les organismes de presse doit relayer des activités visant à prévenir et à combattre la corruption des organisations et individus, contribuer à la lutte contre la corruption et participer à la sensibilisation du peuple à la législation sur la lutte contre la corruption. 3. Les dépositaires de l'autorité publique et organismes publics, dans la limite de leurs attributions, doivent fournir aux organismes de presse et journalistes des informations et documents relatifs à une affaire de corruption s'ils le demandent; dans le cas où ces informations ou documents ne peuvent pas être communiqués, la personne saisie doit répondre par écrit en précisant les motifs. 4. Les organismes de presse et journalistes doivent exercer leurs missions avec l'honnêteté et l'impartialité. Le rédacteur en chef et les journalistes sont responsables des informations diffusées et veillent à une bonne observation de la législation sur la presse et des règles de déontologie en la matière. ».

²²⁷⁰ Cet article contient, en effet, expressément les dispositions visant à mettre en lumière cette responsabilité. Concernant ce rôle, d'ailleurs, le terme « utiliser » évoque l'obligation tandis que les mots utilisés pour la publication d'informations relatives aux faits de corruption évoquent, eux, la simple possibilité; cf décret, n°47/2007/ND-CP, *op. cit.*, art. 10: « Propagating and mobilizing people to participate in corruption prevention and fighting. Press agencies and journalists, through their professional activities, have the responsibilities: 1. To propagate the Party's undertakings and policies and the State's law on corruption prevention and fighting; to propagate anti-corruption activities of agencies and organizations. 2. To report on and guide social opinions, and mobilize people to actively participate in the struggle against corruption. 3. To praise the spirit and positive deeds of collectives and individuals in corruption prevention and fighting; to protect denouncers of corrupt acts. 4. To condemn and struggle against corrupt persons. ».

²²⁷¹ *Ibid.*

²²⁷² Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 31, droit des organismes en matière de demande d'information : « 1. Les autorités publiques, les organisations politiques, les organisations politiques-sociales et les organismes de presse, dans la limite de leurs missions et attributions, peuvent demander à tout organisme public de leur communiquer les informations relatives à son fonctionnement conformément aux dispositions légales. 2. Dans un délai de 10 jours à compter de la réception de la demande, les informations demandées doivent être fournies par l'organisme concerné sauf si ces informations sont publiquement communiquées par les médias, les publications ou par les affiches publiques; dans le cas où la communication fait l'objet d'un retard ou d'une interdiction, l'organisme en question doit répondre par écrit aux requérants en précisant les motifs. ».

²²⁷³ *Ibid.*, art. 86§3.

²²⁷⁴ *Ibid.*, art. 9 et 86§4.

²²⁷⁵ *Ibid.*, art. 86§4.

²²⁷⁶ Décret, n°47/2007/ND-CP, *op. cit.*, art.12, reporting on corruption prevention and fighting by press agencies and journalists: « 1. Press agencies and journalists may carry reports on corruption cases and anti-corruption activities. When carrying reports on corruption cases and

possibilité. L'information n'est pas perçue ici comme une prérogative majeure de la presse vietnamienne. La diffusion d'un scandale de corruption semble, en outre, devoir être autorisé par le gouvernement. Le « décret 47 » prévoit, en effet, l'obligation absolue pour les organismes de presse de prévenir les autorités lorsqu'ils découvrent un fait de corruption. La véracité des faits doit être vérifiée par les autorités compétentes avant que la presse ne soit en mesure de les communiquer au public. Ce sera donc au gouvernement de décider si les pratiques corruptrices découvertes doivent être considérées comme relevant du « secret »²²⁷⁷ ou peuvent être diffusées publiquement. En cas de violation de cette procédure, si les journalistes diffusent une affaire de corruption sans autorisation préalable, ils s'exposent à des sanctions sévères pouvant être de nature pénale²²⁷⁸.

Deux infractions sont applicables aux journalistes pour la diffusion de « fausse information »²²⁷⁹. L'infraction de « dénonciation calomnieuse », tout d'abord, est prévue à l'article 122 du code pénal²²⁸⁰. Il s'agit de l'infraction la moins grave dans cette situation. Elle est punie d'une peine d'emprisonnement maximal de sept ans. L'infraction de « propagande contre l'Etat de la République socialiste du Vietnam », ensuite, est prévue par l'article 88 du code pénal²²⁸¹. L'infraction est, ici, très grave puisqu'elle se classe dans la catégorie des actes terroristes. La peine prévue peut aller jusqu'à vingt ans d'emprisonnement. Les sanctions applicables pour les journalistes qui ne respectent pas les dispositions de la loi sont donc pour le moins dissuasives.

853. La pratique démontre, en outre, une situation bien moins enviable que celle décrite jusqu'ici. La réalité est que lorsqu'un journaliste diffuse une information relative à un fait de corruption, non approuvée par le gouvernement, il sera très souvent emprisonné sans procès ou à la suite d'un procès expéditif, sous couvert de la commission d'une des deux infractions pénales²²⁸². C'est d'ailleurs ce qui s'est passé pour l'affaire « *PMU 18* »²²⁸³. Les journalistes à

corrupt persons, press agencies and journalists shall carry reports honestly and objectively and bear responsibility before law for their reports. Press agencies that detect or receive citizens' denunciations about cases showing signs of corruption shall immediately report thereon in writing to investigative bodies or people's procuracies. The investigative bodies or people's procuracies shall process the cases and reply to the press on the handling thereof. Press agencies may carry reports on cases with signs of corruption from information and documents they have obtained and bear responsibility before law for the accuracy and truthfulness of information reported on the press. If having grounds to believe that citizens' petitions, reports, news reports and articles, denunciations about corruption cases are groundless, press agencies shall notify such citizens of the non-publication of such reports and clearly state the reasons therefor. 2. Editors-in-chief and journalists bear responsibility for carrying reports and observing the law on press and professional ethics in journalistic activities. 3. Press agencies and journalists may not carry reports on cases without clear grounds; not carry report untruthfully, causing harms to national interests, interests of organizations or individuals, affecting the prestige, honor and dignity of citizens; may not disclose state secrets, military, security, economic and diplomatic secrets and other information as provided for by law. 4. Press agencies and journalists have the right and obligation to refuse to disclose full names, addresses and handwritings of persons who denounce or supply information on corruption cases, on corrupt persons if harms are caused to such persons, except where requested by chairmen of the People's Procuracies or presidents of the People's Courts of the provincial or higher level in order to serve the investigation, prosecution and adjudication. 5. When publishing reports on cases with signs of corruption on the press, the press agencies and journalists carrying untruthful reports shall make corrections and apologies according to legal provisions on the press. If abusing the right to report information on the press to make distortions or slanders, they shall be handled according to law, depending on the nature and seriousness of their violations; if causing damage, they shall pay compensations therefor according to law. ».

²²⁷⁷ L'article 12§3 du décret prévoit, en effet, l'interdiction pour la presse de divulguer des secrets d'Etat, militaires, économiques, diplomatiques mais aussi : tout autre information prévue par la loi. Il est donc impossible de savoir exactement quelles informations sont interdites aux journalistes et il est possible qu'elles varient en fonction de l'information révélée par la presse ; cf *Ibid.*

²²⁷⁸ *Ibid.*, art. 12§5.

²²⁷⁹ Comprendre ici : information non vérifiée par les autorités.

²²⁸⁰ C. Pén. Vn., art. 122, infraction de « dénonciation calomnieuse » : « Est puni d'un avertissement, d'une rééducation sans détention jusqu'à deux ans ou d'un emprisonnement de trois mois à deux ans le fait, pour une personne, d'inventer des informations ou de diffuser des informations qu'elle sait bien inventées et de nature à porter atteinte à l'honneur, aux droits et intérêts légitimes d'autrui, ou bien d'inventer un fait délictueux opposable à autrui et de le dénoncer devant l'autorité compétente. ».

²²⁸¹ C. Pén. Vn., art. 88, infraction de Propagande contre l'Etat de la République socialiste du Vietnam : « 1. Le fait de commettre l'un des actes décrits ci-dessous en vue de s'opposer à l'Etat de la République socialiste du Vietnam est puni de trois à douze ans d'emprisonnement : a. Diffuser de fausses informations de nature à dénigrer les collectivités publiques ; b. Propager la version d'une guerre psychologique et diffuser des informations inventées en vue de déconcerter la population ; c. Produire, détenir, diffuser les documents, les produits culturels ayant un contenu opposable à l'Etat de la République socialiste du Vietnam. 2. Dans les cas les moins graves, l'infraction est punie de dix à vingt ans d'emprisonnement. ».

²²⁸² Ainsi les journalistes peuvent même allés jusqu'à être considérés comme des terroristes à la Nation.

l'origine de l'éclatement du scandale avaient d'abord été emprisonnés pour dénonciation calomnieuse avant que l'enquête ne démontre la véracité des faits. D'autres journalistes, par peur de représailles, hésitent à divulguer de telles informations ou modifient la réalité pour ne pas impliquer les hauts représentants vietnamiens. Tel a notamment été le cas dans l'affaire « PCI »²²⁸⁴ pour laquelle la presse s'est contentée de mentionner l'implication de « fonctionnaires étrangers » en faisant fi de celle des hauts fonctionnaires vietnamiens.

854. Le Vietnam semble donc faire de la presse un instrument de communication politique et non un organe d'information. Sur ce point, le droit vietnamien est en contradiction avec les dispositions impératives de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Le Guide technique de la Convention dispose expressément en ce sens que les Etats doivent appuyer « au moyen de mesures positives la liberté de rechercher, de recevoir, de publier et de diffuser les informations sur la corruption (...) »²²⁸⁵. Il prévoit, en outre, que « les États parties devront revoir les régimes de licences et autres arrangements applicables aux divers médias pour veiller à ce qu'ils ne soient pas utilisés à des fins politiques ou partisans pour empêcher les reportages et publications d'articles concernant la corruption »²²⁸⁶. Le Vietnam est loin de respecter ces dispositions.

855. Il ne fait nul doute que le droit vietnamien a identifié la société civile comme une entité déterminante de la prévention des pratiques de corruption. Le « citoyen » doit, en effet, être au cœur des mesures préventives puisqu'il en est la première victime. Mais le législateur a commis de nombreuses maladresses dans l'établissement de son dispositif de prévention en cherchant à responsabiliser les organes de la société civile plutôt que l'Etat. L'idée de responsabiliser la société civile ne doit pas se traduire par la création d'obligations mais par l'obtention de nouveaux droits. Le « citoyen » ne doit pas être « obligé de dénoncer » mais il doit y être incité par la mise en place de mesures favorables à son égard. Il s'agit maintenant de s'intéresser aux avancées françaises pour conférer un rôle prépondérant à la société civile dans la lutte contre la corruption.

B - Les avancées françaises pour conférer un rôle prépondérant à la société civile

856. En France, le rôle de la société civile a été récemment renforcé par des avancées législatives et jurisprudentielles. L'importance de cette composante était jusqu'alors sous-estimée par le législateur français. L'action menée par le droit français en faveur de la société civile concerne majoritairement les « citoyens » et les associations de lutte contre la corruption.

857. En ce qui concerne les associations de lutte contre la corruption, leur rôle a été récemment renforcé. Rappelons que jusqu'en 2013, elles étaient exclues du champ d'application des articles 2 à 2-21 du code de procédure pénale. En conséquence, elles n'étaient pas légalement dotées du droit d'ester en justice. Par une telle interdiction, le législateur méconnaissait donc parfaitement les dispositions impératives de la Convention de Mérida qui préconisait de conférer le rôle le plus pondérant à toutes les composantes de la société civile en matière de lutte contre la corruption. La Cour de Cassation avait, fort

²²⁸³ American Chamber of Vietnam (AmCham Vietnam), « Reporters, Police prosecuted for giving “false information” in PMU-18 corruption case », *AmCham Vietnam*, 13 mai 2008; article disponible en ligne sur <http://www.amchamvietnam.com/2137>.

²²⁸⁴ J. Lefrançois, « PCI : une affaire emblématique du régime vietnamien », *Vietnam info*, Dossier, janvier 2009, pp. 1-2 ; voir *supra* n°155.

²²⁸⁵ ONUDC, « Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, II-5, p.72.

²²⁸⁶ *Ibid.*

heureusement, déjà porté un coup sérieux à cette exclusion légale dans un arrêt du 9 novembre 2010²²⁸⁷. Dans cette affaire, l'association TI France avait porté plainte avec constitution de partie civile contre trois chefs d'Etats étrangers pour détournement de fonds publics, abus de biens sociaux, blanchiment, complicité de ces délits, abus de confiance et recel, faisant valoir que des biens provenant de ces infractions étaient détenus par les personnes en cause, sur le territoire français²²⁸⁸. Une telle constitution a été controversée par la doctrine majoritaire qui estimait, à cette époque, qu'une association ne bénéficiant pas d'une habilitation légale pour exercer l'action civile en réparation d'un dommage collectif devait justifier d'un préjudice personnel pour se constituer partie civile²²⁸⁹. Sur le fondement de cette argumentation, la Cour d'Appel avait donc considéré que TI France n'était pas recevable en sa constitution de partie civile. La Cour avait motivé sa décision par le fait que l'association n'avait été créée que pour la défense de l'intérêt général au sens large, monopole du Ministère public en matière de poursuites, et non pour la défense d'un intérêt collectif duquel aurait pu découler un préjudice direct et personnel. La Haute Cour, dans un arrêt de cassation sans renvoi, a censuré la position de la Cour d'Appel. Elle a rappelé, d'abord que la recevabilité d'une constitution de partie civile, au stade de l'instruction, supposait seulement la possibilité de l'existence du préjudice allégué et de la relation directe de celui-ci avec une infraction. Elle relevait ensuite que l'association demanderesse au pourvoi n'invoquait pas la corruption prise dans sa généralité, mais des délits précis, recel et blanchiment, distincts de la corruption elle-même et qui, en raison de la spécificité du but qui est le sien, étaient de nature à causer à cette association un préjudice direct et personnel²²⁹⁰. Bien que cette solution soit considérée comme « bienveillante »²²⁹¹ à l'égard du rôle des associations en matière de corruption, elle ne pouvait malheureusement pas s'analyser comme un véritable revirement. La condition relative au préjudice direct et personnel des associations non habilitées légalement prévalait encore. Le rôle de la société civile en matière de corruption à travers le rôle des associations spécialisées restait encore très limité.

Ce n'est fort heureusement plus le cas depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 décembre 2013. Le législateur semble avoir pris la mesure de l'importance du rôle de la société civile dans la lutte contre les pratiques corruptrices et notamment des associations spécialisées. Il leur a donc consacré le droit de se constituer partie civile²²⁹². Elles font désormais partie de la catégorie des associations habilitées légalement et ne doivent plus arguer d'un préjudice direct et personnel pour être en mesure d'ester en justice.

858. En ce qui concerne, les « citoyens », personnes physiques, leur rôle semble aussi avoir été renforcé récemment par la loi et la jurisprudence.

C'est le cas, premièrement, de la partie civile notamment en matière de corruption transnationale. Jusqu'en 2013, l'article 435-6 du code pénal établissait un monopole à l'égard du Ministère public pour la poursuite des infractions de corruption d'agents publics étrangers. Ces dispositions excluaient donc toute possibilité de constitution de partie civile par les victimes. La Cour de Cassation avait déjà contourné ces dispositions en reconnaissant, dans

²²⁸⁷ Cass. Crim, 9 novembre 2010, n° 09-88.272 ; *JurisData*, n°2010.1174 ; *Dalloz*, 2010, p. 2707, note S. Lavric ; *Dalloz*, 2010, p. 2760, obs. G. Roujou de Boubée ; *Dalloz*, 2011, p. 112, obs. M. Perdril-Vaissière ; *JCP G*, 2010, n°48, 1174, note C. Cutajar.

²²⁸⁸ S. Lavric, « Affaire des « biens mal acquis »: recevabilité de la constitution de partie civile de l'association Transparence International France », *Dalloz actualité*, 15 novembre 2010.

²²⁸⁹ C. Cutajar, « Affaire des biens mal acquis : la chambre criminelle ordonne le retour de la procédure au juge d'instruction », *JCP G*, 2010, n°48, 1174.

²²⁹⁰ G. Roujou de Boubée, « Affaire dite des « biens mal acquis » (suite) », *Dalloz*, 2010, p. 2760.

²²⁹¹ *Ibid.*

²²⁹² En ce sens, H. Robert, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. – A propos de la loi du 6 décembre 2013 », *op. cit.*, n°27.

un arrêt du 4 avril 2012, la constitution de partie civile des victimes de l'attentat dans l'affaire « *Karachi* » pour les infractions de corruption²²⁹³. Le monopole a ensuite été supprimé par le législateur avec l'adoption de la loi du 6 décembre 2013 qui abroge purement et simplement l'article 435-6 du code pénal.

Deuxièmement, cette même loi contient des dispositions en faveur des « lanceurs d'alertes ». Le nouvel article 40-6 du code de procédure pénale prévoit à ce titre que le lanceur d'alerte peut demander à être mis en relation avec le SCPC une fois qu'il a effectué le signalement. Ces dispositions visent à renforcer l'action citoyenne du lanceur d'alerte qui ne se contentera pas de dénoncer les faits de corruption mais pourra agir dans une démarche plus suivie. Pour autant, des interrogations subsistent quant aux modalités de « mise en relation » car s'il ne s'agit que d'une mise en relation virtuelle ou téléphonique, l'impact de ces dispositions se trouve tout de même réduit.

859. Malgré les efforts fournis par le législateur pour conférer un rôle plus important à la société civile, force est de constater que la loi du 6 décembre 2013 ne comble pas toutes les insuffisances. Le législateur ne favorise pas l'action du « citoyen lambda » pour la prévention des pratiques de corruption. Le droit français ne semble pas encore considérer la société civile comme une composante déterminante de la lutte contre la corruption. C'est d'ailleurs l'objet de nombreuses recommandations ou opinions des professionnels français qui préconisent de conférer un véritable rôle éthique au citoyen. L'idée principale, pour ces auteurs, est que la société doit avoir le droit d'agir et de faire entendre sa voix. A ce titre, la Commission pour la rénovation de la vie publique, dite Commission Jospin, proposait en 2012 la mise en place d'une « alerte citoyenne » éthique²²⁹⁴. Il s'agissait de permettre à toute personne témoin de pratiques corruptrices ou de situations de conflits d'intérêts, de les dénoncer auprès des autorités en bénéficiant du statut de « lanceur d'alerte ». L'association TI France est allée dans le même sens lors de sa conférence-débat du 4 juillet 2013²²⁹⁵ en préconisant qu'un véritable rôle soit enfin conféré aux citoyens en leur permettant, par exemple, de saisir directement la Haute Autorité pour la Transparence de la vie publique. L'association souhaitait que le législateur donne enfin au citoyen « la possibilité d'agir tout en l'accompagnant ».

860. Malheureusement ces propositions n'ont pas été reprises *ipso facto* par le législateur au cours des dernières évolutions législatives. La loi pour la transparence de la vie politique du 11 octobre 2013²²⁹⁶, d'une part, n'a pas ouvert directement la possibilité aux citoyens de saisir la Haute Autorité. Cette possibilité n'est offerte qu'aux associations de lutte contre la corruption²²⁹⁷. S'il s'agit là d'un premier pas vers la reconnaissance de l'action des associations de lutte contre la corruption, l'action purement citoyenne est en revanche la grande oubliée de la réforme et le régime de protection reste limité aux seules personnes ayant été témoins d'actes illégaux « dans l'exercice de leurs fonctions »²²⁹⁸. La loi du 6 décembre 2013, d'autre part, ne permet malheureusement pas de combler ces lacunes. Il ne fait nul doute que le législateur a considérablement élargi le domaine de l'alerte éthique qui s'applique désormais à tous « crimes ou délits ». Le régime de protection applicable au dispositif a été, quant à lui, étendu aux agents publics. Mais on ne peut pas pour autant parler

²²⁹³ Voir *supra* n°545 et *infra* n°946.

²²⁹⁴ L. Jospin, « Pour un renouveau démocratique », *Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique*, Rapport, *La Doc. Fr.*, novembre 2012, proposition n°35, p. 106.

²²⁹⁵ TI France, Conférence-débat sur la protection des lanceurs d'alertes, *op. cit.*

²²⁹⁶ Loi, n° 2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », *op. cit.*

²²⁹⁷ *Ibid.*, art. 20-II.

²²⁹⁸ *Ibid.*, art. 25.

SECTION 2 : L'APPARITION DE LA NOTION DE DEONTOLOGIE APPLICABLE AUX ENTREPRISES PRIVEES

862. La prévention des pratiques de corruption dans le secteur privé passe avant tout par une responsabilisation des acteurs, notamment du dirigeant. C'est à ce dernier qu'incombe en premier la responsabilité « *du premier acte de corruption commis dans une filiale du bout du monde* »²³⁰⁰. Toutefois l'adoption d'une démarche éthique uniquement par le dirigeant n'est pas suffisante. C'est toute l'entreprise qui doit s'inscrire dans cette démarche. A l'image du dispositif applicable dans le secteur public, il est essentiel que le secteur privé soit soumis à des règles déontologiques.

863. L'incrimination de la corruption privée a donc naturellement conduit au développement de la notion de déontologie applicable au secteur privé. Ces nouvelles normes éthiques touchent, non seulement, les politiques commerciales mais aussi d'autres domaines comme l'organisation des chaînes de délégation de pouvoir ou encore les politiques de ressources humaines.

En France, la conception n'est pas nouvelle. L'éthique d'entreprise, d'abord envisagée dans le cadre du respect de l'environnement, se développe de manière exponentielle pour s'appliquer à d'autres domaines tels que la lutte contre les pratiques corruptrices (§1).

Le droit vietnamien, au contraire, affiche un sérieux « retard » à cet égard. Cela s'explique par le fait que la corruption privée n'est pas encore incriminée au Vietnam et les entreprises sont encore perçues comme les « victimes » du système de corruption organisé par le secteur public. Par conséquent, la notion de déontologie privée y est encore au stade des prémices (§2).

§1 – LA NOTION FRANÇAISE D'ETHIQUE D'ENTREPRISE

864. En France, l'éthique d'entreprise n'est pas une conception totalement nouvelle. Elle est apparue depuis de nombreuses années, notamment sous l'angle du « gouvernement d'entreprise »²³⁰¹. Toutefois, ces termes sont en constante évolution et s'appliquent à de plus en plus de domaines.

A l'origine l'éthique d'entreprise et le gouvernement d'entreprise se sont développés dans le cadre du droit de l'environnement. Adopter une démarche éthique signifiait, pour l'entité, d'adopter une démarche respectueuse de l'environnement. C'est d'ailleurs encore la vision dominante du concept d'éthique d'entreprise qui se développe essentiellement sous l'angle de la Responsabilité Sociale d'Entreprise (RSE) (A).

Toutefois, le concept tend à se développer et à s'appliquer à d'autres domaines. Par ce développement on assiste aujourd'hui à l'application directe de la notion d'éthique d'entreprise dans le cadre de la prévention des activités de corruption (B).

²³⁰⁰ P. Montigny, *L'entreprise face à la corruption internationale*, op. cit., p. 309.

²³⁰¹ Terme tiré de l'anglicisme « corporate governance » devenu particulièrement célèbre après l'entrée en vigueur de la loi Sarbanes-Oxley en 2002 instituant le système du *whistleblowing*.

A - Une notion essentiellement perçue sous l'angle de la « RSE »

865. A l'origine, l'éthique d'entreprise était de conception purement mercantile. Elle se référait à la maximisation du profit pour les actionnaires. Suivant cette logique, un acte contraire à la loi pénale pouvait parfaitement respecter l'éthique de l'entreprise s'il avait permis à l'entreprise de faire des bénéfices²³⁰².

Cette conception se rapprochait du terme anglo-saxon de « *corporate governance* » dont l'objectif était plus précisément d'assurer « *au mieux le fonctionnement des règles statutaires de la majorité sous réserve du respect du droit des minoritaires* »²³⁰³. A cette époque, comme le souligne Monsieur Jacques Delga, le mot « *corporate governance* » pouvait se traduire plus justement par « gouvernement d'investisseur » dont la finalité justifiait parfois que des décisions pouvant conduire à la commission d'infractions pénales, puissent être prises en Assemblée Générale. La première conception de la notion d'éthique d'entreprise était donc radicalement opposée à celle de déontologie et ne permettait pas la mise en place de mesures préventives de la corruption.

866. Cette notion a depuis fortement évolué. Nous avons d'ailleurs assisté à une traduction jurisprudentielle de cette évolution par l'affaire « *Carignon* »²³⁰⁴. L'éthique d'entreprise a peu à peu glissé vers une notion de responsabilité. Plus qu'une simple entité commerciale, l'entreprise est désormais responsable et détient de véritables devoirs moraux. Le développement d'une telle responsabilisation s'est essentiellement effectué sous l'angle de la RSE.

867. La notion de RSE est apparue, au départ, au travers de la protection internationale de l'environnement. Elle relève de l'idée que l'entreprise est responsable des atteintes à l'environnement qu'elle provoque en tant qu'entité économique²³⁰⁵. Sa mise en œuvre s'est essentiellement opérée sur la base du système d'autorégulation des entreprises²³⁰⁶. Beaucoup de sociétés, notamment multinationales, se sont dotées de nouvelles régulations en la matière (adoption de nouveaux comportements éthiques en matière environnementale et de normes du travail, labels, normes ISO etc.) et dans un objectif purement commercial. L'idée principale était que l'adoption d'une démarche éthique en matière d'environnement était un concept vendeur.

²³⁰² Ainsi la Cour de cassation avait-elle jugée, en 1997 dans le cadre de l'affaire « *Noir-Botton* » que le versement d'une commission à un homme politique par le dirigeant d'une entreprise privée n'était pas un acte contraire à l'intérêt social constitutif d'un abus de biens sociaux car cet acte avait été fait dans l'intérêt de l'entreprise puisque cela lui avait évité de perdre une somme relativement considérable ; *in* Cass. crim., 6 février 1997, *Bull. Crim.*, 1997, n°48 ; *JCP G*, 1997, II, 22 823, note M. Pralus ; *Dalloz Affaires*, 1997, p. 281 et 780, note H. Matsopoulou ; *Droit pénal*, 1997, comm. 61, 63 et 70 ; *Revue des sociétés*, 1997, p. 146, note B. Bouloc ; *Dalloz*, 1997, p. 334, note. J.-F. Renucci.

²³⁰³ J. Delga, « Ethique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise », *op. cit.*, p. 399.

²³⁰⁴ Voir *infra* n°875.

²³⁰⁵ La RSE était, d'ailleurs, au centre de l'ordre du jour du sommet de Johannesburg qui s'est tenu en 2002 ; Organisation des Nations Unies (ONU), Rapport, n°A/CONF.199.20, « Rapport du sommet mondial pour le développement durable », ONU, New York, 2002, III, §18, p. 16 : « Accroître la responsabilité environnementale et sociale des entreprises et leur obligation de rendre des comptes. Il s'agit notamment d'agir à tous les niveaux pour : a) Encourager le secteur industriel à améliorer ses résultats sur les plans social et environnemental grâce à des initiatives volontaires concernant, par exemple, des systèmes de management environnemental, des codes de conduite, des mesures de certification et la publication d'information sur des questions environnementales et sociales, en tenant compte d'éléments tels que les normes de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et les directives de l'Initiative mondiale sur les rapports de performance (Global Reporting Initiative ou GRI) concernant les données relatives à la durabilité, en gardant à l'esprit le principe 11 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement ; b) Encourager le dialogue entre les entreprises, d'une part, et, de l'autre, les populations chez qui elles exercent leurs activités et les autres parties prenantes ; c) Encourager les institutions financières à intégrer dans leur processus décisionnel les considérations relatives au développement durable ; d) Créer sur les lieux de travail des partenariats et des programmes, y compris des programmes de formation et d'éducation. ».

²³⁰⁶ A. Nieto Martin, « Eléments pour un droit international pénal de l'environnement », *RSC*, 2012, p.80-81.

Le changement du comportement des consommateurs, qui se placent aujourd'hui dans une démarche de qualité et de sécurité des produits, est à l'origine de la responsabilisation de l'entreprise, d'abord en matière environnementale mais aussi dans d'autres domaines comme la lutte contre la corruption²³⁰⁷. Pour ce faire, les entreprises se sont dotées de nouveaux codes éthiques relatifs au respect de l'environnement au sens large. En matière d'éthique, le code est un des piliers fondamental de la mesure²³⁰⁸.

868. L'adoption de codes éthiques repose donc sur une démarche volontaire, qu'il s'agisse de s'engager à protéger l'environnement ou à lutter contre la corruption. Cette démarche est, à l'origine, plus muée par une volonté marketing que par une véritable conscience éthique. La pratique démontre toutefois que ces engagements peuvent produire des effets juridiques.

Aux Etats Unis, par exemple, un système de « transparence sociale des entreprises » (*Corporate Social Transparency*) a été mis en place par certaines sociétés mères américaines, notamment la société Nike. Cet engagement volontaire, qui pouvait être perçu essentiellement comme un effet d'annonce, a été considéré par la justice américaine comme un véritable acte de publicité. Par conséquent, lorsque l'on a découvert que la société imposait dans les pays tiers, des conditions de travail indignes et très éloignées de sa propre charte, elle a été condamnée pour publicité trompeuse²³⁰⁹.

Outre le fait qu'une société puisse être condamnée sur la base de ses propres engagements, il est intéressant de souligner que dans cette affaire, c'est la société mère qui a été condamnée pour les actes commis par l'une de ses filiales établie à l'étranger. Cette approche semble particulièrement intéressante pour la lutte contre les pratiques corruptrices dans le cadre des échanges économiques internationaux.

869. A l'échelle internationale, des mesures ont également été adoptées pour responsabiliser les entreprises du secteur privé. C'est l'objectif du « Pacte Mondial » lancé le 26 juillet 2000. A l'occasion de son lancement, « le Secrétaire général²³¹⁰ a invité les dirigeants d'entreprise à se joindre à [cette] initiative internationale qui rassemblerait les entreprises et les organismes des Nations Unies, le monde du travail et la société civile autour de neuf principes universels relatifs aux droits de l'homme, aux normes du travail et à l'environnement. Depuis le 24 juin 2004, le Pacte Mondial compte un dixième principe relatif à la lutte contre la corruption »²³¹¹. Les entreprises s'engageant dans le Pacte Mondial s'engagent par conséquent, à respecter un certain nombre de principes liés au droit du travail, aux droits de l'Homme, au droit de l'environnement ou encore à la lutte contre la corruption. La violation du Pacte par une entreprise n'entraîne pas de sanction particulière mais conduit à sa radiation de la liste, ce qui a un impact irréfutable sur la réputation de cette dernière. Depuis son lancement, 1300 entreprises ont ainsi été « délistées » du Pacte Mondial²³¹².

870. En France, le développement de la RSE et l'accentuation de la responsabilité pénale des personnes morales a également conduit la jurisprudence à s'interroger sur la force contraignante des engagements volontaires. Cette question s'est notamment posée à l'occasion de l'affaire « Erika » qui a fait couler beaucoup d'encre. La Cour d'Appel de Paris,

²³⁰⁷ Transparency International, *Rapport mondial sur la corruption 2009, la corruption et le secteur privé*, op. cit., p. 273-275.

²³⁰⁸ M.-P. Blin-Franchomme, « Droit de l'environnement », séance d'actualisation du droit, *Université Toulouse I-Capitole*, Centre de droit des affaires, 27 mai 2013.

²³⁰⁹ A. Nieto Martín, « Eléments pour un droit international pénal de l'environnement », op. cit.

²³¹⁰ Le Secrétaire Général des Nations Unies de cette époque était M. Kofi Annan.

²³¹¹ United Nations Global Compact, « Qu'est-ce que le pacte mondial ? », Historique et fonctionnement, *Site officiel de U.N Global Compact*. Article disponible en ligne sur <http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/francais1.html>.

²³¹² E. Daoud et A. André, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ? », *AJ Pénal*, 2012, p. 15.

dans un arrêt du 30 novembre 2010²³¹³, avait adopté une solution relativement progressiste en retenant la responsabilité pénale de la société Total SA sur la base de la violation de ses engagements éthiques²³¹⁴. La Cour de Cassation, dans un arrêt très attendu du 25 septembre 2012²³¹⁵, a mis provisoirement fin à cette volonté de « pénalisation des engagements éthiques ». Pourtant la décision de la Haute Cour reste tout de même novatrice. Elle reconnaît la responsabilité de la société Total SA pour la catastrophe écologique. La Cour se fonde, pour ce faire, non sur la violation des engagements volontaires mais sur la base de dispositions textuelles, notamment sur la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer²³¹⁶.

Malgré cette frilosité de la part de la jurisprudence française à reconnaître une dimension pénale aux engagements volontaires, elle semble néanmoins parfaitement envisageable. La RSE est aujourd'hui une composante incontournable du monde des affaires, elle se développe pour concerner d'autres domaines que celui de l'environnement et elle devient de plus en plus contraignante.

871. La notion de RSE a d'abord été adoptée sous l'angle de la seule protection du droit de l'environnement. A partir de ce concept, les entreprises se sont inscrites dans une démarche volontaire et plus « éthique » du point de vue de la qualité de leur produit. Cette démarche commence progressivement à produire des effets juridiques puisque les engagements tendent à devenir véritablement contraignants. Mais le concept de RSE se développe aussi pour concerner de plus en plus de domaines, en particulier la lutte contre la corruption. Le principe de responsabilité « sociale » est peu à peu remplacé par celui de véritable éthique des entreprises.

B - Le développement du concept et son application à la prévention des activités de corruption

872. La conception d'éthique d'entreprise a évolué. Il ne s'agit plus simplement d'une conception purement mercantile. L'entreprise est soumise à de nouvelles règles éthiques, notamment en matière de corruption.

873. Plusieurs affaires récentes démontrent cette réalité. Une réelle volonté de responsabiliser les entreprises pour la violation du droit pénal, notamment pour la commission de crimes internationaux, émerge. Les personnes morales, jusqu'à présent, ne sont pas sujets de droit au regard du Statut de Rome portant création de la Cour Pénale Internationale (CPI)²³¹⁷. Cela démontre que la communauté internationale ne les tient pas encore véritablement pour responsables de la commission de crimes internationaux. Seules les personnes physiques

²³¹³ CA Paris, 30 novembre 2010, n°08/02278, *Dalloz*, 2010, p. 967, obs. S. Lavric ; *Dalloz*, 2010, p. 1008, entretien L. Neyret ; *Dalloz*, 2010, p. 1804, chron. V. Rebeyrol ; *Dalloz*, 2010, p. 2238, chron. L. Neyret ; *Dalloz*, 2010, p. 2468, obs. F.-G. Trébulle ; *Revue des sociétés*, 2010, p. 524, note J.-H. Robert ; *RSC*, 2010, p. 873, obs. J.-H. Robert ; *RTD com*, 2010, p. 622, obs. P. Delebecque.

²³¹⁴ P. Delebecque, « Procès de « l'Erika » : confirmation des condamnations – Cour de cassation, crim. 25 septembre 2012 », *Dalloz*, 2012, p. 2711 ; M. Molinier-Dubost, « Marée noire de l'Erika : double victoire pour les parties civiles et pour l'environnement – Cour de cassation, crim. 25 septembre 2012 », *AJCT*, 2012, p. 620.

²³¹⁵ Cass. Crim., 25 septembre 2012, n°10-82938 ; *AJDA*, 2013, p. 667, étude C. Huglo ; *Dalloz*, 2012, p. 2711, note P. Delebecque ; *Dalloz*, 2012, p. 2673, point de vue L. Neyret ; *Dalloz*, 2012, p. 2675, chron. V. Ravit et O. Sutterlin ; *Dalloz*, 2012, p. 2917, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaskin ; *AJ Pénal*, 2012, p. 574, note A. Montas et G. Roussel ; *AJCT*, 2012, p. 620, obs. M. Molinier-Dubost ; *Revue des sociétés*, 2013, p. 110, note J.-H. Robert ; *RTD Civ*, 2013, p. 119, obs. P. Jourdain ; *JCP G*, 2012, 1243, note K. Le Caviour ; *RJEP*, 2012, comm. 63, obs. D. Guihal ; *Droit de l'environnement*, 2012, p. 371, notes M.-P. Camproux Duffrène, V. Jaworski et J. Sohnle.

²³¹⁶ G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaskin, « Droit pénal », *Dalloz*, panorama, 2012, p. 2917, n°5.

²³¹⁷ Statut de la Cour pénale internationale, dit Statut de Rome, 17 juillet 1998, art. 25 : « La cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent statut », in E. David et P. Heirman, *Code de droit international pénal*, Bruylant, 2009, p.1373 et s.

peuvent donc être jugées et condamnées pour de tels actes. En outre, la pratique démontre que les seules personnes jugées par la CPI jusqu'alors sont des chefs d'Etats ou autres personnes publiques dirigeantes. Aucun chef d'entreprise n'a encore été poursuivi pour crime contre l'humanité, crime de guerre ou génocide. Pourtant, il ressort de certains événements récents que les entreprises privées contribuent parfois à la commission de crimes internationaux. Les chefs d'Etat ont recours à leur complicité.

Nous pouvons citer à ce stade l'affaire relative à la société de surveillance française Amesys. En fournissant un système d'interception et de décryptage des communication au régime libyen, la société a permis la surveillance et la répression des opposants²³¹⁸. La Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH) a porté plainte devant les juridictions françaises contre Amesys pour complicité de torture et autre traitements inhumains.

Cette affaire fait écho à l'actualité américaine. Une procédure contre la société Rio Tinto est en cours devant la Cour Fédérale américaine pour génocide et crimes de guerre en Papouasie Nouvelle Guinée²³¹⁹.

Enfin, le Tribunal Russel pour la Palestine a examiné, lors de sa session en 2011, les possibilités pour la société Caterpillar d'être poursuivie et condamnée pour complicité du crime « d'occupation » d'Israël sur le territoire palestinien²³²⁰.

Aucune de ces affaires n'a encore donné lieu à une condamnation pénale des sociétés mais elles reflètent cette volonté croissante de responsabiliser les entreprises afin qu'elles adoptent une démarche véritablement éthique et respectueuse du droit pénal international.

874. En ce sens, la lutte contre la corruption peut être perçue, pour une fois, comme faisant montre d'exemplarité. Au contraire de ces exemples, la notion d'éthique n'est pas un concept idéaliste. Elle est, au contraire, très présente dans la vie des entreprises privées.

L'époque de l'éthique mercantile est aujourd'hui révolue. Le droit français ne tolère plus que le secteur privé réalise des pratiques corruptrices sous couvert de la poursuite de l'intérêt social. Ce « revirement » de perception a d'ailleurs été consacré par la création des délits de corruption privée par la loi du 4 juillet 2005.

875. Mais avant cette « innovation » législative, la jurisprudence avait déjà adopté une conception de l'éthique d'entreprise en faveur de la lutte contre la corruption. Dans une décision du 27 octobre 1997 à propos de l'affaire « Carignon », la Cour de Cassation avait condamné le dirigeant d'une société commerciale pour abus de biens sociaux considérant : « *quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut retirer, l'utilisation de fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit telle la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte nécessairement atteinte à son crédit et à sa réputation* »²³²¹. Les Hauts Magistrats ont, dans cette affaire, permis de donner une nouvelle dimension à l'éthique d'entreprise, salutaire à l'intégration d'une déontologie dans le secteur

²³¹⁸ Le point, « Libye : la FIDH porte plainte contre la société Amesys pour « complicité d'actes de torture », *Le Point*, 19 octobre 2011 ; Le nouvel observateur, « Plainte contre Amesys » *Le Nouvel Observateur*, 19 octobre 2011.

²³¹⁹ E. Daoud et A. André, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ? », *op. cit.*

²³²⁰ E. David, « Le tribunal Rusell de Palestine », Conférence, *Maison du Droit Vietnamo-française*, Hanoi, Décembre 2011 ; Cf également, A. Winstanley et F. Barat, *Corporate Complicity in Israel's Occupation. Evidence from the London Session of the Russell Tribunal on Palestine*, Pluto Press, novembre 2011.

²³²¹ Cass. Crim., 27 octobre 1997, *Bull. Crim.*, 1997, n°352 ; *JCP G*, 1998, n°6, II, 10 017, note M. Pralus ; *JCP E*, 1998, p. 268, obs. J.-F. Renucci ; *Droit pénal*, 1998, comm. 21, obs. J.-H. Robert ; *Revue des sociétés*, 1998, p. 869, note B. Bouloc ; Pour plus de détails sur cette affaire voir *supra* n°315.

privé. Ainsi que l'énonce Monsieur Jacques Delga, il est « *incontestable que la conception de la Cour de cassation(...), plus proche des mœurs et de l'état d'esprit des pays latins que des conceptions américaines qui font prédominer souvent les traductions immédiates et monétaires, favorise la lutte contre la corruption* »²³²².

876. Cette volonté de responsabiliser l'entreprise face à la corruption n'a pas cessé de s'accroître depuis lors. Après l'incrimination des délits de corruption transnationale et de corruption privée, des mouvements ont été initiés pour parvenir à la condamnation des sociétés mères françaises pour les actes de corruption commis par leurs filiales à l'étranger. En droit français, rien ne fait *ipso facto* obstacle à une telle condamnation dans la mesure où les éléments constitutifs de la complicité sont réunis²³²³ que le comportement de la filiale est constitutif d'une infraction pénale aux yeux de la loi française ou de la loi étrangère sur le territoire de laquelle l'élément matériel a été commis²³²⁴. C'est exactement ce qui a été reproché à la société Rougier qui a été poursuivie en 2002 pour complicité de destruction de biens appartenant à autrui, faux et usage de faux, escroquerie, recel et corruption de fonctionnaire²³²⁵. L'auteur de ces infractions était sa filiale, la Société SFID, société de droit camerounais²³²⁶. Malgré que cette affaire n'ait pu aboutir, elle permet néanmoins de formuler plusieurs observations.

D'une part, la condamnation d'une société mère française pour complicité d'infractions commises par une de ses filiales de droit étranger est aujourd'hui envisageable. Bien que le principe de double incrimination soit une fois de plus requis²³²⁷, il ne fait nul doute qu'une société mère peut être tenue responsable des agissements de ses filiales. Cette solution favorise nettement la lutte contre la corruption : elle permet une condamnation pour corruption commise à l'étranger en évitant les difficultés relatives à la mise en place d'une coopération internationale. D'autre part, le risque de condamnation qui pèse aujourd'hui sur les sociétés mères françaises les oblige à être beaucoup plus vigilantes quant aux agissements de leurs filiales. Pour ce faire, la société peut être incitée à adopter des normes applicables à toutes les filiales afin de s'assurer du respect des exigences du droit pénal français.

877. Dans un tel contexte, l'adoption de chartes ou de codes éthiques pour la prévention des pratiques de corruption apparaît comme une nécessité. La promotion de l'établissement de chartes éthiques s'est d'abord opérée à l'échelle internationale. Outre le Pacte Mondial, d'autres organisations ont agi en ce sens.

L'Organisation Internationale pour la Francophonie (OIF) a publié en octobre 2010 des « chartes types » incitant toutes les entreprises francophones à en adopter une et à s'engager dans la lutte contre les pratiques corruptrices²³²⁸.

²³²² J. Delga, « Ethique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise », *op. cit.*, p. 399.

²³²³ C. Pén., art. 121-7.

²³²⁴ C. Pén., art. 113-5 : « 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 le 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. ».

²³²⁵ Cependant, cette affaire n'a pu donner lieu à aucune poursuite judiciaire car la Chambre de l'instruction de la Cour d'Appel de Paris a déclaré la plainte irrecevable pour défaut de preuves apportées par les plaignants ; in H. Ascensio, « L'extraterritorialité comme instrument. Contribution aux travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises », *Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, Institut de Recherche en Droit International et Européen (IREDIÉS)*, 2011, n°18, p.6.

²³²⁶ Pour plus de détails sur cette affaire, cf M.-C. Caillet, « Comprendre les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises transnationales », *Sherpa*, 2009, p. 5 ; D. Marini, P. Richard et J.-J. Sueur, *Droit(s) et sanctions, études juridiques internationales, L'Harmattan*, 2013, p. 118.

²³²⁷ C. Pén., art. 113-5.

²³²⁸ Forum Francophonie des Affaires (FFA), « Charte éthique des entreprises francophones », *OIF*, octobre 2010, p. 13. Charte disponible en ligne sur http://democratie.francophonie.org/IMG/pdf/Charte_ethique_FFA.pdf.

L'OCDE a établi des recommandations pour l'adoption de chartes éthiques en faveur de la promotion de la transparence, de l'efficacité, de l'intégrité, du respect des droits de l'homme et de l'environnement²³²⁹. Les principes directeurs établis par l'OCDE représentent à ce jour les standards internationaux pour l'établissement de codes de conduites et de chartes éthiques par les entreprises privées²³³⁰. « *Les Principes directeurs sont des recommandations que les gouvernements adressent conjointement aux entreprises multinationales. Ils énoncent des principes et des normes de bonnes pratiques conformes aux législations en vigueur et aux autres normes internationalement admises. Le respect des principes directeurs par les entreprises est volontaire et n'est pas juridiquement contraignant. Néanmoins, certains sujets abordés dans les Principes directeurs peuvent également être réglementés par des législations nationales ou des engagements internationaux.* »²³³¹.

Ces principes sont à destination de toutes les entreprises dotées de la nationalité des Etats membres de l'OCDE²³³². Il s'agit donc de recommandations non contraignantes promouvant l'adoption, par les entreprises concernées, de nouvelles normes éthiques. Ces chartes doivent contenir des engagements relatifs à la publication d'informations financières, au respect du droit du travail, à la lutte contre le travail des enfants, au respect de l'environnement, de la santé et de la sécurité publique, à la lutte contre la corruption et à la protection des intérêts des consommateurs. Depuis 2011, l'organisation recommande également que les engagements reposent sur le respect des droits de l'homme²³³³. Bien que ces recommandations ne soient pas contraignantes, leur violation peut sérieusement entacher la réputation de l'entreprise concernée. Comme pour le dispositif mis en place par le Pacte Mondial, il s'agit d'une sanction morale relative au discrédit de l'entreprise sur la scène internationale.

L'ONG Transparency International a élaboré en août 2004, des principes de conduite à destination du secteur privé pour contrer la corruption, en partenariat avec Social Accountability. Ces principes fournissent une référence complète en matière de lutte contre les « pots-de-vin »²³³⁴. Par ce biais, l'ONG a souhaité fournir aux entreprises un « *outil essentiel* » pour le monde des affaires, utilisable soit comme point de départ dans l'élaboration de normes internes, soit comme point de référence pour des pratiques déjà établies²³³⁵. L'originalité de cette initiative tient au fait que les organismes souhaitent toucher les entreprises de toutes tailles. Pour ce faire, la branche française de Transparency International, en partenariat avec la chambre de commerce et d'industrie de Paris, a publié en 2006 un « *Vade – Mecum* » à destination des PME²³³⁶.

²³²⁹ Cf OCDE, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », OCDE, 2011, p. 37-61. Principes directeurs disponibles en ligne sur www.oecd.org.

²³³⁰ A. Chauveau et J-J Rosé, *L'entreprise Responsable, ed. d'Organisations*, 2006, chapitre 8 Ethique, corruption et blanchiment, p. 181.

²³³¹ OCDE, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *op. cit.*, p. 19.

²³³² Pour les principes directeurs, il s'agit des 34 Etats membres de l'OCDE plus l'Argentine, Le Brésil, l'Egypte, la Lettonie, la Lituanie, le Maroc, le Pérou et la Roumanie ; ce qui fait un total de 42 Etats.

²³³³ Lors de la révision de 2011, les principes directeurs se sont élargis avec un chapitre expressément dédié aux droits humains, aligné sur les travaux de John Ruggie, représentant spécial des Nations Unies pour les entreprises et les droits humains. Quel que soit le pays où elles agissent, les multinationales et leurs filiales sont dorénavant tenues de respecter les droits humains internationalement reconnus, et ce, dans toutes leurs opérations et relations d'affaires, y compris avec leurs fournisseurs et sous-traitants. Les entreprises signataires sont désormais explicitement tenues à mettre en place des processus de diligence raisonnable (due diligence) visant à prévenir et réduire les impacts négatifs de leurs activités ainsi qu'à éviter toute complicité dans des violations des droits humains. Enfin, le réseau international d'ONG *OECD Watch* a, à présent, la possibilité de saisir le Comité d'Investissement de l'OCDE pour juger des performances d'un point de contact national. (www.humanrights.ch). Ces nouvelles dispositions vont dans le sens précédemment exposé de la possibilité, aujourd'hui, d'engager la responsabilité d'une entreprise peu diligente qui, pour des raisons économiques, se serait rendue complice de crimes contre l'Humanité (Amesys pour l'exemple le plus récent et son contrat avec le gouvernement Libyen).

²³³⁴ P. Montigny, *L'Entreprise face à la corruption internationale*, *op. cit.*, p. 473

²³³⁵ J. Brooks et E. Kohl Kaufmann, « préface aux principes de conduite des affaires pour contrer la corruption », *Transparency International et Social Accountability* ; in P. Montigny, *Ibid.*, annexe 5, p. 749.

²³³⁶ TI France, « Vade-Mecum PME : prévenir le risque de corruption dans les PME », *TI France, Ethique et Transparence*, 2006, pp. 1-26.

878. Ce sont là les actions les plus « marquantes » dans la promotion de l'élaboration de normes éthiques dans le monde des affaires mais ce ne sont pas les seules²³³⁷. Toutes ces actions poursuivent un objectif majeur : celui de promouvoir l'élaboration de chartes éthiques dans les entreprises pour fonder leurs engagements à lutter contre les pratiques corruptrices. Ces travaux semblent d'ailleurs porter leurs fruits puisque de plus en plus d'entreprises se dotent aujourd'hui de chartes éthiques pour se conformer à cette impulsion internationale²³³⁸. Il apparaît, en effet, que l'adoption de normes de développement durable et d'intégrité devient une composante incontournable du monde des affaires. Elles représentent le moyen, pour les entreprises, de prouver leurs engagements et leur responsabilité aux parties prenantes externes comme les partenaires commerciaux, les consommateurs, les communautés ou autres groupes d'observateurs sociaux ou environnementaux. Par ce biais, les entreprises peuvent asseoir leur crédibilité et leur légitimité auprès de toutes les parties prenantes²³³⁹.

879. L'apport des chartes en matière de crédibilité est bien réel. Des organismes supranationaux évaluent le degré d'implication des entreprises dans la lutte contre la corruption. Certains, comme Transparency International, n'effectuent qu'une évaluation non contraignante dont la sanction est purement morale sur la réputation de l'entreprise à l'internationale. L'ONG évalue ainsi régulièrement l'efficacité et le sérieux des programmes « anti-corruption » des entreprises cotées. Cette évaluation se base sur « *la disponibilité publique d'informations concernant les systèmes anti-corruption mis en place, l'organisation des entreprises évaluées et la quantité d'informations financières qu'elles fournissent pour chacun des pays dans lesquels elles opèrent.* »²³⁴⁰. Les résultats sont publiés dans un rapport. Le rapport du 10 juillet 2012 démontre que sur les 105 entreprises évaluées, le meilleur score revient à la société Norvégienne Statoil qui publie des informations significatives sur ses programmes anti-corruption, ses filiales, les impôts qu'elle verse et les profits qu'elle réalise dans les 37 pays où elle opère. En revanche, la société Bank of China est la société la plus mal notée dans la mesure où elle n'a mis en place aucun programme anti-corruption et moins de la moitié de ses comptes et activités sont communiqués au public²³⁴¹. L'analyse du rapport démontre que les sociétés les mieux notées par l'ONG sont des sociétés européennes.

880. Mais d'autres organismes disposent d'outils plus contraignants à destination des entreprises par l'élaboration de normes ou de labels. AccountAbility, par exemple, emploie la même approche mais octroie une norme aux entreprises soucieuses du respect de l'intégrité : la norme AA1000. L'International Social and Environmental Accreditation et le Labelling Alliance regroupent des producteurs de normes internationales et définissent les bonnes pratiques en matière de conception et de mise en œuvre de normes sociales et environnementales, et de l'assurance associée. Les parties prenantes doivent participer à toutes les étapes de l'élaboration de normes et de codes de la conception à la mise en œuvre des stratégies organisationnelles, jusqu'à la divulgation publique et l'assurance²³⁴² pour espérer une certification. Le processus d'élaboration de normes anti-corruption à l'international est lui-même de plus en plus normalisé.

²³³⁷ D'autres initiatives ont été lancées en ce sens à l'international. Le World Economic Forum (WEF), notamment, a élaboré des principes pour contrer la corruption par l'élaboration du « partnering against corruption initiative » (PACI). La chambre de commerce internationale (ICC) s'est également attachée à élaborer des règles de conduites pour lutter contre l'extorsion et la corruption.

²³³⁸ A. Chauveau et J-J Rosé, *L'entreprise Responsable*, op. cit., p. 176.

²³³⁹ Transparency International, *Rapport mondial sur la corruption 2009, la corruption et le secteur privé*, op. cit., p. 207.

²³⁴⁰ TI France, « Une étude de Transparency International montre que les multinationales doivent être bien plus transparentes », *TI France*, Site officiel. Disponible en ligne sur http://www.transparence-france.org/ewb_pages/div/CP_rapport_TRAC.php.

²³⁴¹ Transparency International, « Transparency in corporate reporting: Assessing the world's largest companies », *Transparency International*, 10 juillet 2012, p. 13.

Rapport disponible en ligne sur http://www.transparence-france.org/e_upload/pdf/2012_transparencyincorporatereporting.pdf.

²³⁴² Transparency International, *Rapport mondial sur la corruption 2009, la corruption et le secteur privé*, op. cit., p. 207-208.

881. En droit européen comme en droit français, les entreprises ne sont pas dans l'obligation d'adopter des chartes éthiques. Cela relève encore d'un engagement volontaire. Elles doivent, en revanche, respecter un certain nombre de dispositions relatives à la transparence financière et à la lutte contre la corruption. Pour ce faire, l'adoption d'une charte peut être perçue comme un outil pour le respect de ces obligations. Les dispositions relatives à la transparence relèvent de la directive 2004/109/CE dite « directive Transparence »²³⁴³. Ce texte enjoint les Etats Membres de l'UE à prendre des dispositions législatives ou réglementaires afin de contraindre les entreprises privées à plus de transparence dans l'établissement de leurs comptes. Les articles 4 et 5 de la directive font, en outre, obligation aux entreprises privées de communiquer leurs rapports annuels et semestriels.

882. En France, la directive a été transposée par la loi du 26 juillet 2005²³⁴⁴. Depuis lors, les « émetteurs » doivent communiquer leurs rapports semestriels et annuels à l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) qui s'assure du contrôle de leur régularité²³⁴⁵. L'obligation d'information a été renforcée par l'adoption décret du 24 avril 2012²³⁴⁶ portant application de l'article 225 de la loi du 12 Juillet 2010 (Dite Loi Grenelle II)²³⁴⁷ dans le cadre des nouvelles obligations liées à l'environnement et à la RSE. Les entreprises concernées sont désormais amenées à communiquer un certain nombre d'informations, notamment relatives à leurs engagements en faveur du développement durable et les actions engagées pour prévenir la corruption²³⁴⁸.

883. Comme soulevé, tant à l'échelle internationale²³⁴⁹ que nationale²³⁵⁰, les entreprises ne sont pas contraintes d'adopter des codes éthiques. Mais elles y sont de plus en plus incitées. En droit français, l'adoption de chartes peut être un bon outil pour assurer le respect des obligations relatives à la transparence financière. Or nous assistons en parallèle à une montée de la juridicité des chartes. Cette juridicité s'opère déjà dans le droit du travail et de l'environnement. Classiquement, les dispositions volontaires adoptées par les entreprises à l'égard des salariés deviennent contraignantes et ces derniers peuvent les faire valoir judiciairement. Mais la juridicité semble désormais s'étendre aux dispositions purement déontologiques des chartes²³⁵¹. Des poursuites pourraient donc être envisageables en cas de violation des engagements déontologiques de l'entreprise.

884. Ces hypothèses sont très favorables à la prévention et la lutte contre la corruption. Prenons l'exemple d'une société mère française dotée d'une charte éthique exigeant de toutes ses filiales basées à l'étranger qu'elles communiquent tous leurs documents comptables selon les exigences de la loi française. S'il s'avère que la société ne respecte pas ses engagements et

²³⁴³ Directive, n°2004/109/CE, « Directive du Parlement et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE », 15 Décembre 2004, *JOUE*, n° L390, 31 décembre 2004, p. 38. Cette directive a été modifiée par la directive, n° 2007/14/CE, « Directive portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la directive 2004/109/CE sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé », 8 mars 2007, *JOUE*, n° L69, 9 mars 2007, p. 27.

²³⁴⁴ Loi, n°2005-842, « Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie », 26 juillet 2005, *JORF*, n° 173, 27 juillet 2005, p. 12160, dite « Loi Breton ».

²³⁴⁵ AMF, « Suite de la transposition de la directive Transparence : L'AMF lance une consultation publique sur son projet de règlement général transposant la directive 2007/14/CE du 8 mars 2007 », AMF, consultations publiques, 24 août 2007, pp. 1-68. Consultation disponible en ligne sur http://www.amf-france.org/documents/general/7911_1.pdf.

²³⁴⁶ Décret, n° 2012-557, « Décret relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », 24 avril 2012, *JORF*, n° 0099, 26 avril 2012, p. 7439.

²³⁴⁷ Loi n° 2010-788 « Loi portant engagement national pour l'environnement », 12 juillet 2010, *JORF*, n°0160, 13 juillet 2010, p. 12905.

²³⁴⁸ Décret, n° 2012-557, 24 avril 2012, *op. cit.*, art. 1, II, 3°, d).

²³⁴⁹ Cf'OCDE, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *op. cit.*

²³⁵⁰ Cf'Comité d'éthique, « Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise », Guide à destination des dirigeants d'entreprise, *op. cit.*

²³⁵¹ P.-H. Antonmattei et P. Vivien, « Chartes éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : Etats des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 15-27.

qu'une telle négligence a facilité la commission d'actes de corruption ou, du moins, a permis de retarder significativement la date de la découverte de ces pratiques, la personne morale pourrait être poursuivie pour violation de sa charte éthique.

885. La notion d'éthique d'entreprise est donc en pleine expansion en France. Il ne fait nul doute que l'incrimination des pratiques corruptrices dans le secteur privé est à l'origine de ce développement. La responsabilité de l'entreprise sort désormais du cadre strict du droit de l'environnement et du droit du travail pour adopter une dimension purement éthique relative à l'engagement de la lutte contre la corruption. En France, le secteur privé a bien été identifié comme foyer potentiel de réception de la corruption. A ce titre, des mesures préventives doivent aussi lui être applicables. Ce n'est pas le cas du droit vietnamien qui considère encore majoritairement l'entreprise sous l'angle de la victime d'un secteur public encore très opaque et corrompu. La conception d'éthique d'entreprise est, en conséquence, encore aux stades des prémices en droit vietnamien.

§2 – UNE CONCEPTION ENCORE AU STADE DES PREMICES EN DROIT VIETNAMIEN

886. Le Vietnam ne mesure pas véritablement le risque de corruption existant dans le secteur privé car il n'a pas encore identifié l'importance de son pouvoir décisionnel. Le délit de corruption privé n'est pas encore incriminé. Par conséquent, la notion de corruption dans le secteur privé est uniquement envisagée sous l'angle de ses rapports avec le secteur public²³⁵². Dans cette configuration, l'entreprise ne peut jouer que le rôle du corrupteur mais non celui du corrompu.

Malgré que le secteur privé soit susceptible de se rendre coupable de l'infraction de corruption active, le législateur vietnamien ne semble pas pour autant considérer les entreprises comme une « menace » à cet égard. Le secteur public manifeste une dominance écrasante dans le système économique vietnamien dont il fait allègrement abus²³⁵³. Par conséquent, l'entreprise corruptrice est généralement considérée comme victime d'extorsion commise par un secteur public opaque et corrompu (A).

Toutefois, le pays est en pleine évolution et le secteur privé semble avoir gagné de l'importance grâce au développement économique. Considérer le secteur privé uniquement sous l'angle de la victime ne correspond plus à la réalité. Le législateur semble peu à peu prendre conscience du rôle grandissant que les entreprises acquièrent. Les textes les plus récents adoptés à destination de ces dernières détiennent une dimension de transparence. Progressivement, une notion de « déontologie » semble émerger dans le secteur privé (B).

²³⁵² T-T Nguyen, M. –A. Van Dijk, « Corruption, growth and governance: private vs. State owned firms in Vietnam », *Journal of banking and finance*, novembre 2012, vol. 36, issue 11, p. 2935-2948.

²³⁵³ Ainsi, par exemple, une partie de la doctrine tend à considérer qu'étant donné que les entreprises publiques ne sont pas soumises à la menace d'une faillite ou de retrait des investisseurs leur pouvoir est bien supérieur à celui des entreprises privées. Cet Etat de fait entraîne, ainsi, un sentiment de dominance de la part des dirigeants publics qui feront alors primer leurs intérêts personnels à celui de l'entreprise qui ne risque pas, un jour, de disparaître. Le secteur privé est, comme pris au piège de ce jeu de corruption ; s'il ne s'y soumet pas alors il perdra toute part de marché au profit des entreprises publiques ; *inIbid*, p. 2946.

A -La perception de l'entreprise privée comme victime de l'opacité publique

887. Classiquement, le secteur privé est perçu comme une victime d'un secteur public dominant, opaque et corrompu. Certains auteurs considèrent ainsi que le secteur privé est doublement pris au piège par le secteur public. D'une part, la concurrence est manifestement inégale. Les entreprises publiques, encore dominantes, ne sont pas soumises au risque de faillite. De ce fait, elles peuvent pratiquer des prix très bas concurrençant fortement le secteur privé. D'autre part, une entreprise privée éprouve plus de difficultés à s'établir. Alors que l'entreprise publique est créée par le gouvernement, l'entreprise privée est obligée d'avoir recours à l'administration pour s'enregistrer et s'immatriculer. A cette occasion, il n'est pas rare que le dirigeant soit dans l'obligation de verser des avantages aux agents publics pour obtenir les attestations nécessaires²³⁵⁴.

Par conséquent, l'entreprise n'est pas une menace en matière de corruption mais une victime du manque de transparence des activités publiques. Il ressort également de ce courant majoritaire que le secteur privé est sous représenté au niveau décisionnel dans le cadre des nouveaux dispositifs de lutte contre la corruption²³⁵⁵.

888. Cette opinion majoritaire n'est pas totalement erronée. La pratique démontre que les entreprises privées sont effectivement victimes d'une certaine forme d'extorsion de la part des acteurs publics. Beaucoup d'entre elles avouent être régulièrement sollicitées à verser des commissions aux décideurs publics pour l'obtention ou la conservation de contrats. En d'autres termes, leur survie dépend de la corruption²³⁵⁶. De cette situation ressort une nette dominance du secteur public sur le secteur privé. Non seulement les entreprises publiques sont favorisées en faisant partie de la grande famille du « secteur public », mais elles sont en mesure de verser de nombreux avantages sans être menacées par la faillite. En conséquence, les entreprises privées sont dans l'obligation de « s'aligner » à cette pratique si elles ne veulent pas disparaître.

889. Une certaine forme de fatalité se fait donc ressentir dans le secteur privé. C'est du moins ce qui ressort des conseils fournis aux futurs investisseurs souhaitant s'implanter au Vietnam. Ils expriment très clairement cette victimisation et démontrent que toute entreprise est dans « l'obligation » de verser des avantages pour l'obtention ou la conservation de marchés. Les conseillers vont d'ailleurs jusqu'à préciser que tout entrepreneur voulant investir au Vietnam se verra dans l'obligation de revoir ses principes éthiques pour se plier aux « règles du jeu » du marché vietnamien²³⁵⁷.

890. Ces analyses, bien qu'en partie vraies, n'emportent cependant pas entièrement notre conviction. Le point de départ semble erroné. Les entreprises privées restent, d'abord, des entités économiques à but lucratif. Leur objectif principal est donc de faire des profits. Il semble en conséquence peu opportun de ne les envisager que sous l'angle des victimes. Si

²³⁵⁴ Dr. N. Hoi Phan, « Better administrative procedure help prevent corruption », *Vietnam law and legal forum*, Focus, juillet, 2008, p.8.

²³⁵⁵ N. Tuan Khanh, « Preventing business relative corruption », *Vietnam law and legal forum*, Focus, juillet 2008, p.12.

²³⁵⁶ N. Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, « APEC Procurement transparency standards in Vietnam. The Need to Move from Law to Practice », *op. cit.*, p. 12, 14, 25 et s.

²³⁵⁷ Par exemple, la revue financière indienne, *India Forbes* (l'Inde étant un gros investisseur au Vietnam), prévient tout investisseur privé voulant s'installer au Vietnam de cette dimension de corruption et de l'obligation qu'ils auront, de renoncer à leurs principes éthiques (de plus en plus présents dans les compagnies indiennes) s'ils souhaitent réellement pouvoir exercer une activité économique au Vietnam ; cf G. Urru et F. Areola, « Compliances and ethical issues to consider for business in Vietnam », *India Forbes*, 2 janvier 2010. Article disponible en ligne sur www.forbesindia.com.

elles jouent le rôle de corrupteur, c'est pour obtenir un avantage financier à la clé. Certaines d'entre elles s'accommodent d'ailleurs très bien de cette situation. Elles n'ont aucun scrupule à verser volontairement de nombreux avantages pour s'assurer de l'obtention ou de la conservation de marchés. Certains dirigeants ne le font d'ailleurs pas pour la survie de leur société, mais bien en poursuivant un but personnel²³⁵⁸. La vision traditionnelle selon laquelle le dirigeant public réalise des actes de corruption dans son intérêt tandis que le dirigeant privé le fait dans l'intérêt de son entreprise est fortement remise en question.

Le secteur privé semble, ensuite, détenir une part de responsabilité dans la situation actuelle. Si le versement de commissions est si répandu dans l'économie vietnamienne, c'est aussi parce que le secteur privé n'a pas eu l'initiative de prendre des engagements éthiques et d'adopter des normes de contrôle.

891. Puisque le secteur privé n'est envisagé que sous l'angle de la « victime », il n'est pas soumis à des obligations de transparence et d'intégrité contrairement au secteur public. Il n'existe pas non plus de sanctions particulières à son égard. Il ressort de la lecture des différentes études menées sur la corruption au Vietnam que le pays n'envisage pour le moment que des solutions liées à la réforme du secteur public pour mettre un terme au problème endémique de la corruption²³⁵⁹. La notion de déontologie privée n'est donc pas familière en droit vietnamien.

La vision semble cependant en pleine évolution et le secteur privé commence timidement à être perçu comme un acteur potentiel de la corruption. On assiste à une certaine émergence de la notion de « déontologie » applicable au secteur privé.

B - L'émergence d'une notion de « déontologie privée » en droit vietnamien.

892. Le secteur privé prend de l'ampleur au Vietnam. Le développement économique du pays lui confère de plus en plus de poids dans l'économie et la politique vietnamienne. Le législateur semble peu à peu prendre conscience de la montée du secteur privé et a adopté, dans les textes récents, des mesures en faveur de la transparence et de l'intégrité des entreprises privées.

893. Des dispositions ont été prises pour inciter les entreprises privées à faire acte de transparence financière. Premièrement, le législateur oblige les entreprises privées qui souhaitent répondre à un appel d'offre pour l'obtention d'un marché public, à faire preuve de transparence financière. Elles doivent être en mesure de présenter des comptes réguliers et justes²³⁶⁰. Ces dispositions figurent majoritairement dans la loi sur les marchés publics de 2005²³⁶¹ mais des dispositions analogues figurent aussi dans la lettre de l'article 3§4 de la loi

²³⁵⁸ C'est notamment ce qui s'est passé dans l'affaire *Securrency International*. L'entreprise australienne du même nom avait versé de nombreux pots-de-vin pour un montant global équivalant à plusieurs millions de dollars, à de hauts fonctionnaires de l'entreprise publique vietnamienne d'émission des billets de banque. De tels montants ne peuvent se justifier uniquement par le fait que l'entreprise australienne y était obligée ni que le dirigeant avait agi dans le seul intérêt de la société. D'autres avantages en nature avaient, par ailleurs, mutuellement été conférés entre les différents protagonistes. Ce pacte corrompueur global à double entrée avait donc été passé dans l'intérêt personnel des décideurs publics et privés. Dans un tel contexte, la société privée ne saurait être considérée sous l'angle de victime de la corruption.

²³⁵⁹ N. Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, «APEC Procurement transparency standards in Vietnam. The Need to Move from Law to Practice», *op. cit.*, p. 30-33; N. Tuan Khanh, « Preventing business relative corruption », *op. cit.* ; T-T Nguyen, M.-A. Van Dijk, « Corruption, growth and governance : private vs. State owned firms in Vietnam », *op. cit.*

²³⁶⁰ N. Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, «APEC Procurement transparency standards in Vietnam. The Need to Move from Law to Practice», *op. cit.*, p.15.

²³⁶¹ Loi, n°61/2005/QH11, « Loi sur les marchés publics », *op. cit.*

sur la concurrence de 2004²³⁶². Deuxièmement, le législateur a adopté une loi sur les comptes des entreprises en 2003²³⁶³. L'article 32²³⁶⁴ de cette loi prévoit la publication des comptes des entreprises. Une interrogation subsiste néanmoins quant au destinataire de la publication. Il semble que les comptes doivent être, avant tout, communiqués aux associés mais aussi à un organe d'Etat chargé de procéder à la vérification. Il apparaît cependant que la vérification prévue par la loi ne peut avoir lieu, au maximum, qu'une fois par an et seulement sur décision hiérarchique par un organe décisionnel de l'Etat. L'article 34 de la loi prévoit, en outre, que les comptes doivent faire l'objet d'un audit avant publication. Enfin, le texte érige l'interdiction de falsifier les comptes de l'entreprise ou de forcer une tierce personne à le faire²³⁶⁵. En cas de falsification, aucune sanction particulière n'est prévue. La découverte de malversations revient à l'organe de vérification des comptes qui sera en charge d'en informer les autorités compétentes²³⁶⁶. Par ailleurs, même si une falsification de comptes est prouvée, la sanction applicable n'est pas réellement déterminée puisqu'il n'existe pas d'infraction pénale applicable spécifiquement à cette situation.

894. S'il ressort de ces dispositions législatives l'établissement d'une certaine éthique d'entreprise, il s'agit essentiellement d'une éthique purement mercantile. La vérification des comptes par les associés a surtout pour objectif de vérifier que l'entreprise est bénéficiaire et que le dirigeant agit dans l'intérêt de la société et non dans son intérêt personnel. De ce fait, à l'image de la solution adoptée par la Cour de Cassation française dans l'affaire « *Noir-Botton* »²³⁶⁷, une décision illégale, comme la commission d'un acte de corruption, peut apparaître parfaitement conforme à l'intérêt de la société.

895. Mais le développement économique du pays conduit le gouvernement à prendre également des mesures en faveur de l'intégrité des entreprises privées. Dans ce cas, la notion d'éthique d'entreprise se rapprocherait plus de la conception actuelle française. Le pays prend peu à peu la mesure de l'importance du secteur privé dans l'économie et tend à ne plus le considérer uniquement sous l'angle de la simple victime.

Depuis 2010, un projet est lancé par la chambre de commerce et d'industrie vietnamienne (CCIV) en partenariat avec de nombreuses institutions internationales et étrangères. Ce projet s'appelle International Transparency in Business initiative (ITBI)²³⁶⁸ et il a pour but de faire prendre conscience du danger que représente le secteur privé dans le cadre des pratiques corruptrices. Le projet considère dès lors que la lutte contre la corruption ne peut se faire sans procéder, en parallèle de la réforme du secteur public, à un assainissement du secteur privé²³⁶⁹. Pour prévenir efficacement les pratiques corruptrices au Vietnam, les entreprises privées doivent donc adopter des mesures en faveur de l'intégrité et de la déontologie. En

²³⁶² Loi, n°27/2004/QH11, « Loi sur la concurrence », Hanoi, 3 décembre 2004.

²³⁶³ Loi, n° 03/2003/QH11, « Accounting law », Hanoi, 17 juin 2003.

²³⁶⁴ *Ibid.*, art. 7-4 : « Information and data in the annual financial statements of the accounting units must be publicized according to the provisions in article 32 of this Law. ».

²³⁶⁵ *Ibid.*, art. 14§1, Prohibited acts: « Forging, falsely declaring, colluding with or forcing other persons to forge or falsely declare or erasing accounting records. ».

²³⁶⁶ *Ibid.*, art. 38.

²³⁶⁷ Cass. Crim. 6 février 1997, *Bull. Crim.*, 1997, n°48 ; *JCP G*, 1997, II, 22 823, note M. Pralus ; *Dalloz Affaires*, 1997, p. 281 et 780, note H. Matsopoulou ; *Droit pénal*, 1997, comm. 61, 63 et 70 ; *Revue des sociétés*, 1997, p. 146, note B. Bouloc ; *Dalloz*, 1997, p. 334, note J.-F. Renucci. Voir *supra* n°315.

²³⁶⁸ Voir *supra* n°221.

²³⁶⁹ Ainsi, à l'occasion de l'ouverture du projet, le Docteur Doan Duy Khuong, Vice-président de la CCIV a déclaré : « *The launch of ITBI is extremely necessary and very important. Transparency is a matter in connection with the law. The enhancement of transparency in business relationships will help Vietnamese society and economy to develop healthily, sustainably in line with international practices. At the same time, it also helps heighten business position, confidence and competitiveness of Vietnamese businesses in the international business community.* » ; in Q. Chi, « Integrity & Transparency in Business Initiative for Vietnam », *Vietnam Chamber of Commerce and Industry (VCCI)*, Vietnam Business Forum, 22 mars 2010. Article disponible en ligne sur www.vccinews.com.

revenus et de respect d'une déontologie. Le secteur privé apparaît timidement dans les mesures préventives les plus récentes mais il est encore majoritairement considéré comme victime et non comme acteur de la corruption.

898.Malgré de nombreuses insuffisances, les mesures adoptées par les deux systèmes sont essentielles à la prévention de la corruption. Les deux pays ont correctement identifié les risques de corruption et ont pris les normes qui s'imposaient en conséquence. En substance cependant, des lacunes ont été identifiées. La principale d'entre elles tient au manque de considération accordée au « citoyen ». Le Vietnam met en place un processus de dénonciation de la part du citoyen, mais il n'apparaît pas optimal. Il n'offre pas un degré de protection suffisant pour permettre le signalement des actes de corruption. La France, quant à elle, fait preuve d'un total manque de considération. Le législateur n'intègre pas le « citoyen » dans le dispositif de l'alerte éthique et n'a créé aucune « alerte citoyenne » bénéficiant du même degré de protection. A notre sens, la participation citoyenne aux mesures de prévention contre la corruption est une composante fondamentale que les Etats ont tort de négliger. L'anéantissement des pratiques de corruption sur un territoire donné passe avant tout par un rejet moral de la part de sa population.

Comme analysé, la prévention de la corruption passe avant tout par l'adoption et la mise en œuvre de mesures purement préventives. Mais ce ne sont pas les seules mesures qui permettent de prévenir efficacement toutes les pratiques corruptrices. La prévention passe aussi par la dissuasion. Par conséquent, des mesures dissuasives à la corruption servent tout aussi efficacement à les prévenir.

TITRE 2: LES MESURES DISSUASIVES DES PRATIQUES CORRUPTRICES

899. La prévention est un pendant essentiel de la lutte contre les pratiques corruptrices. Elle permet de changer la structure et les comportements d'une société en empêchant la commission des infractions. Par conséquent, la prévention permet de s'affranchir des difficultés liées à la répression et d'éviter les conséquences néfastes d'un acte de corruption. Toutefois, elle peut prendre plusieurs formes. A côté des mesures purement préventives, il existe aussi des mesures dissuasives.

900. Dissuader le futur auteur d'une infraction permet effectivement d'en prévenir la commission. Cette conception n'est pas nouvelle en droit pénal et nous avons pu relever un certain nombre d'aspects dissuasifs dans le cadre de la répression des pratiques corruptrices. L'existence et l'utilisation de délits « connexes » à la corruption pour la condamnation de certaines pratiques revêtent un aspect dissuasif. Ces délits ont pour effet d'augmenter le risque pénal à l'égard de l'auteur puisqu'il est susceptible de se rendre simultanément coupable de plusieurs infractions. Le fait, pour le législateur, d'avoir relevé substantiellement le *quantum* de la peine d'amende pour les délits d'atteinte à la probité par la loi du 6 décembre 2013²³⁷¹, est un autre aspect de l'utilisation de la dissuasion en matière répressive. L'objectif est que le délinquant potentiel, au regard de l'analyse « *risque/avantage/coût* », renonce de lui-même à commettre l'infraction²³⁷² considérant que le « jeu n'en vaut pas la chandelle ».

Ici, la dissuasion est « directe » en ce qu'elle touche directement l'aspect répressif des infractions considérées. Mais d'autres formes de dissuasion émergent progressivement et elles revêtent un aspect préventif efficace.

901. Il ressort d'abord des évolutions récentes que la lutte contre la corruption s'intensifie et s'internationalise. Il s'agit d'un véritable tournant du droit pénal tel qu'il a été classiquement conçu. Cette branche du droit a été, pendant très longtemps, essentiellement d'application « territoriale »²³⁷³. En tant qu'attribut de la souveraineté, le droit pénal a toujours été une conception purement nationale. Il revient traditionnellement à chaque pays de déterminer librement quels sont les comportements qui méritent de recevoir un traitement pénal à ses yeux²³⁷⁴. Mais le développement des relations inter-étatiques a conduit les Etats à revoir ce principe traditionnel pour s'inscrire dans une démarche plus globale et cohérente. La généralisation des échanges économiques internationaux a favorisé l'internationalisation des infractions pénales, en particulier des pratiques corruptrices²³⁷⁵. Face à cette diffusion mondiale des infractions autrefois purement nationales, la communauté internationale a mis en place une stratégie pénale « à la mesure du danger grandissant »²³⁷⁶. Le droit pénal s'est peu à peu lui-même « internationalisé » en réaction à l'internationalisation de la criminalité²³⁷⁷. En matière de corruption, de nombreuses conventions régionales et

²³⁷¹ Loi, n° 2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », 6 décembre 2013, *op. cit.*

²³⁷² C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Dalloz*, panorama, 2014, p. 1564, n°5.

²³⁷³ L. Arroyo Zapatero, « L'harmonisation internationale du droit pénal », *RSC*, 2011, p. 557.

²³⁷⁴ Cf en ce sens, Raphaëlle Parizot, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Thèse, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, 2010, t. 48, p. 3.

²³⁷⁵ J. Tricot, « La corruption internationale », *RSC*, 2005, p. 753.

²³⁷⁶ J.-P. Laborde, « Le nouveau désordre mondial et le droit pénal des Nations Unies », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges à J. Pradel, *Cujas*, 2006, p. 1087.

²³⁷⁷ V. Malabat, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal. – Rapport de synthèse », *Droit pénal*, 2006, n°9, étude 1, n°1.

internationales ont été adoptées. Ces conventions ont pour vocation d'harmoniser les législations nationales, de développer la coopération internationale de sorte que les auteurs de corruption ne soient plus en mesure de jouer avec les frontières pour échapper à la répression. L'internationalisation de la lutte contre les pratiques corruptrices a donc conduit à faire entrer la corruption dans la catégorie des infractions dites transnationales. Mais des réflexions sont menées en parallèle pour faire de la corruption un véritable crime international. En ce sens, l'internationalisation de la lutte contre la corruption représente une véritable mesure dissuasive des pratiques corruptrices (chapitre 1).

902. Ensuite, les avancées en matière de lutte contre le blanchiment s'avèrent également dissuasives de la corruption. Cela peut paraître surprenant au premier abord mais il n'est plus à démontrer que les liens entre corruption et blanchiment sont intimement étroits²³⁷⁸. Le GAFI a mené une étude en ce sens et a démontré que le fait de prévenir et lutter efficacement contre le blanchiment produisait un effet dissuasif direct sur les activités de corruption²³⁷⁹. Les mesures préventives du blanchiment anéantissent tous les canaux de la corruption en rétablissant de la transparence et de l'intégrité dans les circuits concernés. Dans les deux législations étudiées, de nombreuses mesures ont effectivement été prises pour lutter et prévenir plus activement le blanchiment. Par conséquent, l'intensification de la lutte contre le blanchiment détient un pouvoir dissuasif important sur les pratiques corruptrices (chapitre 2).

²³⁷⁸Voir *supra* n°225 et s.

²³⁷⁹GAFI/FATF, « Corruption. A reference guide and information note on the use of the FATF recommendations to support the fight against corruption », Rapport, *FATF/OECD*, 2012.

CHAPITRE 1 : L'INTERNATIONALISATION DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

903. Le développement économique, la mondialisation des échanges économiques et l'accroissement des mouvements de personnes et de capitaux ont favorisé l'émergence de pratiques corruptrices comportant un ou plusieurs éléments d'extranéité. Désormais, des tels comportements peuvent se dérouler aisément et quasi-simultanément sur plusieurs territoires²³⁸⁰. En conséquence, les pratiques de corruptions se sont parfaitement internationalisées. Or, une telle internationalisation exigeait nécessairement une réponse juridique internationale²³⁸¹. En réaction à ce constat, la communauté internationale a donc réagi pour favoriser la lutte « internationale » de la corruption. Ces infractions ont quitté le domaine du droit pénal purement national pour entrer dans la catégorie du droit pénal international.

904. Le droit pénal international porte sur la répression des infractions ayant un caractère d'extranéité²³⁸². S'il a longtemps été perçu comme une sorte de droit hybride composé de sources nationales prises unilatéralement par les Etats et devant s'articuler entre elles²³⁸³, cette vision est aujourd'hui erronée. Le droit pénal international est essentiellement formé de sources internationales. C'est aujourd'hui une discipline juridique complexe composée de différentes sources de droit qui, prenant naissance dans le système juridique international, s'appliquent principalement à travers les systèmes de droit interne²³⁸⁴. Les principales sources du droit pénal international sont au nombre de trois : les conventions, les coutumes²³⁸⁵ et les principes généraux du droit.

905. L'intégration des délits de corruption dans le droit pénal international a donc conduit à l'adoption d'instruments internationaux visant à incriminer ces comportements à échelle supranationale. Ces instruments ont pour objectif d'harmoniser les législations nationales en recueillant le plus grand nombre de ratifications étatiques. Le choix de ce processus d'harmonisation a conduit à faire entrer la corruption dans la catégorie des infractions dites « transnationales » car l'objectif n'est pas de les réprimer internationalement mais que les Etats détiennent des législations similaires à cet égard pour mieux les condamner à échelle nationale. Le terme « harmonisation » fait donc ici référence à un simple rapprochement des droits nationaux. Mais cette action implique toutefois la subsistance de différences, textuelles ou conceptuelles²³⁸⁶ entre les différents systèmes pouvant parfois servir les intérêts des délinquants. Par conséquent, certains se positionnent plus en faveur de l'unification voire de l'intégration des infractions de corruption dans la catégorie des crimes internationaux qui comporterait bien plus d'avantages pour sa répression. Quelle que soit la catégorie qui semble la plus appropriée pour les infractions de corruption, il ne fait nul doute que l'internationalisation des comportements a conduit à une internationalisation de leur

²³⁸⁰ J. Tricot, « La corruption internationale », *RSC*, 2005, p. 754.

²³⁸¹ K. Souhail, « La transparence, instrument juridique majeur de la lutte contre la corruption », *Université Toulouse I – Capitole*, 2012, p. 19.

²³⁸² D. Rébut, *Droit pénal international*, Dalloz, 2012, n°3, p. 3.

²³⁸³ H. Donnedieu de Vabres, *Introduction à l'étude du droit pénal international* Essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1922, p. 4.

²³⁸⁴ M.-C. Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, 2002, p. 11.

²³⁸⁵ La coutume internationale est encore très présente dans le droit pénal international qui est essentiellement régi par des textes d'application conventionnelle. A titre d'exemple, l'immunité dont bénéficient les chefs d'Etat étrangers est une coutume internationale à laquelle seul le Statut de la CPI vient à déroger ; voir *supra* n°493 et s.

²³⁸⁶ Voir en ce sens, V. Malabat, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal. – Rapport de synthèse », *op. cit.*, n°6-10.

incrimination²³⁸⁷. Nous avons, par conséquent, assisté à l'avènement de nouvelles infractions supranationales (section 1).

Puisque les infractions de corruption sont désormais supranationales, et plus particulièrement « transnationales », la coopération est devenue indispensable à la lutte contre ce phénomène. Comme soulevé, la communauté internationale n'a pas pour vocation de condamner directement les pratiques corruptrices. Il appartient aux États, par le biais d'une harmonisation de leurs législations et d'une coopération internationale aboutie, d'en condamner les auteurs. Par conséquent, la coopération inter-étatique est devenue un gage de succès de la répression²³⁸⁸. Elle est d'ailleurs au cœur de l'effectivité des textes internationaux²³⁸⁹. Le nombre conséquent d'instruments supranationaux adoptés en matière de corruption a donc eu pour effet d'intensifier nettement la coopération internationale en la matière (section 2).

SECTION 1 : L'AVENEMENT DE NOUVELLES INFRACTIONS SUPRANATIONALES DE CORRUPTION

906. L'internationalisation d'une réponse pénale à un phénomène donné est considérée aujourd'hui comme une nécessité face à l'internationalisation de certains comportements. Cette réaction est essentielle pour éviter l'impunité de ceux qui jouent avec les frontières pour échapper à leur responsabilité pénale²³⁹⁰. Lorsqu'un comportement fait l'objet d'une réponse « internationale », son incrimination devient « supranationale ». Il existe toutefois deux types de réponse possibles.

Le délit peut, d'abord, être intégré dans la catégorie des infractions dites « transnationales ». Dans ce cas, l'objectif de la communauté internationale est de parvenir à une harmonisation des législations internes sous l'impulsion d'instruments juridiques contraignants et à la mise en place d'une coopération internationale aboutie²³⁹¹ pour une condamnation étatique des auteurs. En d'autres termes, les infractions n'ont pas vocation à recevoir un traitement pénal directement international.

907. Le délit peut, ensuite, être intégré des infractions dites « internationales »²³⁹². Dans ce cas, le comportement est d'une telle gravité et choque tellement l'opinion publique internationale que celle-ci ne permet pas que les auteurs puissent échapper à la répression internationale par la « grâce d'une frontière »²³⁹³. En conséquence, la réponse pénale est directement internationale et l'auteur sera jugé, soit par un tribunal *ad hoc* spécialement créé à cet effet, soit par la Cour Pénale Internationale (CPI)²³⁹⁴.

908. A l'heure actuelle, les délits de corruption sont intégrés à la catégorie des infractions « transnationales ». Les instruments internationaux se retrouvent donc au cœur de l'effectivité de la répression. Or, en matière de corruption l'impulsion des travaux internationaux s'est

²³⁸⁷ M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *Droit pénal*, 2006, n°9, étude 12, n°2.

²³⁸⁸ B. Fillion-Dufouleur, « La lutte contre la corruption dans le commerce international. – La Convention OCDE du 21 novembre 1997 et le projet de loi français de transposition », *JCP G*, 1999, n°48, I 184, n°17.

²³⁸⁹ M.-C. Bassiouni, « Considérations de politique criminelle sur la coopération inter-étatique », *RSC*, 1993, p. 821.

²³⁹⁰ V. Malabat, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal. – Rapport de synthèse », *op. cit.*, n°2.

²³⁹¹ J-P Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, Dalloz, 2005, n°1, X.

²³⁹² Certains auteurs utilisent aussi une distinction, moins précise, entre les crimes internationaux *largo sensu* et *stricto sensu*; Cf M.-C. Bassiouni, « considérations de politique criminelle sur la coopération inter-étatique », *op. cit.*, p. 821.

²³⁹³ E. David, *Elements de droit pénal international et européen*, Bruylant, 2009, n°12-02, p. 618.

²³⁹⁴ Etablie en 2002 par l'entrée en vigueur du Statut de Rome du 17 juillet 1998 ; in E. David et P. Heirman, *Code de droit international pénal*, Bruylant, 2^{ème} édition, 2009, p. 1373 et s.

fortement intensifiée pour favoriser au maximum la répression de toutes les pratiques de corruption (§1).

Toutefois, le fait de considérer la corruption comme un simple phénomène transnational démontre certaines limites. L'harmonisation des législations et la coopération internationale restent d'appréciation étatique. Certains Etats, moins enclins à lutter contre la corruption, peuvent adopter des mesures largement en deçà des prescriptions internationales. Etant donné l'ampleur que peuvent prendre certaines pratiques corruptrices, des réflexions ont donc été menées pour faire basculer la corruption dans la catégorie des crimes internationaux (§2).

§1 – L'IMPULSION DES TRAVAUX INTERNATIONAUX

909. Lorsque la communauté internationale décide de lutter contre un phénomène criminel, elle procède, la plupart du temps, par l'adoption d'instruments internationaux tels que des conventions. Le seul fait qu'un texte conventionnel soit adopté ne lui donne pas pour autant automatiquement force obligatoire dans tous les pays membres de l'organisation créatrice. Les Etats doivent y adhérer en les signant puis en les ratifiant.

910. En ratifiant un texte international, l'Etat concerné décide de l'intégrer dans son droit national. Il va donc incriminer les comportements prévus par le texte, soit en reprenant mot à mot les dispositions internationales ou en faisant directement un renvoi à la convention, soit en adoptant une infraction nationale compatible avec les exigences internationales²³⁹⁵. En matière de corruption, de nombreuses conventions supranationales ont été adoptées et beaucoup d'Etats y ont adhéré. Par conséquent, nous sommes aujourd'hui entrés dans un véritable processus d'harmonisation des législations nationales (A).

911. Les conventions internationales ont pour vocation première de créer des obligations à l'égard des Etats parties. Une fois signataires, les Etats sont ainsi soumis à un certain nombre d'obligations en matière d'incrimination ou de coopération. Les instruments ne produisent pas *a priori* d'effets directs sur les justiciables. Par conséquent, ils ne sont pas autorisés à première vue à invoquer leur application devant les juridictions nationales. Mais il semble que l'importance des conventions adoptées en matière de corruption soit devenue telle que des possibilités sont désormais ouvertes pour permettre leur invocabilité directe devant les juridictions nationales (B).

A - L'harmonisation des législations nationales

912. La corruption est un phénomène mondial. D'une part, il n'épargne aucun des pays du globe²³⁹⁶ et n'a jamais été l'apanage d'un système politique ou économique donné²³⁹⁷. Pour illustration, L'évaluation annuelle relative à l'Indice de Perception de la Corruption (IPC) effectuée par Transparency International concernait 177 pays en 2013²³⁹⁸ et 174 en 2014²³⁹⁹. D'autre part, comme soulevé, il s'est internationalisé. La corruption est devenue

²³⁹⁵ V. Malabat, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal. – Rapport de synthèse », *op. cit.*, n°7.

²³⁹⁶ F. Baillet, « Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires : Etat des risques et moyens de les prévenir », *Gazette du Palais*, 25 mars 2006, n°84, p. 2.

²³⁹⁷ M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°6.

²³⁹⁸ Transparency International, « Indice de perception de la corruption (IPC) 2013 », *Transparency International*, 2013.

²³⁹⁹ Transparency International, « Indice de perception de la corruption (IPC) 2014 », *Transparency International*, 2014

transfrontière²⁴⁰⁰ grâce à l'aptitude de cette forme de criminalité à utiliser les méthodes et les instruments du système international²⁴⁰¹. La pratique démontre en outre l'apparition d'intermédiaires internationaux remettant en cause « *l'aspect purement bilatéral de la corruption* »²⁴⁰². En conséquence, le phénomène est devenu complexe, protéiforme et évolutif²⁴⁰³.

913. L'internationalisation des pratiques de corruption n'est pas une véritable nouveauté. Elle a été toutefois longtemps ignorée par les législations ; ce qui a révélé l'obsolescence des définitions nationales des délits de corruption²⁴⁰⁴. En raison de la territorialité des lois pénales, les pratiques corruptrices internationales ont pendant un temps échappé à tout cadre d'incrimination des législations nationales²⁴⁰⁵. Cette situation a longtemps généré un sentiment de parfaite impunité de la part des auteurs. En outre, les commissions versées à l'international étaient autrefois déductibles des impôts en France²⁴⁰⁶, renforçant ce sentiment d'impunité voire de légalité des activités de corruption dans le cadre des échanges économiques internationaux.

914. Mais cette époque est aujourd'hui révolue. Les Etats ne sont plus en mesure d'ignorer l'aspect international des infractions de corruption. Ils ont, par conséquent, été amené à adhérer aux conventions internationales adoptées en la matière (1) et à harmoniser leurs législations (2).

1. Les instruments internationaux contre la corruption

915. La prise de conscience internationale des dangers de la corruption sur le terrain économique et démocratique a progressivement émergé à partir des années 1990. Une véritable démarche de moralisation des relations commerciales a vu le jour. Il s'en est suivi l'adoption d'instruments normatifs internationaux qui ont pris le pas sur la passivité des Etats pour qui les pratiques corruptrices, sous forme de « commissions », relevaient d'une démarche commerciale légitime, outil du renforcement de la compétitivité des entreprises dans le commerce international²⁴⁰⁷.

916. L'Union Européenne a été la première organisation « supranationale » à faire de la lutte contre la corruption, un enjeu majeur.

La première initiative en ce sens s'est concrétisée par l'adoption de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes le 26 juillet 1995²⁴⁰⁸. Ce texte avait pour objectif de garantir une concurrence effective entre les entreprises dans l'espace communautaire et une meilleure utilisation des deniers publics²⁴⁰⁹. Mais elle n'avait

²⁴⁰⁰ B. Fillion-Dufouleur, « La lutte contre la corruption dans le commerce international. – la Convention OCDE du 21 novembre 1997 et le projet de loi français de transposition », *op. cit.*, n°1.

²⁴⁰¹ M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°2.

²⁴⁰² J-P Didier, « la lutte contre la corruption des fonctionnaires et agents publics : commentaire des dernières conventions internationales ratifiées par la France », *Dalloz*, 2000, n°20, chr., p. 307.

²⁴⁰³ En ce sens, B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion*, *op. cit.*, p. 14.

²⁴⁰⁴ F. Farouz-Chopin, « La lutte contre la corruption », Thèse, *Université Aix - Marseille*, 1998, p. 251 et s.

²⁴⁰⁵ L. Lankarani, « La lutte contre la corruption » ; in H. Ascencio, E. Decaux et A. Pelet, *Droit international pénal*, A. Pedone, 2000, Chap. 51, p.603.

²⁴⁰⁶ Voir *supra* n°120.

²⁴⁰⁷ SCPC, *Rapport 2011*, *op. cit.*, p. 141.

²⁴⁰⁸ Convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, 26 juillet 1995, *JOCE*, C316, 27 novembre 1995, p. 48.

²⁴⁰⁹ SCPC, *Rapport 2011*, *op. cit.*, p. 141.

toutefois qu'une portée limitée et la corruption n'était pas directement incriminée. Seuls étaient visés les actes de détournement de fonds publics²⁴¹⁰.

La deuxième initiative a été l'adoption de la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des communautés européennes ou des Etats membres du 25 juin 1997²⁴¹¹. C'est le premier instrument juridique supranational incriminant la corruption transnationale. Elle était toutefois limitée aux agents publics européens et fonctionnaires des Etats Membres de l'UE.

En 2003, la communauté européenne a intensifié ses travaux relatifs à la lutte contre la corruption par la mise en place d'une politique globale détaillant toutes les actions européennes pour la prévention et la lutte contre la corruption²⁴¹² ainsi que par l'élaboration de la décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à l'incrimination de la corruption dans le secteur privé²⁴¹³.

917. L'Europe, plus largement, a également adopté de nombreux instruments en faveur de l'incrimination de nouvelles formes de corruption. Le Conseil de l'Europe a œuvré en faveur de l'élaboration de deux conventions²⁴¹⁴ : l'une à caractère proprement pénal du 27 janvier 1999, dite Convention de Strasbourg et l'autre à caractère civil en date du 4 novembre 1999²⁴¹⁵. La Convention pénale a ceci de particulier qu'elle incrimine, non seulement, les délits de corruption interne mais aussi, les infractions de corruption transnationale sans limitation de son champ d'application²⁴¹⁶.

918. A l'échelle régionale, la lutte contre la corruption n'est pas restée l'apanage de l'Europe. D'autres organisations régionales ont aussi pris le parti d'adopter des instruments internationaux pour favoriser l'incrimination des délits de corruption dans les législations de leurs Etats membres. C'est ainsi que, dans le cadre de l'Organisation des Etats américains (OEA), a été élaborée la Convention interaméricaine de lutte contre la corruption le 29 mars 1996²⁴¹⁷. Plus récemment, L'Union Africaine (UA) s'est dotée d'une Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption, dite Convention de Maputo, en date du 11 juillet 2003²⁴¹⁸.

919. Il existe aussi des instruments internationaux à portée universelle²⁴¹⁹. Deux instruments majeurs ont été élaborés par la communauté internationale.

Le premier, sous l'égide de l'OCDE, est la Convention sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 novembre

²⁴¹⁰ Convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, *op. cit.*, art. 1^{er}.

²⁴¹¹ Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats Membres de l'Union Européenne, dite Convention de Bruxelles, 26 mai 1997, *JOCE*, C195, 25 juin 1997, p. 1.

²⁴¹² Commission des Communautés européennes, Communication de la commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, « Une politique globale de l'UE contre la corruption », 28 mai 2003, *Commission des Communautés européennes*, COM(2003) 317.

²⁴¹³ Décision-cadre, n°2003/568/JAI, « Décision-Cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé », 22 juillet 2003, *JOUE*, n°L192, 31 juillet 2003, p.54.

²⁴¹⁴ M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°12.

²⁴¹⁵ Convention Pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, *STE*, n°173, Strasbourg, 27 janvier 1999 ; Convention Civile du Conseil de l'Europe sur la corruption, *STE*, 174, 4 novembre 1999.

²⁴¹⁶ OCDE, *Corruption. Glossaire des normes pénales internationales*, OCDE, 2008, p. 30-31.

²⁴¹⁷ J. Tricot, « La corruption internationale », *op. cit.*, p. 753 ; M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°12.

²⁴¹⁸ F. Baillet, « Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires : Etat des risques et moyens de les prévenir », *op. cit.* ; M. Segonds, *Ibid.*

²⁴¹⁹ Terme utilisé par Marc Segonds ; in M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°11.

1997²⁴²⁰. Elle est le premier instrument à portée internationale incriminant la corruption transnationale. Mais elle souffre d'un champ d'application très étroit : l'incrimination est limitée à la corruption active d'agents publics étrangers pour l'obtention ou la conservation de marchés à l'international²⁴²¹. L'objectif de ce texte était surtout de créer des conditions concurrentielles égales pour l'ensemble des entreprises²⁴²² faisant suite aux pressions exercées par les Etats-Unis après l'adoption de leur FCPA²⁴²³.

Le deuxième, adopté sous l'égide des Nations Unies, est la Convention des Nations Unies contre la corruption, dite Convention de Mérida, du 31 octobre 2003²⁴²⁴. L'instrument se positionne dans la lignée des travaux précédents de l'Organisation des Nations Unies (ONU), notamment de la Convention contre la criminalité transnationale organisée qui avait érigé la corruption au rang de la criminalité organisée²⁴²⁵. Sa portée est bien plus large que les autres instruments précités. Elle incrimine toutes les formes de corruption : interne, transnationale et même privée. Cette dernière forme n'est cependant pas une disposition impérative, il est simplement fortement recommandé aux Etats parties d'ériger la corruption dans le secteur privé en tant qu'infraction pénale²⁴²⁶. En outre, le champ d'application des incriminations n'est plus limité, ni *rationae personae*, ni *rationae materiae*, et encore moins *rationae loci* puisque la signature de la Convention est ouverte à tous les Etats. A l'heure actuelle, 171 Etats y sont parties.

920. Toutes ces conventions peuvent être perçues comme formant un ensemble cohérent. Malgré un certain nombre de divergences²⁴²⁷, notamment dues aux disparités de leurs objets, les textes se retrouvent sur plusieurs points.

Tous ont fait le choix d'incriminer les deux volets de la corruption en deux infractions distinctes : corruption active et corruption passive. Cela entérine donc le choix qui avait été fait par les législateurs français et vietnamiens.

Ils prévoient, pour la plupart, une définition autonome de la notion d'agent public. Cette définition varie en fonction des textes considérés mais tous s'accordent à donner à cette notion la signification la plus large possible. A titre d'exemple, la Convention de Mérida confère la qualité d'agent public national, non seulement, au détenteur d'un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire, mais également, à toute autre personne qui exerce une fonction publique²⁴²⁸. Dans la même optique, la Convention de Maputo désigne comme agent public : « *tout fonctionnaire ou employé de l'Etat ou de ses institutions, y compris ceux qui ont été sélectionnés, nommés ou élus pour entreprendre des activités ou exercer des fonctions au nom ou au service de l'Etat, à tout niveau de sa hiérarchie* »²⁴²⁹.

921. En outre, tous ces instruments ont ceci de particulier qu'ils contiennent des dispositions impératives à destination des Etats parties. Autrement dit, une fois que les Etats y ont adhéré, ils se trouvent dans l'obligation d'incriminer les infractions prévues par les textes. Cette

²⁴²⁰ OCDE, Convention sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et documents connexes, OCDE, 2011, pp. 1-48.

²⁴²¹ Voir *supra* n°127 et s.

²⁴²² SCPC, *Rapport 2011*, *op. cit.*, p. 142.

²⁴²³ J. Tricot, « La corruption internationale », *op. cit.*, p. 755.

²⁴²⁴ Convention des Nations Unies contre la corruption, 31 octobre 2003, AGNU, Rés. 58/4.

²⁴²⁵ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, décembre 2000, AGNU, A/RES/55/25, art. 8 ; Pour plus de détails cf J.-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, *op. cit.*, n°285, p.160.

²⁴²⁶ *Ibid.*, art. 21.

²⁴²⁷ Cf M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°29-32.

²⁴²⁸ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 2.

²⁴²⁹ Convention de Maputo, art. 1.

obligation est parfois assortie d'un système de surveillance établi par les organismes d'origine des conventions. De ce fait, les législations nationales sont amenées à converger dans un souci d'harmonisation.

2. Le rapprochement des législations

922. Les infractions de corruption sont entrées dans la catégorie des infractions transnationales. Par conséquent, l'un des objectifs majeurs des conventions internationales précitées est d'aboutir à un rapprochement des législations. Pour la communauté internationale, l'efficacité de la répression réside dans la coordination de l'incrimination²⁴³⁰. La convention de l'OCDE énonce d'ailleurs clairement cet objectif en affirmant la nécessité que la « *corruption soit rapidement incriminée de façon efficace et coordonnée* »²⁴³¹.

923. Pour les organismes régionaux et internationaux, l'important est que l'on aboutisse à une harmonisation des législations nationales. L'intégration en droit national d'un texte international peut toutefois se faire de deux façons.

Le législateur peut décider de s'approprier l'incrimination pour élaborer sa propre définition. Il peut aussi utiliser l'incrimination du texte international, soit en renvoyant directement à la définition de la convention, soit en la reprenant à l'identique dans le texte national. C'est d'ailleurs le choix qui avait été opéré par le législateur français lors de la ratification des Conventions de Bruxelles et de l'OCDE par la loi du 30 juin 2000. Les anciens articles 435-2 et 435-3 du code pénal faisaient respectivement directement référence à ces deux conventions²⁴³². Le choix de la première option entraîne, en revanche, nécessairement des différences rédactionnelles entre les pays signataires. Par ce choix, l'Etat opte pour une harmonisation imparfaite²⁴³³. La deuxième option favorise, sans nul doute, la répression puisqu'elle aboutit à une unification plus qu'à une simple harmonisation.

Pour autant, cette solution ne peut être exigée car l'intégration pure et simple d'une incrimination internationale, sans considération de possibles spécificités nationales, peut conduire à son ineffectivité la plus totale.

924. Les instruments internationaux offrent tous cette double possibilité de ratification. Le plus important est que les législations nationales soient mises en conformité avec les dispositions internationales et deviennent compatibles entre elles. Pour ce faire, les organismes internationaux se sont parfois dotés de systèmes contraignants pour assurer la bonne exécution de ces obligations.

925. Le Conseil de l'Europe a confié le suivi de la lutte contre la corruption dans ses pays membres au Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO)²⁴³⁴. C'est un mécanisme dont l'objectif est de suivre, par le biais d'évaluations et de pressions mutuelles, l'application des principes directeurs pour la lutte contre la corruption et la mise en œuvre des instruments juridiques internationaux adoptés dans le cadre du Programme d'action contre la

²⁴³⁰ M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°17.

²⁴³¹ Convention de l'OCDE, « Convention sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et documents connexes », *op. cit.*, préambule, art. 3.

²⁴³² Voir *supra* n°118 et s.

²⁴³³ V. Malabat, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal. – Rapport de synthèse », *op. cit.*, n°7.

²⁴³⁴ Voir en ce sens, I. Kamirov, « Le rôle de la transparence dans la lutte contre la corruption à travers l'expérience du Conseil de l'Europe », Thèse, *Université Paris I Panthéon-Sorbonne*, 2013, p. 28, 60 et s ; P. John Fitzgerald, « Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption des agents publics étrangers », Thèse, *Université du Sud Toulon-Var*, 2011, p. 46, 356 et s.

corruption²⁴³⁵. Les Etats parties à la Convention pénale ou à la Convention civile sur la corruption deviennent automatiquement membres du GRECO et acceptent de faire l'objet d'évaluations.

926. L'OCDE a mis en place un mécanisme de suivi de transposition de la Convention de 1997. Il s'agit, peut-être, du mécanisme le plus contraignant tant il est complet. Il se déroule en plusieurs phases pour chaque pays signataires. Concernant la France, l'examen s'est déroulé, jusqu'à présent, en trois phases. La première en mai 2001 portait sur la façon dont la France avait adapté sa législation aux exigences de la Convention. La deuxième en janvier 2004 a évalué la façon dont la France détecte, poursuit et condamne les délits de corruption d'agents publics étrangers²⁴³⁶. La troisième en octobre 2012 portait sur la mise en œuvre de la Convention. En d'autres termes, cette dernière phase avait pour objectif d'évaluer les progrès accomplis par la France au regard des carences mises en évidence dans les phases précédentes. Chaque « phase » d'évaluation a fait l'objet de rapports détaillés et d'un suivi en décembre 2014. La France a subi quelques critiques à cette occasion, notamment sur le rôle et la place de son Ministère public²⁴³⁷. En outre, L'ONG Transparency International établit un rapport annuel relatif au progrès de la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE par les Etats parties²⁴³⁸.

927. Enfin, l'ONU a également institué un mécanisme de suivi de la Convention de Mérida. Il est établi à l'article 63§1 de la Convention. Il est ainsi prévu qu'une conférence des Etats parties est instituée pour améliorer la « *capacité des Etats à atteindre les objectifs énoncés* »²⁴³⁹. Elle est chargée de faire une évaluation de la mise en œuvre de la convention par les Etats parties. L'évaluation ne porte pas sur des thèmes ou des sujets en particuliers mais sur un examen de la mise en œuvre de la Convention chapitre par chapitre. La France a fait l'objet d'une évaluation par le groupe d'examen de la Conférence des Etats parties en 2012. Elle portait sur la mise en œuvre des chapitres III et IV relatifs à l'incrimination, la détection, la répression et la prévention des infractions prévues par la Convention²⁴⁴⁰. Pour permettre la bonne intégration des dispositions de la Convention, les Nations Unies ont également établi deux guides à destination des Etats parties. Le Guide législatif²⁴⁴¹, d'une part, fournit une grille de lecture de la Convention et des interprétations qu'il est possible d'adopter en tenant compte des différentes traditions juridiques. Il a été érigé à destination des décideurs publics pour favoriser la bonne ratification des dispositions. Le Guide technique²⁴⁴², d'autre part, érigé à destination des praticiens et autres professionnels du droit, fournit des avis techniques et des outils pour permettre une application pratique des lois dans le respect de l'esprit de la Convention.

928. Ces travaux visant à l'établissement de nouvelles incriminations et à la mise en place de mécanismes de suivi, ont débouché sur un « *processus impressionnant d'harmonisation internationale des comportements punissables* »²⁴⁴³. Les législations pénales convergent et

²⁴³⁵ P. Montigny, *L'entreprise face à la corruption internationale*, op. cit., p. 128.

²⁴³⁶ Cf SCPC, *Rapport 2011*, op. cit., p. 143.

²⁴³⁷ Voir supra n°573.

²⁴³⁸ TI France, « suivi de la convention de l'OCDE », *TI France*, site officiel. Accès en ligne à tous les rapports depuis 2005.

²⁴³⁹ Convention des Nations Unies contre la corruption, op. cit., art. 63§1.

²⁴⁴⁰ Conférence des Etats parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, « Examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, *Nations Unies*, 9 janvier 2012, CAC/COSP/IRG/V/1/1/Add.3.

²⁴⁴¹ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *Nations Unies*, New York, 2007, pp. 1-316.

²⁴⁴² ONUDC, « Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *Nations Unies*, New York, 2010, pp.1-271.

²⁴⁴³ L. Arroyo Zapatero, « L'harmonisation internationale du droit pénal », op. cit., p.566.

c'est bien là le but premier lorsqu'une infraction devient transnationale : dépasser l'obstacle du cloisonnement et de « l'étanchéité des systèmes pénaux nationaux »²⁴⁴⁴.

L'objectif affiché est de lutter avant tout contre l'impunité pouvant être acquise par le jeu des frontières nationales. L'harmonisation représente, de surcroît, la première étape à toute coopération internationale puisqu'elle est soumise au principe fondamental de « double incrimination »²⁴⁴⁵.

929. Les législations nationales ont donc fortement évolué sous l'impulsion des travaux internationaux précités. A titre d'exemple, l'adoption des Convention de Bruxelles et de l'OCDE a amené tous les Etats européens à incriminer la corruption d'agents publics étrangers. Cette incrimination, du moins en France, s'est d'abord concentrée sur les agents européens pour ensuite véritablement s'élargir à tous les agents publics étrangers²⁴⁴⁶. L'adoption de la Convention de Mérida, combinée avec l'élaboration de la décision-cadre de 2003 ont également incité les législateurs européens à se doter d'incriminations relatives à la corruption dans le secteur privé. En droit vietnamien, la ratification de la Convention de Mérida n'a pas encore abouti à un élargissement des infractions de corruption. Mais le pays y est fortement incité et le législateur sera amené, à terme, à prendre des mesures en ce sens.

Ces nouvelles formes de corruption font également tomber de plus en plus de comportements sous le coup d'une loi pénale nationale. L'infraction de corruption passive transnationale, incriminée en France depuis 2007, permet à certains égards de pallier aux défaillances d'une législation étrangère ou à l'inaction de sa justice. Elle pourrait, par exemple, être utilisée pour condamner une relation corruptrice établie entre un ressortissant français et un agent public vietnamien. Si la loi vietnamienne ne permet pas de condamner directement ces comportements²⁴⁴⁷, le juge français, lui, dispose des outils juridiques suffisants pour les réprimer. Il ne s'agit cependant encore que d'une simple possibilité. Aucune condamnation n'a encore été prononcée par les tribunaux français au visa de l'article 435-2 du code pénal. Les raisons de cette frilosité tiennent en ce que le délit se heurte au principe de non-ingérence. En revanche, l'infraction de corruption active transnationale n'est plus hypothétique. Les juridictions françaises ont déjà condamné des dirigeants français pour avoir versé des commissions à des agents publics étrangers. La dernière condamnation en date est celle du groupe Safran²⁴⁴⁸. Des efforts restent toutefois à fournir pour renforcer la sévérité de ces condamnations.

930. L'impulsion des travaux internationaux a également conduit les Etats à mieux accepter l'application directe de dispositions étrangères sur leur territoire. Par conséquent, nous assistons à une extraterritorialité croissante des lois pénales nationales. Elle peut être pure et simple ou effectuée de manière plus indirecte.

L'extraterritorialité pure et simple est relativement rare. Il n'est pas commun, en effet, qu'un Etat impose l'application directe de ses normes à d'autres Etats. C'est pourtant le cas de la loi américaine « *Sarbanes-Oxley* » qui, comme soulevé, a obligé toutes les entreprises cotées à la

²⁴⁴⁴ J. Tricot, « La corruption internationale », *op. cit.*

²⁴⁴⁵ Voir *infra* n°976 et s.

²⁴⁴⁶ Voir *supra* n°117 et s.

²⁴⁴⁷ Les difficultés qu'éprouvent le juge vietnamien à condamner les auteurs de ces agissements s'illustrent au travers des différentes affaires de corruption citées dans cette étude : « *PMU 18* », « *PCI* » ou encore, la plus éloquente, l'affaire « *Securrency International* » Voir *supra* n°155, 457, 683 et 853.

²⁴⁴⁸ Ce groupe français a été condamné, le 5 septembre 2012, pour le versement de pots-de-vin allant jusqu'à 380 000 euros à des agents publics nigériens en marge d'un contrat de 171 millions d'Euro pour la fourniture de 70 millions de cartes d'identités ; cf TI France, *Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence la démocratie avance*, Rapport, TI France, 2012, p. 11.

bourse de New York, y compris étrangères, à se doter d'un système de « *whistleblowing* »²⁴⁴⁹. Par ce biais, la loi américaine a eu des répercussions directes dans les législations étrangères, notamment en droit français. Dans cette même optique, la Grande-Bretagne s'est aussi dotée d'une législation particulièrement sévère en matière de corruption à travers le « *UK bribery Act* ». Ce texte impose à toute société mère de mettre en place un système de gestion interne pour l'implantation d'une filiale sur le territoire de la Grande-Bretagne²⁴⁵⁰. Si les effets de ces dispositions se sont déjà fait ressentir en France, il n'est pas non plus exclu qu'elles puissent avoir un jour des répercussions directes en droit vietnamien si des entreprises vietnamiennes souhaitent être cotée à la Bourse de New York ou s'implanter en Grande-Bretagne.

L'extraterritorialité plus indirecte est en revanche plus commune et elle découle directement du processus « d'internationalisation » de la corruption. Elle se traduit par un « rapprochement des juges »²⁴⁵¹, c'est-à-dire par des facilités accordées à la reconnaissance des décisions étrangères. Le principe posé par la communauté internationale est la reconnaissance mutuelle des décisions de justice. Il conduit à une procédure d'exéquat facilitée et simplifiée. Son intérêt est qu'elle permet de contourner les difficultés liées à l'harmonisation des législations nationales. Mais si elle les contourne, elle ne peut pour autant s'en affranchir totalement. A titre d'exemple, la Cour de Cassation n'a pas été en mesure d'accorder l'exécution d'une décision italienne relative à la confiscation de biens d'une entreprise en vertu d'une trop grande disparité des législations²⁴⁵². En d'autres termes, les législations doivent au minimum être compatibles.

On assiste, en outre, à une certaine extraterritorialité des normes au travers de l'établissement de chartes éthiques et autres codes de conduite par les entreprises privées. Sous impulsion internationale, une fois de plus, les entreprises privées sont de plus en plus nombreuses à se doter de telles chartes. Les sociétés mères françaises, face au risque de condamnation qui pèse sur elles pour les actes de corruption commis par leurs filiales étrangères²⁴⁵³, sont incitées à imposer le respect de leurs chartes à toutes leurs filiales. Elles exportent de ce fait la législation nationale dans les pays étrangers.

931. Le fait que les délits de corruption soient considérés comme des infractions transnationales aboutit indubitablement à un rapprochement des législations sous impulsion internationale. Le rapprochement s'opère, soit par une harmonisation des législations nationales ratifiant les dispositions internationales, soit par une accentuation de l'extraterritorialité de certaines normes nationales sous impulsion internationale. Ces évolutions sont évidemment dissuasives pour les auteurs de corruption pour lesquels « *les mailles du filet se resserrent* »²⁴⁵⁴. L'harmonisation réduit, sans la supprimer, la diversité des législations nationales²⁴⁵⁵. Mais en optant pour l'harmonisation plutôt que l'unification, c'est malgré tout le choix « *des discontinuités normatives* » qui est fait²⁴⁵⁶. Chaque Etat va se doter de ses propres incriminations ce qui laisse subsister de nombreuses disparités. Etant donné que l'unification n'est pas un processus aisé à mettre en place, notamment à l'échelle mondiale, une autre solution peut être envisagée pour pallier à ces discontinuités :

²⁴⁴⁹ Voir *supra* n°800.

²⁴⁵⁰ E. Daoud et A. André, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ? », *op. cit.*, p.15 et s.

²⁴⁵¹ V. Malabat, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal. –Rapport de synthèse », *op. cit.*, n°11.

²⁴⁵² Cass. Civ. 2^{ème}, 4 juin 2009, *Dalloz*, 2009, p. 2250, note C. Cutajar, voir *supra* n°584.

²⁴⁵³ Cf E. Daoud et A. André, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ? », *op. cit.*, p.15 ; Voir *supra* n°868 et s.

²⁴⁵⁴ Terme utilisé par P. Montigny, *L'entreprise face à la corruption internationale*, *op. cit.*, p. 117.

²⁴⁵⁵ S. Ledan, « Le droit pénal et les mouvements de capitaux », Thèse, *op. cit.*, n°472, p. 409.

²⁴⁵⁶ J. Tricot, « La corruption internationale », *op. cit.*, p. 759.

l'invocabilité directe des conventions internationales devant les juridictions répressives nationales.

B - L'invocabilité directe des conventions internationales devant les juridictions nationales

932. Les Conventions internationales précitées ont pour destinataires immédiats les Etats. Elles doivent donc être « adaptées » en droit interne car elles ont pour objet « *d'obtenir que les droit internes des Etats s'alignent sur un contenu* »²⁴⁵⁷. La nécessité de ratifier les textes en droit interne tient en la nature des conventions internationales contre la corruption qui sont, avant tout, des traités de coopération en matière pénale²⁴⁵⁸. Par conséquent, les textes ne sont normatifs « *qu'à l'égard des Etats* »²⁴⁵⁹, responsables du respect des obligations contenues dans les dispositions. Ils ne sont pas, en principe, d'applicabilité directe *lato sensu*²⁴⁶⁰.

933. Pourtant, si l'on s'en tient à la place des traités internationaux dans le droit français, la solution devrait être toute autre. L'article 55 de la Constitution pose le principe de primauté des traités sur la loi. Après de nombreuses hésitations jurisprudentielles, les deux plus hautes juridictions françaises : la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat²⁴⁶¹, ont reconnu leur compétence en matière de contrôle de conventionalité²⁴⁶² des lois. Si la primauté du traité sur la loi ne fait plus aucun doute, les juridictions françaises sont en revanche plus frileuses sur les notions d'effet direct, d'applicabilité directe et d'invocabilité. Il n'empêche que le juge se réfère parfois directement aux conventions internationales dans leurs décisions, voire en soulève d'office l'application lorsque les parties ne les ont pas portés aux moyens. Cela est notamment constaté en droit administratif lorsque les conventions réunissent les critères dégagés par la jurisprudence (1). Le domaine de la corruption a souvent été exclu de l'effet direct des conventions en vertu de leur application logiquement purement étatique. Mais la jurisprudence récente démontre une certaine sensibilité à l'invocabilité des conventions (2).

1. L'effet direct des conventions internationales : de la théorie à la pratique en général

934. Du point de vue de la jurisprudence administrative, l'effet direct d'un traité international a été reconnu dans un arrêt de revirement du Conseil d'Etat du 30 octobre 2009, « *Dame Perreux* »²⁴⁶³. Cette solution revient sur celle adoptée jusqu'alors dans la jurisprudence « *Cohn-Bendit* »²⁴⁶⁴. Dans ce revirement, le Conseil d'Etat admet l'effet direct d'un traité car

²⁴⁵⁷ C. Santulli, *Introduction au droit international*, A. Pedone, 2013, p. 224.

²⁴⁵⁸ C'est d'ailleurs l'objectif majeur des conventions. L'incrimination des nouvelles infractions n'est établie que pour permettre que le principe préalable à toute coopération internationale, la « double incrimination », soit rempli. La Convention de Mérida souligne d'ailleurs ce point. Son objet inscrit à l'article 1^{er} n'est autre que de « promouvoir, faciliter, appuyer la coopération internationale » ; Cf Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 1^{er}.

²⁴⁵⁹ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 10^{ème} édition, 2010, p. 73.

²⁴⁶⁰ A.-C. Fortas, « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *RSC*, 2014, p. 26.

²⁴⁶¹ C.E., 20 octobre 1989, *Nicolo* ; *AJDA*, 1989, n°12, p. 788, note D. Simon ; *RTD eur*, 1990, p. 771, note G. Isaac ; *RFDA*, 1989, p. 824, note B. Genevois ; *RFDA*, 1989, p. 813, note P. Frydman ; *RFDA*, 1989, p. 993, note L. Favoreu ; *RFDA*, 1989, p. 1000, note L. Dubouis ; *Dalloz*, 1990, p. 135, note P. Sabourin.

²⁴⁶² Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Bull. Civ.*, I, 1975, n°4 ; *AJDA*, 1975, p. 567, note J. Boulouis ; *Cahiers de droit européen*, 1975, p. 655, note R. Kovar ; *Dalloz*, 1975, p. 497, A. Touffait ; *RD pb.*, 1975, p. 1335, chron., L. Favoreu et L. Philip ; *RGDIP*, 1976, p. 690, pbs. C. Rousseau.

²⁴⁶³ C.E., Ass., 30 octobre 2009, *Dame Perreux*, Recueil *Lebon*, 2010, n°4 ; *RFDA*, 2010, p. 126, obs. M. Canedo-Paris ; *AJDA*, 2009, p. 2391, *AJFP*, 2010, p. 76 ; *AJDA*, 2009, p. 2028 ; *Dalloz actualité*, 3 novembre 2009, M.-C. Montecler.

²⁴⁶⁴ C.E., Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn Bendit*, Recueil *Lebon*, 1979, n°5 ; *Dalloz*, 1979, p. 155, concl., B. Genevois ; *GAJA*, 17^{ème} édition, n°689, p. 616.

« nonobstant son origine contractuelle, [il]crée [...] à l'égard des particuliers des droits ou des obligations dont ils peuvent se prévaloir devant les tribunaux nationaux »²⁴⁶⁵.

935. Si le Conseil d'Etat accepte ce principe, il dégage cependant deux conditions cumulatives pour qu'il puisse jouer devant les juridictions internes. La première est que la norme concernée doit être précise et inconditionnelle. La deuxième est qu'elle doit avoir pour destinataires les individus.

936. Toutefois, cette solution semble avoir aujourd'hui évolué. En matière administrative, la rapporteure publique, Madame Gaëlle Dumortier proposait dans son rapport de 2012 une nouvelle « ligne de conduite » en affirmant la reconnaissance d'une présomption d'effet direct à toute norme internationale régulièrement introduite dans l'ordre interne quelles que soient les « personnes » directement visés par le texte²⁴⁶⁶.

Dans un arrêt du 11 avril 2012, le Conseil d'Etat n'a pas tout à fait suivi la position de la rapporteure. Il a cependant précisé la notion d'effet direct et nettement assoupli les critères d'invocabilité en considérant que même si l'objet de la convention ne concernait pas directement les individus, ils étaient en droit de l'invoquer dès lors qu'elle ne les excluait pas définitivement. Cet arrêt a, à n'en pas douter, ouvert la voie à une reconnaissance d'effet direct de stipulations qui, jusque-là, en étaient dépourvues²⁴⁶⁷.

937. L'invocabilité directe de conventions internationales a pris un essor considérable dans le cadre de l'affaire « Erika »²⁴⁶⁸. Dans une très longue décision du 25 septembre 2012, la Cour de Cassation se réfère largement à des instruments internationaux dont l'objet était, pour certains, de créer des obligations essentiellement à l'égard des Etats²⁴⁶⁹.

938. Si l'invocabilité directe de tous les textes internationaux semble de plus en plus admise en droit, elle semble néanmoins dépendre de la branche considérée. En droit pénal, le juge a longtemps refusé que les justiciables se prévalent directement d'une disposition internationale²⁴⁷⁰. La raison tient en ce que les conventions internationales n'émettent, dans ce domaine, que des obligations à l'égard des Etats. Elles ne sont pas censées produire des effets directs sur les particuliers. A titre d'exemple, la Convention de Mérida ne formule que des obligations ou des recommandations à l'égard des Etats parties pour qu'ils incriminent les infractions prévues ou prennent les mesures préventives régies par le texte. Le juge pénal, dans sa position initiale, a donc suivi cette perception. Il considérait que les conventions internationales ne créaient aucun droit pour les individus, lesquels n'étaient pas sujets du droit international²⁴⁷¹.

Mais le juge a, par la suite, opéré un revirement en matière d'extradition. Dans un arrêt du 24 mars 1987, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a reconnu qu'une personne visée par une demande d'extradition pouvait la contester au motif de la violation de la Convention européenne d'extradition²⁴⁷². Cette jurisprudence s'est ensuite étendue à la violation de la Convention européenne d'entraide judiciaire²⁴⁷³. Cette solution autorise à supposer une

²⁴⁶⁵ Cf A.-C. Fortas, « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 26.

²⁴⁶⁶ G. Dumortier, « L'effet direct des conventions internationales », *RFDA*, 2012, p. 547.

²⁴⁶⁷ A.-C. Fortas, « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 27.

²⁴⁶⁸ Cass. Crim, 25 septembre 2012, *op. cit.*.

²⁴⁶⁹ Cf pour plus de détails sur ce point : G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaskin, « Droit pénal », *op. cit.*, n°5 ; P. Delebecque, « L'arrêt « Erika », un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *Dalloz*, 2012, p. 2711, n°10 ; Cass. Crim, 25 septembre 2012, « Procès de « l'Erika », confirmation des condamnations », *Dalloz*, 2012, panorama, p. 2711.

²⁴⁷⁰ Cass. Crim, 20 décembre 1951, *JCP G*, 1952, II, 7014 ; Cass. Crim, 19 novembre 1985, *Bull. Crim*, 1985, n°362.

²⁴⁷¹ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°19, p. 14.

²⁴⁷² Cass. Crim, 24 mars 1987, *Bull. Crim*, 1987, n°137 ; *Dalloz*, 1987, jur., p. 458, note P. Waquet et F. Julien-Laferrière.

²⁴⁷³ Cass. Crim, 27 mai 1999, *Bull. Crim*, 1999, n°110.

applicabilité directe de l'ensemble des conventions internationales relatives à l'entraide judiciaire, y compris en matière d'extradition²⁴⁷⁴. Mais est-ce un véritable revirement ou simplement la confirmation de la règle précédemment établie ? Les conditions posées par les conventions d'extradition ont pour objet de protéger les individus. En conséquence, elles créent aussi des droits à leur égard, ce qui justifie qu'ils soient recevables à en critiquer la violation²⁴⁷⁵.

939. La véritable évolution, bien que limitée, tient donc au revirement relatif à l'interprétation des conventions internationales. La Chambre Criminelle a longtemps refusé que le juge répressif interprète les traités de droit pénal aux motifs qu'ils relevaient de la « haute administration » et qu'ils ne pouvaient être interprétés que par les « *puissances entre lesquelles* [les conventions] *étaient intervenues* »²⁴⁷⁶. Elle imposait donc au juge de surseoir à statuer et de solliciter l'interprétation du gouvernement. Ce n'est plus le cas aujourd'hui après un revirement du 11 février 2004 dans lequel la Cour de Cassation a considéré qu'il était de « *l'office du juge d'interpréter les traités internationaux invoqués dans la cause soumise à son examen sans qu'il ne soit nécessaire de solliciter l'avis d'une autorité non juridictionnelle* »²⁴⁷⁷.

940. On ne peut donc pas encore considérer qu'il existe de manière générale, en droit pénal, un véritable effet direct des conventions internationales. Pourtant, la situation semble être nettement en train d'évoluer. C'est notamment le cas en matière de corruption où la Cour de Cassation semble avoir admis l'invocabilité directe des conventions internationales s'y afférant. Plus loin encore, dans deux affaires emblématiques, « *biens mal acquis* » et « *Karachi* », la Cour a même adopté des solutions *contra legem* mais respectueuses des dispositions internationales impératives. En ce sens, l'invocabilité des conventions internationales devant les juridictions nationales détient un véritable pouvoir dissuasif.

2. L'invocabilité des conventions relatives à la lutte contre la corruption

941. Les juridictions françaises semblent accorder une place grandissante aux instruments internationaux de lutte contre la corruption. Alors même que ces textes ne s'adressent qu'aux Etats membres, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation semble pourtant leur reconnaître des effets²⁴⁷⁸. D'une part, la Cour a parfois soulevé d'office l'application de la Convention de Mérida. D'autre part, dans les décisions les plus récentes, elle a utilisé les dispositions de textes internationaux pour l'interprétation de normes nationales. Ce faisant, elle a adopté des décisions parfois *contra legem* mais respectueuses de la *ratio legis* internationale.

942. La première affaire dans laquelle la Chambre Criminelle a eut à appliquer directement la Convention de Mérida date du 11 juin 2008²⁴⁷⁹. En l'espèce, il s'agissait de l'exécution d'une commission rogatoire internationale délivrée par le Guatemala au titre d'une entraide demandée à la France en septembre 2006. La commission demandait aux autorités françaises de saisir certains biens de l'ancien président guatémaltèque et de son ex-épouse. Le juge

²⁴⁷⁴ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°19, p. 14

²⁴⁷⁵ H.-F. Van Panhuys, « Le traité d'extradition en tant que source de droits pour les individus », in *Mélanges à Van Bemmelen, Leiden*, 1965, p. 60.

²⁴⁷⁶ Cass. Crim., 29 juin 1972, *Bull. Crim.*, 1972, n°226.

²⁴⁷⁷ Cass. Crim., 11 février 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°37.

²⁴⁷⁸ A.-C. Fortas, « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 27.

²⁴⁷⁹ Cass. Crim., 11 juin 2008, *Bull. Crim.*, 2008, n°145 ; *Dalloz*, 2008, p. 2082, obs. S. Lavric ; *AJ Pénal*, 2008, p. 423, obs. G. Royer ; *RSC*, 2008, p. 932, obs. R. Finielz.

d'instruction de Paris fit procéder à la saisie d'un compte bancaire ouvert au nom de l'ex-épouse et de sa fille. Ces dernières ont fait appel de cette décision invoquant une atteinte au droit de propriété résultant de l'entrave portée au libre usage du bien²⁴⁸⁰. La Cour de Cassation n'a pas retenu l'atteinte au droit de propriété et a rejeté le pourvoi. Pour statuer ainsi, elle s'est référée au droit international et en particulier à la Convention des Nations Unies contre la corruption. Dans un attendu de principe elle a déclaré : « *la mesure de saisie, exécutée en application de l'article 694-3 du code de procédure pénale, conformément à l'article 97 dudit code et destinée à empêcher les requérantes d'user de leurs biens suivait un objectif d'intérêt général résidant dans l'exécution par l'Etat français de ses obligations résultant de la Convention des Nations Unies contre la corruption* ». La Cour faisait ici référence aux dispositions impératives de la Convention relatives à l'entraide judiciaire et à la procédure de recouvrement des avoirs²⁴⁸¹. Si elle a d'abord fondé sa décision sur le droit interne, notamment celui relatif à la saisie de données dans le cadre d'une instruction et à la procédure d'entraide judiciaire, elle a tenu à préciser que l'objectif était bel et bien de respecter les obligations de la France résultant des dispositions de la Convention. Ce qui est important de souligner en l'espèce est que les requérantes n'avaient pas mentionné les dispositions de la Convention dans leurs moyens. Cette solution novatrice amène à plusieurs observations.

943. Premièrement, la Cour a clairement interprété le droit interne à l'aune de la Convention de Mérida. Elle est même allée plus loin en considérant que la cause de l'application du droit interne était l'exécution d'une obligation internationale. Deuxièmement, et il s'agit là du point majeur de cette jurisprudence, la Cour n'a pas hésité à soulever d'office l'application de la Convention. Ce faisant, elle a ouvert une voie significative au relevé d'office de la Convention de Mérida et *a fortiori* de tout autre instrument de lutte contre la corruption²⁴⁸². Depuis cette date, la Convention de Mérida est donc susceptible d'être appliquée d'office par le juge si son exécution est en cause. Elle semble détenir une place analogue à celle que détient aujourd'hui, du moins en France, la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH)²⁴⁸³. Mais ce qui est novateur dans cette solution est que la Convention de Mérida n'est pas une Convention à destination des individus mais une convention de « coopération » entre les Etats.

La Haute Cour a, depuis, réitéré sa solution de 2008. Elle est même allée plus loin dans deux affaires emblématiques : celle relative aux « *biens mal acquis* » et l'affaire « *Karachi* ». Dans ces deux affaires, la Chambre Criminelle, non seulement, n'a pas rejeté les moyens des parties invoquant l'application de conventions internationales, mais s'est même servi de leurs dispositions pour adopter des solutions allant à l'encontre du droit interne.

944. L'affaire des « *biens mal acquis* » posait la question de savoir si une association pouvait se constituer partie civile pour le préjudice subi des faits de blanchiment, en France, du produit d'une corruption commise à l'étranger. En l'espèce, rappelons-le, l'association Transparency International France avait porté plainte avec constitution de partie civile contre trois chefs d'Etats étrangers pour détournement de fonds publics, abus de biens sociaux, blanchiment, complicité de ces délits, abus de confiance et recel²⁴⁸⁴. En première instance, le doyen des juges d'instruction du TGI de Paris avait déclaré recevable la constitution de partie

²⁴⁸⁰ Cf S. Lavric, « Corruption : entraide judiciaire internationale », *Dalloz actualité*, 17 juillet 2008.

²⁴⁸¹ Pour le recouvrement des avoirs, voir *supra* n°606 et s.

²⁴⁸² A.-C. Fortas, « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 28.

²⁴⁸³ *Ibid.*

²⁴⁸⁴ S. Lavric, « Affaire des « biens mal acquis » : recevabilité de la constitution de partie civile », *op. cit.*, p. 2707.

civile par ordonnance du 5 mai 2009²⁴⁸⁵. Le parquet avait fait appel de cette décision et la Cour d'Appel avait infirmé l'ordonnance²⁴⁸⁶. TI France avait donc formé un pourvoi en cassation²⁴⁸⁷. Dans ses moyens, l'association avait soulevé l'application de la Convention de Mérida et de la Convention de l'Union africaine. La référence à ce dernier texte était pour le moins surprenante puisque la France n'y est pas partie²⁴⁸⁸. TI soulevait notamment la violation de l'article 35 de la Convention de Mérida relatif à la réparation du préjudice subi par les victimes de pratiques corruptrices. Dans un arrêt médiatisé du 9 novembre 2010²⁴⁸⁹, la Cour s'est prononcé en faveur de l'association en considérant, dans un arrêt de cassation sans renvoi, la constitution de partie civile comme recevable.

945. Pour ce faire, la Cour ne s'est pas fondée sur les dispositions de la Convention internationale invoquées par l'association mais sur les articles 2, 3 et 85 du code de procédure pénale. Pour autant, cette décision doit être reconnue comme se plaçant en faveur de l'invocabilité directe des conventions internationales devant les juridictions nationales. En effet, elle n'a pas rejeté les moyens de la partie défenderesse. Elle a donc implicitement admis qu'une partie puisse invoquer l'application du droit international devant les juridictions nationales. La Cour a, en outre, interprété les dispositions du droit interne à la lumière du droit conventionnel²⁴⁹⁰. Elle a considéré, à ce titre, que le refus de conférer une habilitation législative aux associations de lutte contre la corruption pour agir en justice était contraire aux engagements internationaux de la France. Par conséquent, et dans une position *contra legem*, elle a admis la recevabilité de la constitution de partie civile de l'association. Rappelons que cette décision a été, par la suite, prise en compte par le législateur qui a accordé une habilitation législative aux associations de lutte contre la corruption dans la loi du 6 décembre 2013²⁴⁹¹.

946. Dans l'affaire « *Karachi* », la Cour a confirmé le principe dégagé dans l'affaire des « *biens mal acquis* ». Par contrat du 21 septembre 1994, la Direction des constructions navales internationales (DCN-I) avait vendu trois sous-marins à l'Etat du Pakistan. Un attentat commis à Karachi le 8 mai 2002 provoqua la mort de onze employés de la DCN-I et en blessa douze autres dans l'explosion d'un véhicule de la marine pakistanaise à bord duquel ils se trouvaient. Une information judiciaire a été ouverte contre personne non dénommée au TGI de Paris le 27 mai 2002 des chefs d'assassinats, de complicité et de tentative. Mais après la perquisition en 2008, dans les locaux de la DCN, de deux rapports internes dénommés « *rapports Nautilus* », les autorités ont établi un lien entre l'attentat et l'arrêt du versement de commissions à des intermédiaires pakistanais et de rétro-commission destinées à financer illicitement la campagne présidentielle française de 1995²⁴⁹². Se fondant sur ces informations, les victimes se sont constituées parties civiles, entre autres, du chef de corruption. Le juge d'instruction a d'abord admis la recevabilité de cette action considérant qu'il existait un lien direct entre l'attentat et les commissions. Mais le parquet a interjeté appel et l'ordonnance a été infirmée par la Cour d'Appel de Paris par un arrêt du 31 janvier 2011. La Cour a relevé, au motif de sa décision, que le Ministère public disposait à cette époque d'un monopole des

²⁴⁸⁵ C. Cutajar, « L'affaire des « biens mal acquis » ou le droit pour la société civile de contribuer judiciairement à la lutte contre la corruption », *JCP G*, 2009, n°22, act. 277.

²⁴⁸⁶ C. Cutajar, « Affaire « des biens mal acquis », un arrêt qui ne clôt pas le débat », note sous arrêt, CA Paris, 29 octobre 2009, *JCP G*, 2009, n°52, 563.

²⁴⁸⁷ M. Perdiel-Vaissière, « La poursuite des faits de corruption à la lumière de l'affaire des « biens mal acquis », *Dalloz*, 2011, p. 112.

²⁴⁸⁸ A.-C. Fortas, « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 28.

²⁴⁸⁹ Cass. Crim, 9 novembre 2010, *op. cit.*

²⁴⁹⁰ A.-C. Fortas, « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 29.

²⁴⁹¹ Loi, n°2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *op. cit.*

²⁴⁹² Cf. C. Cutajar, « Affaire Karachi : une nouvelle consécration du droit à la vérité », *JCP G*, 2012, n°23, 674 et H. Matsopoulou, « Affaire de l'attentat de Karachi : recevabilité des constitutions de partie civile pour corruption et abus de biens sociaux », *RSC*, 2012, p. 553.

poursuites en matière de corruption transnationale selon les dispositions de l'article 435-6 du code pénal. Les victimes ont donc formé un pourvoi contre cette décision.

Dans leur pourvoi, les parties défenderesses ont notamment soulevé l'application de la Convention de Mérida ainsi que de la Convention civile du Conseil de l'Europe. En l'occurrence, le pourvoi soutenait que la Cour d'Appel ne pouvait pas s'appuyer sur l'article 435-6 du code pénal car celui-ci était contraire aux articles 35 et 3 des conventions susmentionnées. Les parties souhaitaient donc que la Cour de Cassation applique le droit international et non le droit interne qui ne respectait pas les engagements de la France.

Dans un arrêt du 4 avril 2012²⁴⁹³, La Chambre Criminelle statue en faveur des défendeurs et déclare la constitution de partie civile comme recevable. Pour fonder sa décision, la Cour se réfère, une fois de plus, sur le droit interne uniquement. Elle considère, dans un attendu de principe « *qu'il ressort de ces textes que, pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permette au juge d'admettre comme possibles l'existence d'un préjudice allégué et la relation directe avec celui-ci avec une infraction à la loi pénale* ». Cette décision se situe dans le prolongement direct de celle relative aux « *biens mal acquis* ». Les mêmes observations peuvent être formulées bien qu'ici, la Cour semble aller encore plus loin.

947. L'interprétation est ici plus flagrante que dans l'affaire des « *biens mal acquis* ». Dans cette dernière, la Cour de Cassation, bien qu'adoptant une position au regard des conventions internationales, s'était tout de même positionnée dans une lignée jurisprudentielle tendant à admettre la recevabilité de constitution de partie civile d'associations « non privilégiée »²⁴⁹⁴. En outre, aucune disposition textuelle n'interdisait expressément les associations non habilitées à agir en justice. Dans l'affaire « *Karachi* », la situation était différente. L'article 435-6 du code pénal procurant un monopole du parquet pour la poursuite des affaires de corruption transnationale, fermait la voie à toute possibilité de constitution de partie civile. La Cour de Cassation a donc adopté une solution parfaitement *contra legem* pour adopter une solution conforme à la *ratio legis* internationale.

948. En l'absence de publication de décisions jurisprudentielles, il n'est malheureusement pas possible de déterminer si la Convention de Mérida est aussi invocable directement devant les tribunaux vietnamiens. Le juge répressif vietnamien ne semble pas être investi de quelconque pouvoir « d'interprétation » au contraire du juge français. Son unique rôle semble être de « dire le droit ». Malgré tout, le juge vietnamien doit aussi parfois être amené à « interpréter » certaines dispositions imprécises pour ne pas tomber dans le déni de justice. Il n'est donc pas totalement exclu qu'il admette la recevabilité de l'invocation d'une disposition internationale pour interpréter la loi de transposition nationale imprécise à sa lumière.

949. L'intégration des infractions de corruption dans la catégorie des infractions transnationales produit des effets dissuasifs certains pour les auteurs. Sous implusion internationale, les législations nationales s'harmonisent progressivement. Par conséquent, elles deviennent similaires et compatibles. Les auteurs ne disposent plus de la même latitude pour se « réfugier » en transcendant les frontières nationales. En outre, les instruments internationaux adoptés pour lutter contre la corruption commencent à produire des effets directs dans les Etats parties, de sorte qu'ils peuvent parfois être appliqués en

²⁴⁹³ Cass. Crim, 4 avril 2012, n° 11-81124, *JurisData*, n° 2012-006071 ; *JCP G*, 2012, n°23, 674, note C. Cutajar ; *RSC*, 2012, p. 553, obs. H. Matsopoulou.

²⁴⁹⁴ Dalloz, « Affaire des « biens mal acquis » : recevabilité de la constitution de partie civile de l'association transparence internationale France », *Dalloz Etudiants*, 25 novembre 2010.

« remplacement » de la loi nationale lorsque cette dernière n'est pas suffisamment contraignante.

950. Ces effets dissuasifs sont toutefois relatifs. Les comportements ne pourront trouver de véritable réponse pénale que lorsqu'ils auront été transposés dans le droit national concerné. En outre, par le biais de l'harmonisation, les Etats ne s'affranchissent pas totalement des difficultés liées à la détection et à la répression des pratiques corruptrices.

Or il existe, en droit international, des possibilités plus radicales pour dissuader les auteurs de corruption. Parmi les réflexions menées à cet égard, l'une d'entre elles se positionne en faveur de l'idée de faire basculer les activités de corruption dans la catégorie des crimes internationaux. L'effet dissuasif serait majeur puisque, dans ce cas, la répression est directement internationale au travers du rôle de la CPI qui dispose tout de même de possibilités étendues en matière de poursuites et de condamnation.

§2 – LA GENESE DU BASCULEMENT DE LA CORRUPTION DANS LE DOMAINE DES CRIMES INTERNATIONAUX

951. La catégorie des crimes internationaux regroupe « *les crimes les plus graves ayant une portée internationale* »²⁴⁹⁵. On parle ici d'infractions internationales et non « transnationales » car elles sont punissables indépendamment du lieu où elles ont été commises. En d'autres termes, les auteurs vont être poursuivis, jugés et condamnés directement à l'échelle internationale et non par une juridiction nationale devenue compétente par le jeu de la coopération. Avant 2002, la Communauté internationale réagissait souvent par l'établissement de tribunaux *ad'hoc* spécifiquement compétents pour un ou plusieurs crimes déterminés dans leurs statuts. Mais depuis 2002, la Cour pénale internationale (CPI) détient une compétence ordinaire pour tous les crimes internationaux. Cette catégorie d'infractions est en outre parfaitement définie puisqu'elles sont toutes listées dans le Statut de Rome du 17 juillet 1998²⁴⁹⁶ portant création de la CPI.

952. A l'heure actuelle, la Cour n'est compétente pour trois infractions principales : le génocide, le crime de guerre et le crime contre l'humanité²⁴⁹⁷. Ils sont prévus aux articles 6 à 8 du Statut de Rome. Toutes les autres infractions faisant l'objet de conventions internationales relèvent donc de la catégorie des infractions transnationales. *A priori* il n'y a donc aucune chance pour que la CPI ou un tribunal *ad'hoc* ne soit compétent pour en juger les auteurs. La pratique a pourtant semblé en démontrer parfois le contraire. L'établissement du Tribunal Spécial pour le Liban (TSL) en 2007²⁴⁹⁸ a brouillé la frontière entre les deux catégories susmentionnées. Le tribunal a, en effet, été créé pour la poursuite et le jugement des attentats terroristes ayant causé la mort de l'ancien Premier Ministre libanais Rafik Hariri. Or le terrorisme ne figure pas dans la liste établie par le Statut de Rome et était considéré sans hésitation, jusqu'à cette date, comme une « simple » infraction transnationale.

²⁴⁹⁵ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°1003, p. 579.

²⁴⁹⁶ Statut de la Cour pénale internationale, dit Statut de Rome, 17 juillet 1998 ; in E. David et P. Heirman, *Code de droit international pénal*, *op. cit.*, p.1373 et s.

²⁴⁹⁷ La Cour est compétente également pour une quatrième infraction qui est le crime d'agression, intégré au statut de Rome en 2010 mais les conditions de cette compétence sont très limitées ce qui en réduit considérablement la portée ; Cf D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°1026 et s., p. 588-589.

²⁴⁹⁸ Résolution 1757 du CSNU, S/RES/1757. Le Tribunal a été créé afin de juger et condamner les auteurs de l'assassinat de l'ancien Premier Ministre libanais Rafiq Hariri le 14 février 2005, assassinat perpétré par le biais d'un attentat terroriste à la voiture piégée

953. Si le terrorisme, par son ampleur et les personnalités qu'il touche, peut entrer *de facto* dans la catégorie des crimes internationaux, il n'est pas impossible d'envisager le même aboutissement pour les infractions de corruption. L'achèvement du processus d'internationalisation de la lutte contre la corruption pourrait conduire à la réprimer internationalement.

Si un tel postulat n'est pas encore véritablement à l'ordre du jour, force est de constater qu'il existe déjà des évolutions en ce sens (A). En outre, le basculement des délits de corruption dans la catégorie des crimes internationaux représenterait de nombreux avantages pour sa répression (B).

A - Les évolutions en faveur du basculement

954. La catégorie des crimes internationaux est en perpétuelle évolution. C'est du moins ce que nous démontrent les évolutions survenues après l'adoption du Statut de Rome et de la CPI. Déjà au moment de l'adoption du Statut de Rome, plusieurs Etats avaient proposé d'étendre la compétence de la Cour à d'autres crimes jugés trop graves pour rester dans la catégorie des crimes transnationaux, tels que le terrorisme ou le trafic de stupéfiants²⁴⁹⁹. Cette proposition avait été refusée car il a été jugé qu'une compétence trop large de la CPI nuirait à l'efficacité de son action. Pourtant, les crimes internationaux ont évolué depuis, *de jure* et *de facto*.

955. La compétence de la CPI s'est élargie au fil des années. Cet élargissement a été, d'abord, incident. Il a eu lieu à l'occasion de l'affaire « *Pinochet* ». Arrivé au pouvoir à la suite d'un coup d'Etat dirigé contre l'ancien président Salvador Allende le 11 septembre 1973, Augusto Pinochet a dirigé le Chili jusqu'en 1990. Pendant toute la durée de sa présidence, de nombreuses violations contre les individus ont été commises, notamment des actes de torture et autres violations aux droits de la personne. Lors de sa venue à Londres pour une opération chirurgicale en 1998, Augusto Pinochet a été arrêté par les autorités britanniques qui agissaient sous couvert d'un mandat d'arrêt international délivré par les autorités espagnoles. L'Espagne espérait pouvoir exercer sa compétence universelle pour faits de torture, génocide, terrorisme, disparition forcée et crime contre l'humanité. Lors de l'examen de l'affaire par la Chambre des Lords le 24 mars 1999, relatif à l'existence ou non d'une immunité de juridiction, l'Assemblée a décidé que l'immunité ne pouvait jouer. En conséquence l'ancien dictateur pouvait être jugé par une juridiction nationale étrangère en vertu de sa compétence universelle. Mais cette compétence se limitait aux actes de torture conformément à la Convention des Nations Unies contre la torture du 10 décembre 1984, exclusive des autres chefs d'accusation portés au mandat d'arrêt international²⁵⁰⁰.

Selon l'article 7 du Statut de Rome, le crime de torture n'est pourtant qu'un des nombreux aspects du crime contre l'humanité. Il s'ensuit que lorsqu'un individu commet un acte de torture, il doit normalement être poursuivi et condamné pour l'infraction de « crime contre l'humanité ». Dans cette affaire, la Chambre des Lords a reconnu la compétence universelle pour le seul crime de torture alors que le mandat international comportait également le chef d'accusation de crime contre l'humanité. Elle semble donc avoir conféré à cette infraction une certaine autonomie. Depuis lors, la torture sort progressivement du sillage du crime contre l'humanité et tend à devenir un crime international à part entière. Cette tendance se confirme

²⁴⁹⁹ J.-F. Dobelle, « La convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale », *AFDI*, 1998, vol. 44, n°44, p. 359, n°9.

²⁵⁰⁰ E. David, *Éléments de droit pénal international et européen*, *op. cit.*, n°1.2.87, p. 110-112.

au regard de la compétence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). S'inspirant largement de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme (CESDH), le Tribunal s'est beaucoup attaché à définir le plus précisément possible la notion de torture. Il ressort de ces travaux, une définition propre et autonome qui sort du sillage du seul crime contre l'humanité pour être applicable à d'autres contextes, tel qu'une cause aggravante du crime de guerre ou une atteinte profonde à l'intégrité de la personne²⁵⁰¹. Malgré ces avancées que nous qualifieront plus de doctrinales que normatives, le crime de torture reste encore à ce jour inclut dans la catégorie du crime contre l'humanité. Il n'a pas encore acquis une indépendance textuelle.

956. L'élargissement de la compétence de la CPI a été, ensuite, plus prépondérant notamment par l'intégration du crime d'agression dans les dispositions du Statut de Rome en 2010. Depuis cette date, les crimes internationaux ne sont plus au nombre de trois mais au nombre de quatre, ce qui représente une évolution textuelle. Il ne s'agit pas pour autant d'une véritable révolution du droit pénal international car cet ajout était planifié depuis l'adoption du Statut de Rome en 1998. Le crime d'agression figurait déjà dans les dispositions de l'article 5 du Statut de Rome relatif à la compétence matérielle de la CPI. Mais, à la différence des trois autres infractions, aucune définition n'avait été établie. L'article 5§2 du statut avait anticipé son intégration en disposant : « *la Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée [...] qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard* ». De ce fait, il était prévu que le crime ne pourrait entrer en vigueur qu'après avoir été défini et approuvé par l'Assemblée générale des parties²⁵⁰². C'est ce qui a été fait à la conférence de Kampala de 2010, laquelle a amendé le Statut de Rome pour y intégrer un article 8 relatif à la définition du crime d'agression. Celui-ci est entendu comme la participation, par une personne, effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un Etat, à un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies. Mais si la catégorie des crimes internationaux s'est officiellement élargie depuis 2010, la Cour ne pourra exercer sa compétence à l'égard de ce dernier crime qu'à compter du 1^{er} janvier 2017²⁵⁰³. Si l'élargissement textuel est significatif, sa portée reste tout de même limitée.

957. Paradoxalement, l'évolution la plus marquante des crimes internationaux tient à une évolution factuelle : la création du Tribunal spécial pour le Liban. Le pays a subi une vague d'attentats terroristes à partir d'octobre 2004 qui a culminé le 14 février 2005 avec un attentat à l'explosif perpétré à Beyrouth contre l'ancien Premier Ministre, Rafiq Hariri²⁵⁰⁴. L'attentat lui coûta la vie ainsi que celle de vingt-trois autres personnes. A la suite de cet incident, les Nations Unies ont envoyé une « commission d'enquête internationale » pour étudier l'affaire. Le 24 mars 2005, la commission a établi un rapport²⁵⁰⁵ dans lequel elle notait que le processus judiciaire libanais souffrait de sérieux handicaps et n'avait ni la capacité ni la volonté d'atteindre « *des conclusions satisfaisantes et crédibles* »²⁵⁰⁶. Une commission d'enquête internationale indépendante a donc été créée pour aider les autorités libanaises à faire la lumière sur cette affaire et étudier les mesures envisageables pour faire traduire les auteurs en

²⁵⁰¹ CfR. Koering Joulin, « Droits fondamentaux et droit pénal international » ; in Centre d'Etudes des Droits du Monde Arabe (CEDROMA), *Les droit fondamentaux, inventaire et théorie générale : Colloque de Beyrouth 6 et 7 novembre 2003*, Bruylant, 2005, p. 333-346.

²⁵⁰² M.-C. Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, op. cit., p. 242.

²⁵⁰³ Cf D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit., n°1011, p. 583 et n°1027, p. 588.

²⁵⁰⁴ Cf A.-T. Lemasson, « Justice internationale pénale (institutions) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, n°122.

²⁵⁰⁵ CSNU, « Lettre datée du 24 mars 2005, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général », 24 mars 2005, *Nations Unies*, S/2005/203.

²⁵⁰⁶ M. Ghantous, « La valeur internationale de la constitution. - À la lumière de la Résolution 1757 (2007) créant le Tribunal spécial pour le Liban (TSL) », *JDI*, 2010, n°1, doct. 2, n°12.

justice²⁵⁰⁷. Le 13 décembre 2005, Le Premier Ministre du Liban a demandé au Secrétaire Général des Nations Unies que soit créé un Tribunal international pour juger toutes les personnes impliquées dans cet acte criminel. Le TSL fût créé le 30 mai 2007 par la résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies (CSNU) n°1757²⁵⁰⁸. Il a été ouvert le 1^{er} mars 2009 à La Haye et il est chargé depuis lors de poursuivre les personnes responsables de l'attentat de Beyrouth²⁵⁰⁹. Sa compétence est en outre élargie à d'autres attentats terroristes survenus entre le 1^{er} octobre 2014 et le 12 décembre 2005 s'il est avéré qu'ils présentent un lien de connexité avec celui ayant causé la mort de Rafiq Hariri²⁵¹⁰.

958. La compétence *rationae materiae* du TSL est marquante au regard des autres tribunaux *ad'hoc*. Elle ne porte pas sur la poursuite et le jugement de crimes internationaux perpétrés dans des pays où la justice est à reconstruire, mais pour la poursuite des auteurs d'actes de terrorisme²⁵¹¹. Le terrorisme ne figure pourtant pas dans la liste des crimes internationaux dressée par le Statut de Rome. Son intégration avait d'ailleurs expressément été refusée lors de l'adoption du texte²⁵¹². Par conséquent, les actes de terrorisme ne sont normalement pas du ressort de la justice internationale.

959. La création d'une juridiction internationale pour ces faits amène donc à plusieurs observations. D'une part, il semble que le terrorisme soit entré *de facto* dans la catégorie des crimes internationaux depuis 2007. D'autre part, si les crimes internationaux se définissent comme « *les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* »²⁵¹³, alors ils ne sauraient se limiter à la seule liste dressée par le Statut de Rome portant création de la CPI. L'exemple du TSL démontre que toute infraction transnationale peut être en mesure de devenir un crime international si, par son ampleur, sa commission trouble « l'ordre public » international.

960. Partant de ce postulat, il est parfaitement envisageable que la corruption soit un jour considérée comme un crime international. Nous ne cessons de l'énoncer depuis le début de cette étude, il est de notoriété publique que la corruption est un fléau international de grande gravité²⁵¹⁴. Elle est présentée comme « *l'envers des droits de l'homme* »²⁵¹⁵. Elle constitue une menace pour la prééminence du droit²⁵¹⁶ et elle sape le processus démocratique²⁵¹⁷. Le danger de la corruption est un fait reconnu de tous, y compris des juridictions supranationales²⁵¹⁸. Si la corruption est l'envers des droits de l'homme, elle se place nécessairement à l'encontre du droit international humanitaire. Elle peut donc, à ce titre, parfaitement constituer un crime international lorsque sa commission choque l'opinion publique internationale.

²⁵⁰⁷ A.-T. Lemasson, « Justice internationale pénale (institutions) », *op. cit.*, n°122.

²⁵⁰⁸ CSNU, « Résolution 1757 (2007) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 5685^e séance, le 30 mai 2007 », *Nations Unies*, S/RES/1757, 30 mai 2007.

²⁵⁰⁹ S. Lavric, « Ouverture du Tribunal Spécial pour le Liban », *Dalloz actualité*, 4 mars 2009.

²⁵¹⁰ E. David, « Eléments de droit pénal international et européen », *op. cit.*, n°14.3.22, p. 924.

²⁵¹¹ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°962, p. 558.

²⁵¹² Voir *supra* n°956.

²⁵¹³ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°1003, p. 579.

²⁵¹⁴ Voir en ce sens, B. Fillion-Dufouleur, « La lutte contre la corruption dans le commerce international. – La convention OCDE du 21 novembre 1997 et le projet de loi français de transposition », *op. cit.*, n°1.

²⁵¹⁵ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 696.

²⁵¹⁶ E. Dreyer, *Droit pénal spécial, Ellipses*, 2^{ème} édition, 2012, n°1383, p. 621.

²⁵¹⁷ B. Pereira, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion*, *op. cit.*, p. 166.

²⁵¹⁸ CEDH, 24 mai 2007, « *Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c/Roumanie* », n°77193/01, §41 : « *la corruption constitue une menace pour la prééminence du droit, la démocratie et les droits de l'homme, sape les principes de bonne administration, d'équité et de justice sociale, fausse la concurrence, entrave le développement économique et met en danger la stabilité des institutions démocratiques et les fondements moraux de la société* ».

961. C'est du moins la position de certains auteurs qui considèrent que la corruption devrait être poursuivie au titre d'un crime international²⁵¹⁹. Tel un crime contre l'humanité, la corruption cause de nombreuses souffrances humaines. C'est notamment le cas de ce que l'on appelle « la grande corruption ». Par opposition à la petite corruption, quotidienne et de faible dimension²⁵²⁰, la « grande corruption » se place au plus haut niveau du système politique d'un pays. Elle détourne tout le système juridique au profit des décideurs, remet en cause l'Etat de droit et cause d'importants dommages sociaux-économiques²⁵²¹. Cet aspect se retrouve en particulier dans les pays en développement²⁵²² par le détournement de fonds publics ou d'aides internationales au développement²⁵²³. En outre la corruption va parfois jusqu'à causer la mort et des dommages corporels. C'est le cas, au Vietnam, de l'affaire relative à l'effondrement d'un pont dont la construction avait été financée par des capitaux japonais, mais aussi dans l'affaire « *Karachi* » puisque les attentats terroristes étaient liés à des affaires de corruption.

962. Par conséquent, il ne paraît pas incongru de considérer la corruption comme un crime contre l'humanité. Selon les dispositions de l'article 7(k) du Statut de Rome, un crime contre l'humanité peut se définir comme un « *acte inhumain [...] causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale* ». La grande corruption, par les dommages qu'elle cause à toute une population, pourrait relever de cette définition²⁵²⁴.

Malheureusement, même si l'hypothèse est plausible, il y a peu de chances pour qu'elle se réalise. Les dégâts commis par la corruption ne sont pas aussi flagrants que les crimes internationaux pour lesquels la CPI est compétente, comme l'esclavage, la torture ou encore le génocide. En outre, la corruption n'est pas commise directement à l'encontre des populations civiles contrairement aux autres crimes contre l'humanité²⁵²⁵. Les conséquences sur les populations ne sont que des « dommages collatéraux » mais ne représentent pas le but de son auteur.

963. Pour considérer la corruption contre un crime international, l'autre solution serait de lui conférer une place à part, en dehors du sillage du crime contre l'humanité dont la définition ne s'y accorde pas parfaitement. La première idée serait de faire entrer la corruption, en tant qu'infraction autonome, dans la liste des infractions du Statut de Rome afin que la CPI devienne compétente. Mais cette solution est peu probable. Rappelons que la Conférence des Etats, lors de l'adoption du Statut, avait refusé d'élargir trop les compétences de la Cour.

964. La solution la plus « envisageable » serait donc de créer une juridiction internationale indépendante spécialement compétente pour la poursuite et le jugement des infractions de corruption à dimension internationale. Mais cette juridiction, à l'heure actuelle, pourrait se confronter à de nombreuses difficultés liées aux disparités de perceptions de la notion de corruption entre les Etats. Une autre solution serait, dès lors, la création de différentes « cours

²⁵¹⁹ Par exemple, I. Bantekas, « Corruption as an International Crime and Crime against Humanity. An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies », *Journal of international criminal justice*, 2006, vol. 4, p. 466-484.

²⁵²⁰ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*, p. 697.

²⁵²¹ Organisation Mondiale des parlementaires contre la corruption (GOPAC), « Prosecuting grand corruption as an international crime », *GOPAC*, discussion paper, 1^{er} novembre 2013, p. 4.

²⁵²² N. Z. Boswel, J.-D. Sullivan et N. Thi Kieu Vien, « APEC Procurement transparency standards in Vietnam. The Need to Move from Law to Practice », *Transparency International*, 2011, p. 6.

²⁵²³ Le détournement d'aides internationales s'est produit au Vietnam. Rappelons, à ce titre, les affaires « *PCI* » et « *PMU 18* ». Voir *supra* n°155 et 853

²⁵²⁴ Organisation Mondiale des parlementaires contre la corruption (GOPAC), « Prosecuting grand corruption as an international crime », *op. cit.*, p.6.

²⁵²⁵ I. Bantekas, « Corruption as an International Crime and Crime against Humanity. An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies », *op. cit.*

régionales » spécialisées dans la poursuite et le jugement des actes de corruption. Ces cours jouiraient d'une plus grande crédibilité à l'égard des pays membres et pourraient se fonder sur les dispositions du droit international et des conventions régionales régulièrement ratifiées. En Europe, des Cours régionales ont déjà été établies et elles sont parfois amenées à connaître de la notion de corruption. La Cour Européenne des droits de l'homme (CEDH), par exemple, a eu à se positionner sur la notion de corruption au regard de la CESDH²⁵²⁶. Le rôle de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) est en outre amené à se développer considérablement depuis l'entrée en vigueur du traité de fonctionnement de l'UE (TFUE) en 2009 et la disparition des trois « piliers » de l'Union Européenne²⁵²⁷. Elle pourrait être amenée à connaître, à terme, d'affaires de corruption sur la base des conventions ou autres dispositions européennes.

965. Enfin, la dernière solution, à défaut d'établissement d'une ou plusieurs juridictions supranationales spécifiques, serait de faire entrer la corruption dans le domaine de la « compétence universelle » des Etats. La compétence universelle découle, à titre principal, des conventions internationales relatives à des infractions déterminées dont elles requièrent notamment qu'elles soient incriminées par les Etats parties et que ceux-ci prévoient leur compétence pour les juger au cas où leurs auteurs ou complices sont arrêtés sur le territoire national²⁵²⁸. En d'autres termes le principe de la compétence universelle est la possibilité, pour le juge national, de connaître d'une infraction quel que soit le lieu de sa commission, la nationalité de son auteur ou de sa victime²⁵²⁹. Comme soulevé, le fondement de la compétence universelle des Etats tient de leurs obligations conventionnelles. Elle ne peut être mise en place, *a priori*, que lorsqu'une disposition conventionnelle le prévoit expressément²⁵³⁰. En droit français, la compétence universelle ne peut être mise en œuvre que si une disposition nationale le prévoit expressément²⁵³¹. Les dispositions s'y afférant figurent aux articles 689-2 à 689-10 du code de procédure pénale²⁵³².

966. L'article 689-8 du code de procédure pénale prévoit une certaine « compétence universelle » en matière de corruption. Néanmoins, cette dernière est loin d'être générale puisqu'elle ne s'applique qu'au regard des dispositions de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes du 27 septembre 1996 et de la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'UE du 26 mai 1997. En d'autres termes, la compétence « universelle » est triplement limitée. Elle est limitée *rationae loci* au seul territoire de l'UE. Elle ne concerne pas les autres pays tiers à l'UE. Elle est limitée *rationae materiae* aux seules infractions prévues par les conventions. La compétence se limite donc aux infractions prévues aux articles 435-1 à 435-9 du code pénal ou « portant atteinte aux intérêts financiers des communautés européennes au sens de la Convention relative à la protection des intérêts financiers de communautés européennes »²⁵³³. Enfin la compétence est limitée *rationae personae* à trois catégories de personnes : les fonctionnaires communautaires basés en France, les ressortissants français ou toute personne appartenant à la fonction publique française, toute personne se rendant coupable des délits

²⁵²⁶ CEDH, 24 mai 2007, « *Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c/Roumanie* », *op. cit.*

²⁵²⁷ A. Gogorza, « Le rôle de la CJUE en matière pénale », *Droit pénal*, 2010, n°10, étude 26.

²⁵²⁸ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°171, p. 101.

²⁵²⁹ E. David, *Éléments de droit pénal international et européen*, *op. cit.*, n°3.3.14, p. 242.

²⁵³⁰ Ce n'est cependant pas le cas de la Belgique qui s'est dotée d'une compétence universelle élargie en vertu du principe *aut dedere aut judicare* présent dans la majorité des conventions internationales ; *in Ibid.*, n°3.3.19 et s., p. 244 et s.

²⁵³¹ C. Pr. Pén., art. 689.

²⁵³² D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°171, p. 102.

²⁵³³ C. Pr. Pén., art. 689-8.

prévus par les conventions. La « compétence universelle » française en matière de corruption est loin de concerner toutes les pratiques corruptrices transnationales.

967. Le droit vietnamien, quant à lui, ne connaît pas le principe de compétence universelle. Les juridictions vietnamiennes ne se saisissent que des litiges qui appartiennent à leur compétence selon les dispositions des articles 33 à 37 du code de procédure pénale.

968. Le basculement des infractions de corruption dans la catégorie des crimes internationaux n'en est qu'à ses balbutiements. Aucune mesure n'a encore été prise par la communauté internationale en ce sens. Pourtant, à l'image de ce qui s'est passé pour le terrorisme, il n'est pas exclu qu'un acte de corruption de très grande ampleur suscite le besoin de création d'une juridiction supranationale, *ad'hoc* ou permanente. En outre, si la lutte contre la corruption s'intensifie encore dans les prochaines années, il n'est pas non plus impossible que le crime entre dans le champ de compétence de la CPI, soit en tant qu'acte relevant d'un crime contre l'humanité, soit en tant qu'infraction autonome. Un tel basculement de la corruption dans la catégorie des crimes internationaux serait indubitablement très dissuasif pour ses auteurs et représenterait de nombreux avantages pour sa répression.

B - Les avantages d'un tel basculement pour la lutte contre la corruption

969. Le basculement des délits de corruption dans la catégorie des crimes internationaux comporterait de nombreux avantages pour leur répression, notamment s'ils relèvent de la compétence de la CPI.

970. Premièrement, la CPI détient une compétence internationale à l'égard des crimes prévus à l'article 5 du Statut de Rome. La poursuite et le jugement des pratiques de corruption ne souffriraient plus de la limite des frontières des pays. Il faut cependant modérer ces propos car l'établissement de la CPI est de nature conventionnelle. Par conséquent, sa compétence repose sur le principe de compétence pénale territoriale et non sur la théorie de l'universalité²⁵³⁴.

La compétence de la Cour est limitée *rationae temporis* : elle n'est compétente qu'à l'égard des crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut. La Cour n'a pas de compétence rétroactive à la différence des juridictions pénales internationales qui l'ont précédé²⁵³⁵. En outre, la compétence de la Cour ne s'exerce qu'à l'égard des crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut dans le droit interne des Etats parties. Il en va autrement pour les Etats qui ont reconnu la compétence de la Cour dès l'adoption de la Convention de Rome.

La compétence de la Cour est aussi limitée *rationae loci*. Selon l'article 12 du statut, elle n'est normalement compétente qu'à l'égard des crimes commis sur le territoire d'un Etat partie ou par un national de l'Etat partie²⁵³⁶. Toutefois, la compétence de la Cour n'est pas strictement limitée aux seuls Etats qui ont ratifié le statut. Elle reste compétente lorsque les crimes ont été commis par des ressortissants d'un Etat partie sur le territoire d'une Etat non partie. Elle le reste également pour la poursuite et le jugement de ressortissants d'Etats non parties lorsqu'ils ont commis des crimes internationaux sur le territoire d'un Etat partie²⁵³⁷. Enfin, l'article 13(b) du Statut prévoit un cas de compétence dérogatoire. Le Conseil de Sécurité de l'ONU(CSNU) peut saisir lui-même la CPI. Dans ce cas, il n'est nullement nécessaire que

²⁵³⁴ M.-C. Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, op. cit., p. 234.

²⁵³⁵ D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit., n°1022, p. 587.

²⁵³⁶ E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, op. cit., n°14.4.12, p. 935.

²⁵³⁷ D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit., n°1023, p. 587.

l'Etat sous la juridiction duquel le crime s'est produit ou que l'Etat dont l'auteur en est le ressortissant soient parties au Statut de Rome ou aient reconnu la compétence de la Cour. Cette disposition a notamment été appliquée lors du renvoi de la « *situation du Darfour* » devant la CPI par le CSNU en 2004²⁵³⁸. Bien que cette option soit essentiellement utilisée à des fins politiques plus que dans un souci de répression pure, la possibilité pour le CSNU de déroger aux règles de compétence territoriales actuelles peut être perçue comme un premier pas vers l'universalisme. Quoiqu'il en soit, la CPI détient une compétence bien plus élargie que celle des juridictions nationales.

971. Deuxièmement, les Etats parties au Statut de Rome jouent un rôle très important pour la poursuite et la répression des auteurs de crimes internationaux.

Ils sont dans l'obligation de coopérer pleinement avec la CPI dans le cadre des enquêtes et des poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence selon les dispositions de l'article 86 du Statut. Pour ce faire, les Etats doivent, lorsqu'ils sont saisis d'une demande, communiquer tout document, pièce ou autres renseignements utiles à la résolution de l'affaire. En outre, la Cour peut également demander aux Etats l'arrestation ou la remise d'une personne recherchée. Ils peuvent être également requis pour déterminer l'identification d'une personne, le lieu où elle se trouve, la localisation de ses biens, le rassemblement d'éléments de preuve ou encore la conduite d'interrogatoires des personnes faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites²⁵³⁹.

L'Union Européenne s'est engagée en faveur de l'établissement de la Cour depuis l'adoption du Statut de Rome. Dans une position commune de juin 2001²⁵⁴⁰, l'UE s'est engagée à œuvrer auprès de ses pays membres et des pays tiers en faveur de l'établissement de la Cour dont le rôle est « *essentiel pour le respect de l'Etat de droit et des droits de l'homme* »²⁵⁴¹. En outre, l'organisation a conclu, en 2006, un accord de coopération et d'assistance avec la CPI²⁵⁴² dans lequel elle s'est engagée à coopérer pleinement avec la Cour, notamment par la communication de tous les documents ou renseignements prévus par l'article 87 du Statut. Plus récemment, l'UE a adopté une nouvelle décision du 21 mars 2011²⁵⁴³. Elle s'est de nouveau engagée à promouvoir la compétence de la CPI de manière universelle et à accroître sa coopération avec cette dernière. Le texte incite les Etats Membres à adopter une position encore plus transparente à l'égard de la Cour.

En droit français, le législateur s'est aussi engagé à coopérer pleinement avec la Cour pénale internationale. Pour ce faire, le législateur a modifié sa constitution par une loi du 8 juillet 1999²⁵⁴⁴. Cette loi intègre un article 53-2, à la Constitution, ainsi rédigé : « *La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998* ». Il a également adopté, le 26 février 2002²⁵⁴⁵, une loi relative à la coopération avec la Cour pénale internationale. Cette loi a créé un Titre 1^{er} au Livre IV du code de procédure pénale. Ce faisant, la France s'est engagée à respecter

²⁵³⁸ E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, op. cit., n°14.4.54, p. 955.

²⁵³⁹ Cf Statut de Rome, op. cit., chapitre IX, art. 86-102.

²⁵⁴⁰ Position du Conseil, n°2001/443/PESC, « Position du Conseil concernant la Cour pénale internationale », *Union Européenne*, 11 juin 2011.

²⁵⁴¹ *Ibid.*, considérant n°1.

²⁵⁴² Décision du Conseil, n°2006/313/PESC, « décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre la Cour pénale internationale et l'Union Européenne en ce qui concerne la coopération et l'assistance », 10 avril 2006, *JOUE*, L115, 28 avril 2006, p. 49, spé. p. 50.

²⁵⁴³ Décision du Conseil, n°2011/168/PESC, « Décision du Conseil concernant la Cour pénale internationale et abrogeant la position commune 2003/444/PESC », 21 mars 2011, *JOUE*, L76, 22 mars 2011, p.56.

²⁵⁴⁴ Loi constitutionnelle, n°99-568, « Loi constitutionnelle insérant, au titre VI de la Constitution, un article 53-2 et relative à la Cour pénale internationale », 8 juillet 1999, *JORF*, n°157, 9 juillet 1999, p. 10175.

²⁵⁴⁵ Loi, n°2002-268, « Loi relative à la coopération avec la Cour pénale internationale », 26 février 2002, *JORF*, 27 février 2002, p. 3684, texte 2.

pleinement toutes les dispositions relatives à la coopération avec la CPI. Ces engagements figurent aux articles 627 et suivants du code de procédure pénale. Ils sont relatifs à l'entraide judiciaire, l'arrestation et la remise des personnes poursuivies ainsi que l'exécution des peines et des mesures de réparation prononcées par la CPI.

Le Vietnam, quant à lui, n'est pas partie à la Cour pénale internationale et n'a pas encore pris d'engagements à cet égard. Cependant la question semble être à l'ordre du jour dans le pays. Lors de la tenue du premier colloque en droit pénal international sur le territoire vietnamien, les parties prenantes se sont montrées vivement intéressées par la structure et le fonctionnement de la CPI²⁵⁴⁶.

Si la corruption devenait un crime international du ressort de la compétence de la CPI, les Etats parties seraient donc dans l'obligation d'arrêter les auteurs pour les remettre à la Cour. Ils seraient, en outre, dans l'obligation de coopérer pleinement pour la communication de tout document ou renseignement, l'identification des auteurs, la localisation de leurs biens et des produits de la corruption. La poursuite et la répression n'en serait que plus effective.

972. En outre, la Cour ne se substitue pas et ne prime pas les juridictions pénales nationales²⁵⁴⁷. L'article 1^{er} du Statut de Rome présente la Cour comme étant complémentaire des juridictions nationales. La Compétence nationale est donc prioritaire sur la compétence de la CPI. Il n'existe que deux situations dans lesquelles la CPI va exercer sa compétence : lorsque le système juridique national s'est effondré ou lorsqu'il refuse ou manque à son obligation juridique d'enquêter ou de poursuivre les auteurs de crimes internationaux²⁵⁴⁸. En d'autres termes, la Cour n'exercera sa compétence qu'en cas de manque de volonté ou d'incapacité des Etats à mener à bien leurs enquêtes et leurs poursuites²⁵⁴⁹. Cet aspect est communément appelé « principe de complémentarité » mais il s'apparente plus à un principe de subsidiarité en ce que la Cour va prendre le « relais » en cas de défaillance de l'Etat compétent.

Ce système vise à inciter les Etats à exercer leur compétence vis-à-vis d'une personne soupçonnée d'avoir commis un crime international puisque la carence de l'Etat serait perçue comme une violation de l'obligation générale de répression des crimes visés au Statut²⁵⁵⁰.

Si la corruption entrait dans la catégorie des crimes internationaux, cela inciterait les Etats à exercer leur compétence universelle à l'égard de ces infractions. En vertu du principe de complémentarité, ils sont incités à reconnaître une compétence universelle à l'égard des crimes internationaux. Ce cas de compétence n'est pas une obligation découlant expressément du Statut de Rome. Mais certains pays, comme la France, en ont décidé autrement. Ceci étant dit, le législateur français ne qualifie pas cette compétence de « compétence universelle » mais de compétence « extraterritoriale »²⁵⁵¹. Pour autant, elle détient le même champ d'application puisqu'elle porte sur les infractions qui n'ont aucun lien de rattachement avec la France. Cette nouvelle forme de compétence universelle a été adoptée par la loi du 9 août 2010²⁵⁵². Le texte porte création d'un nouvel article 689-11 du code de procédure pénale disposant que toute personne résidant habituellement en France peut être poursuivie par les

²⁵⁴⁶ Université nationale de Hanoi, faculté de droit, « Colloque, droit pénal international », décembre 2011, Hai Phong.

²⁵⁴⁷ D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit., n°999, p. 577.

²⁵⁴⁸ M.-C. Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, op. cit., p. 230.

²⁵⁴⁹ D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit., n°999, p. 577.

²⁵⁵⁰ E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, op. cit., n°14.4.28, p. 943.

²⁵⁵¹ D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit., n°174, p. 104.

²⁵⁵² Loi, n°2010-930, « Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale », 9 août 2010, *JORF*, n°0183, 10 août 2010, p. 14678.

juridictions nationales pour la commission, à l'étranger, d'un crime international. Cette compétence s'exerce à deux conditions alternatives : les faits sont punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis ou si cet Etat ou l'Etat dont l'accusé a la nationalité est partie au Statut de Rome. Bien que la compétence extraterritoriale soit conditionnée, elle apparaît tout de même beaucoup plus large que la compétence extraterritoriale actuellement accordée en matière de corruption. Mais même si la compétence universelle en matière de corruption vient à se généraliser, elle restera marginale. Elle est présentée, en effet, comme l'alternative à l'extradition pour empêcher les criminels de trouver des territoires refuges²⁵⁵³

973. Enfin, le dernier avantage que revêtirait le basculement de la corruption dans la catégorie des crimes internationaux est relatif à l'absence d'immunités. Cette étude a soulevé l'obstacle majeur que représente le régime des immunités sur la répression des pratiques corruptrices²⁵⁵⁴. Il n'est pas rare qu'elles soient commises par des décideurs de haut rang bénéficiant d'un régime d'irresponsabilité et d'inviolabilité. Or, les régimes d'immunités ne jouent pas devant la CPI, y compris pour les chefs d'Etat ou de gouvernement encore en service au moment de la poursuite. Selon les dispositions de l'article 27 du Statut de Rome, la qualité officielle d'une personne poursuivie par la Cour « n'exonère en aucun cas la responsabilité pénale ». En outre, « *les immunités ou règles de procédure spéciale qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne* ».

Si la corruption devenait un crime international, sa poursuite par la CPI mettrait fin à toutes les difficultés relatives à l'existence d'immunités attachées à l'auteur de pratiques corruptrices. Il faut toutefois nuancer ce dernier avantage. Rappelons, ici, que le fait que les régimes d'immunités ne jouent pas pour un crime international n'est valable que devant la CPI. Ce mécanisme ne saurait jouer, du moins à l'heure actuelle, devant les juridictions nationales d'un Etat qui poursuivrait l'auteur d'un crime international en vertu de sa compétence universelle²⁵⁵⁵.

974. Si les infractions de corruption basculaient un jour dans la catégorie des crimes internationaux, notamment au travers du crime contre l'humanité, cela représenterait donc de nombreux avantages pour leur répression. Non seulement, la CPI serait compétente pour la poursuite et la condamnation de ces infractions mais la compétence des Etats serait également élargie. Ils seraient incités à condamner plus fermement les auteurs de corruption afin de ne pas être soupçonnés de violer leurs obligations internationales. La compétence personnelle de la Cour est, en outre, elle aussi élargie. Les modes d'attribution de la responsabilité pénale sont la commission directe ou par l'intermédiaire d'une autre personne, l'ordre, la sollicitation, l'encouragement, l'aide, le concours ou toute autre forme d'assistance à la commission²⁵⁵⁶.

Il subsiste cependant une limite de taille à l'établissement de la compétence de la CPI en matière de corruption. Elle n'est compétente qu'à l'égard des personnes physiques²⁵⁵⁷. Les personnes morales, et encore moins les groupes d'entreprises multinationales, ne sont pas des sujets de droit international. Cet aspect est fâcheux pour la répression de la corruption à l'échelle internationale. La réalisation de pratiques corruptrices fait appel, comme soulevé, à de nombreux montages juridico-financiers. Les sociétés sont omniprésentes dans le processus

²⁵⁵³ M. Massé, « Actualité de la compétence universelle », *RSC*, 2008, p. 441.

²⁵⁵⁴ Voir *supra* n°493 et s.

²⁵⁵⁵ Voir *supra* n°497.

²⁵⁵⁶ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°1017, p. 585.

²⁵⁵⁷ Statut de Rome, *op. cit.*, art. 25.

corruptif et il est parfois très difficile de déterminer la personne physique qui se cache derrière la personne morale. Pour une répression efficace des pratiques corruptrices, l'établissement de la responsabilité pénale des personnes morales est indispensable.

* *
*
*

975. L'internationalisation de la corruption a conduit la communauté internationale à adopter des instruments pour favoriser son incrimination auprès des Etats. La corruption est donc devenue une infraction transnationale. Bien que des réflexions existent quant à la possibilité de faire entrer la corruption dans le domaine des crimes internationaux, le processus est encore loin d'être entamé. Par conséquent, les Etats doivent œuvrer par eux-mêmes pour parvenir à une répression effective de toutes les formes de corruption. Les instruments internationaux incitent à une « harmonisation » des législations nationales. Même si l'engagement dans un tel processus peut déjà s'apparenter comme dissuasif, d'aucuns considèrent qu'il ne s'agit pas du processus le plus efficace. Par le choix de l'harmonisation plutôt que l'unification²⁵⁵⁸, « *c'est le choix des discontinuités normatives qui est fait* »²⁵⁵⁹. En conséquence, les législations nationales des Etats contiennent des disparités. Pour que la répression soit effective, il est donc primordial que les législations se « comprennent » et que les Etats fournissent des efforts supplémentaires pour adopter une compréhension la plus large possible des législations étrangères. Les Etats doivent, en outre, s'accorder l'aide la plus grande possible pour la poursuite et le jugement des pratiques corruptrices. En d'autres termes, l'internationalisation de la lutte contre la corruption par l'harmonisation des incriminations n'est pas une mesure dissuasive si les Etats ne s'accordent pas la coopération la plus aboutie. L'efficacité de la répression réside dans leur coordination²⁵⁶⁰.

SECTION 2 : L'INTENSIFICATION DE LA COOPERATION INTERNATIONALE EN MATIERE DE CORRUPTION

976. *« Comme il leur est facile de se déplacer d'un pays à l'autre, les auteurs d'infractions graves peuvent échapper aux poursuites et à la justice. Les processus de mondialisation leur permettent de franchir plus facilement les frontières, physiquement ou virtuellement, de fractionner les opérations et de brouiller les pistes des enquêteurs, de chercher un refuge pour eux-mêmes, et de mettre en sûreté le produit du crime. Sans coopération internationale efficace, la prévention, les enquêtes, les poursuites, les sanctions, le recouvrement et la restitution des gains illicites sont impossibles. »*²⁵⁶¹

977. Dans le monde actuel, qui n'est ni purement national, ni purement international, mais « internationalisé »²⁵⁶², les Etats souverains doivent s'organiser et coopérer pour lutter plus activement contre l'impunité. Comme le soulève très justement le Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, la coopération

²⁵⁵⁸ L'unification est le fait de créer des dispositions communes à l'ensemble des Etats ; in S. Ledan, « Le droit pénal et les mouvements de capitaux », Thèse, *op. cit.*, n°518, p. 453.

²⁵⁵⁹ J. Tricot, « La corruption internationale », *op. cit.*, p. 759.

²⁵⁶⁰ M. Segonds, « L'internationalisation de l'incrimination de corruption (...ou le devenir répressif d'une arme économique) », *op. cit.*, n°17.

²⁵⁶¹ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §520, p.18.

²⁵⁶² M. Massé, « Actualité sur la compétence universelle », *op. cit.*, p. 440.

internationale est au cœur de l'efficacité de l'internationalisation de la lutte contre la corruption. Ce n'est qu'au travers d'une coopération véritablement aboutie qu'il sera possible de juger et de condamner les auteurs de pratiques corruptrices supranationales. Pour ce faire, la Convention de Mérida, et les instruments qui l'ont précédé, contient de nombreuses dispositions incitant les Etats à s'accorder la coopération la plus large possible²⁵⁶³.

978. Le terme de coopération internationale regroupe deux aspects majeurs : l'extradition et l'entraide judiciaire²⁵⁶⁴. Ces deux aspects reposent sur un principe fondamental relatif à la double incrimination. Ce principe prévoit que le fait sur lequel repose la demande de coopération doit être incriminé dans les législations des Etats concernés²⁵⁶⁵.

La plupart des pays prévoient cette condition aux demandes de coopération. En droit français, l'article 696-2 du code de procédure pénale prévoit cette condition préalable à toute procédure d'extradition de droit commun. En droit vietnamien, le principe est prévu à l'article 344§2 du code de procédure pénale et à l'article 35§2 de la loi sur l'entraide judiciaire de 2007²⁵⁶⁶.

La condition de double incrimination s'apprécie au moment de la commission des faits qui fondent la demande d'extradition ou d'entraide judiciaire. Il s'ensuit que leur incrimination ultérieure est indifférente²⁵⁶⁷. Mais le principe n'exige pas que les infractions soient incriminées en des termes identiques dans les législations des Etats. Il se limite à la notion de « compatibilité » des infractions de sorte que seule est nécessaire une certaine équivalence²⁵⁶⁸. Ce principe s'est d'ailleurs assoupli au fil des années de sorte qu'il sera considéré comme rempli dès lors que les faits sont punissables dans les législations concernées quelle que soit la qualification pénale retenue par ces Etats²⁵⁶⁹. En droit français, il importe peu que les faits fassent l'objet d'une qualification pénale ignorée du droit pénal dès lors qu'ils correspondent à une infraction prévue par celui-ci²⁵⁷⁰.

En outre, la Convention de Mérida assoupli encore cette condition de sorte qu'elle ne puisse pas représenter un obstacle à la mise en œuvre d'une mesure de coopération internationale en matière de corruption. La Convention prévoit, en ce sens, qu'elle peut être considérée comme remplie dès lors que les faits sur lesquels sont fondés sur la demande sont incriminés par la Convention et que les Etats concernés y sont parties. En outre, le texte prévoit des mesures d'entraide exonérées de l'exigence de double incrimination.

979. Le principe de « double incrimination » n'est que le préalable à la coopération internationale. Les Etats doivent, ensuite, s'accorder pour mettre en œuvre les mesures prévues par les instruments internationaux. Pour que l'internationalisation de la lutte contre la corruption soit efficace et dissuasive, de nombreuses mesures ont été adoptées pour faciliter la coopération inter-étatique. Elles visent, d'une part, à faciliter l'extradition (§1) et d'autre part à faciliter la coopération au sens large qui se traduit par l'entraide judiciaire (§2).

²⁵⁶³ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 43 à 50.

²⁵⁶⁴ J.-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, *op. cit.*, n°60 et s., p. 37 et s.

²⁵⁶⁵ E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, *op. cit.*, n°7.1.68, p. 492.

²⁵⁶⁶ Loi, n°08/2007/QH12, « Loi sur l'entraide judiciaire », Hanoi, 21 novembre 2007.

²⁵⁶⁷ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°252, p. 157.

²⁵⁶⁸ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §523, p. 184.

²⁵⁶⁹ J-P Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, *op. cit.*, n°64, p.40 ; cf également, R. Zimmerman, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Bruylant, 3^{ème} éd., 2009, spé. p. 3 et p. 5.

²⁵⁷⁰ C.E., 27 juillet 1979, *Gazette du Palais*, 1979, p. 686, note F. Julien-Laferrrière ; *Revue critique DIP*, 1980, p. 547, obs. P. Lagarde.

§1 – LES MESURES VISANT A FACILITER L'EXTRADITION

980. L'extradition peut se définir comme la procédure par laquelle un Etat, appelé Etat requis, accepte de livrer une personne qui se trouve sur son territoire à un autre Etat, appelé Etat requérant²⁵⁷¹ soit pour qu'elle réponde d'une infraction, soit pour y subir une peine ou une mesure de sûreté²⁵⁷².

981. Cette procédure est l'une des plus célèbres de la coopération internationale. Elle est également l'une des plus délicates puisqu'elle conduit, pour l'Etat requis, au renoncement des poursuites de l'auteur d'une infraction au profit de l'Etat requérant. Elle peut donc être perçue comme une atteinte à la souveraineté étatique. Pour cette raison, les Etats conditionnent souvent très strictement cette procédure. Ils établissent de nombreux motifs de refus parmi lesquels le plus commun est celui relatif à la nationalité de la personne recherchée. La plupart des pays refusent catégoriquement d'extrader leurs nationaux. Pourtant cette procédure est essentielle à la coopération internationale. Le fait, pour les Etats, de limiter trop strictement leurs régimes d'extradition est très défavorable à la répression car les auteurs continuent de bénéficier de l'impunité grâce à des frontières. Même l'établissement du principe *aut dedere aut judicare* pour contrer les refus étatiques démontre ses limites.

982. Pour une répression efficace de toutes pratiques de corruption « internationalisées », l'extradition apparaît comme une mesure fondamentale. Pour favoriser sa mise en œuvre et surmonter les difficultés mentionnées, les Conventions relatives à la lutte contre la corruption cherchent à assouplir les conditions et à établir des régimes unilatéraux d'extradition. Ils jouent donc un rôle déterminant dans la mise en œuvre des mesures d'extradition en matière de corruption (A). Sur la base de ces instruments, les Etats ont, à leur tour, fournis des efforts pour tenter d'améliorer l'efficacité de cette mesure pour une répression plus efficace des pratiques corruptrices (B).

A - Le rôle des instruments internationaux en matière d'extradition

983. Les Nations Unies ont élaboré deux instruments relatifs à l'incrimination de la corruption : la Convention contre la criminalité transnationale organisée, dite Convention de Palerme et la Convention des Nations Unies contre la corruption, dite Convention de Mérida. Ces deux textes ont pour objectif principal de favoriser la coopération internationale. Pour ce faire, elles incriminent d'abord un certain nombre de comportements dans l'objectif d'une harmonisation des législations nationales et elles prévoient ensuite un certain nombre de dispositions visant à améliorer la coopération internationale, notamment l'extradition.

984. La Convention de Palerme n'est pas l'outil le plus contraignant en matière de coopération internationale²⁵⁷³. L'article 16 de la Convention contient néanmoins des règles plus ou moins impératives visant à faciliter et accélérer la procédure d'extradition. Il demande de manière générale aux Etats d'accélérer et de simplifier les procédures d'extradition²⁵⁷⁴. La Convention prévoit, en outre, une application stricte de l'adage *aut dedere aut judicare* en cas de non extradition des ressortissants nationaux²⁵⁷⁵. Ce principe veut qu'à défaut d'extradition, l'Etat requis juge le plus rapidement possible la personne dont il a refusé l'extradition. Mais

²⁵⁷¹ D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit., n°213, p. 137.

²⁵⁷² E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, op. cit., n°7.0.1, p. 434.

²⁵⁷³ J.-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, op. cit., n°326, p. 185.

²⁵⁷⁴ Convention contre la criminalité transnationale organisée, op. cit., art. 16§8.

²⁵⁷⁵ *Ibid*, art. 16§10.

cette obligation est limitée à la seule condition que le refus soit effectué en raison de la nationalité de la personne demandée. La Convention essaie également de s'affranchir de la difficulté liée à l'existence d'un traité d'extradition.

De nombreux Etats soumettent cette action à l'existence d'un traité préalable. En *common law*, le terme de traité s'entend souvent dans son sens le plus strict, à savoir un traité bilatéral entre deux Etats²⁵⁷⁶. Mais l'évolution du droit pénal international a conduit à une évolution de la conception des traités sur la base desquels l'extradition est possible. La Convention de Palerme s'efforce, en ce sens, de rendre les dispositions applicables dans tous les cas de figure. Elle prévoit d'abord que les infractions qu'elle incrimine, notamment la corruption, doivent être intégrées dans les traités d'extradition que les Etats parties concluent²⁵⁷⁷. Le texte précise ensuite que la Convention peut elle-même être considérée comme un traité aux fins d'extradition²⁵⁷⁸. Il ne s'agit cependant que d'une simple possibilité et non d'une obligation à l'égard des Etats parties.

985. La Convention de Mérida contient des dispositions en matière d'extradition semblables à celles prévues par la Convention de Palerme. Elles apparaissent toutefois plus contraignantes en matière de corruption puisque la Convention a spécifiquement été adoptée à cet effet et, contrairement à la Convention de Palerme, elle incrimine toutes les formes de corruption.

Les dispositions relatives à l'extradition sont prévues à l'article 44 de la Convention. Premièrement, l'article prévoit que les Etats parties doivent faire en sorte que les infractions incriminées par la Convention ainsi que les autres infractions de corruption soient considérées comme des infractions « extraditionnelles »²⁵⁷⁹. Pour ce faire, elles ne doivent pas être considérées comme des infractions politiques²⁵⁸⁰.

Deuxièmement, à l'image des dispositions du texte précédent, l'article prévoit que les Etats parties doivent s'efforcer d'accélérer les procédures d'extradition et de simplifier les exigences en matière de preuve relatives aux infractions de corruption²⁵⁸¹.

Troisièmement, la Convention ouvre la possibilité aux Etats, si leur droit interne le permet, de s'accorder l'extradition pour des infractions de corruption même en l'absence de double incrimination²⁵⁸².

Quatrièmement, lorsque les Etats subordonnent impérativement l'extradition à l'existence préalable d'un traité, ils peuvent considérer la Convention comme base légale de l'extradition²⁵⁸³. Si ce n'est pas le cas, ils doivent s'efforcer de conclure des traités d'extradition avec d'autres Etats parties²⁵⁸⁴.

Ces dispositions visent sans nul doute à favoriser l'extradition en matière de corruption. La disposition la plus significative à cet égard est l'incitation faite aux Etats à permettre la mise en œuvre d'une mesure d'extradition en l'absence de double incrimination.

²⁵⁷⁶ J.-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, *op. cit.*, n°330, p. 187.

²⁵⁷⁷ Convention contre la criminalité transnationale organisée, *op. cit.*, art. 16§3

²⁵⁷⁸ *Ibid.*, art. 16§4.

²⁵⁷⁹ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 44§1 et 44§7.

²⁵⁸⁰ *Ibid.*, art. 44§4.

²⁵⁸¹ *Ibid.*, art. 44§9.

²⁵⁸² *Ibid.*, art. 44§2.

²⁵⁸³ *Ibid.*, art. 44§5.

²⁵⁸⁴ *Ibid.*, art. 44§6.

Enfin, la Convention réitère l'obligation prévue par la Convention de Palerme de mettre en œuvre strictement le principe *aut dedere aut judicare* lorsque l'extradition est refusée en raison de la nationalité de la personne demandée²⁵⁸⁵.

986. Les Conventions de l'OCDE et du Conseil de l'Europe contiennent, elles aussi des dispositions relatives à l'extradition²⁵⁸⁶. Ces instruments cherchent également à faciliter les mesures d'extradition entre les Etats parties. Comme pour les textes onusiens, ces deux instruments prévoient que les infractions de corruption qu'ils incriminent doivent être considérées comme « extraditionnelles ». En outre, les deux Conventions prévoient qu'en l'absence de traité d'extradition, elles peuvent servir de base légale à toute demande entre les Etats parties. Enfin, dans les deux textes, il est fait obligation aux parties qui refuseraient d'extrader leurs nationaux, de poursuivre sans délai l'auteur des actes de corruption incriminés par les Conventions.

La Convention de l'OCDE contient toutefois quelques particularités à cet égard. Elle semble aller plus loin que les autres conventions internationales précitées. D'une part, Elle fait obligation aux Etats parties de « *prendre les mesures nécessaires* » pour accorder l'extradition de leurs ressortissants nationaux²⁵⁸⁷. D'autre part, la Convention assouplit encore la condition relative à la double incrimination. Le texte prévoit que cette condition est réputée comme étant remplie dès lors que la demande d'extradition est opérée entre deux Etats parties à la Convention et qu'elle porte sur les infractions incriminées par son article 1^{er}²⁵⁸⁸, à savoir : la corruption active d'agents publics étrangers.

987. Mais les mesures les plus favorables à l'extradition en matière de corruption adoptées à l'échelle supranationales sont sans nul doute celles élaborées au sein de l'Europe. Au début de la construction européenne, la question de l'extradition était réglée classiquement par l'établissement de conventions bilatérales ou multilatérales entre les Etats Membres. Il s'en est suivi l'adoption d'une multitude de conventions au contenu disparate au sein de la Communauté européenne.

Pour tenter de simplifier l'extradition, une première convention avait été adoptée par le Conseil de l'Europe le 13 décembre 1957²⁵⁸⁹. Elle avait pour vocation de limiter la multiplication des traités d'extradition entre les Etats parties. Le prévoyait l'obligation pour les Etats de s'engager à se « livrer » réciproquement les personnes poursuivies pour la commission d'une infraction ou recherchées pour l'exécution d'une peine sur le territoire de l'Etat requérant. L'article 2 de la Convention déterminait les infractions pouvant donner lieu à une extradition. Il s'agissait de toute infraction punie d'un an d'emprisonnement minimum. En d'autres termes, cela concernait les délits et les crimes en droit français, y compris les infractions de corruption incriminées à cette date. Enfin la Convention prévoyait la « possibilité » pour les Etats parties de refuser l'extradition de leurs nationaux. Il s'agissait d'une simple faculté. Le Conseil de l'Europe incitait donc déjà les Etats à prévoir l'éventualité

²⁵⁸⁵ Ibid, art. 44§11 ; cf ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §459, p. 191-192 : « Un Etat partie qui rejette une demande d'extradition au motif que la personne est l'un de ses ressortissants est tenu de soumettre l'affaire à ses autorités nationales aux fins de poursuites. Ce faisant, il doit veiller à ce que la décision de poursuivre soit prise et toute poursuite ultérieure soit exercée avec la même diligence que pour une infraction grave prévue dans le droit interne et doit coopérer avec l'Etat partie requérant pour assurer l'efficacité des poursuites ».

²⁵⁸⁶ OCDE, Convention sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, *op. cit.*, art. 10 ; Conseil de l'Europe, Convention pénale sur la corruption, *op. cit.*, art. 27.

²⁵⁸⁷ Convention OCDE, *Ibid*, art. 10§3.

²⁵⁸⁸ *Ibid.*, art. 10§4.

²⁵⁸⁹ Conseil de l'Europe, « Convention européenne d'extradition », 13 décembre 1957, *STE*, n°24 ; in Conseil de l'Europe, *Coopération internationale en matière pénale. Conventions du Conseil de l'Europe*, Conseil de l'Europe, 1997, p. 7-22.

d'accepter l'extradition de leurs ressortissants²⁵⁹⁰. Ce premier instrument, bien que favorable à l'effectivité des procédures d'extradition, n'a pas été suffisant pour en simplifier réellement la mise en œuvre.

Le Conseil de l'Union Européenne, institution de l'UE, est donc intervenu par l'adoption de deux conventions. La Convention du 10 mars 1995²⁵⁹¹, d'une part, avait pour objectif de simplifier la procédure d'extradition. Elle ne revenait pas sur les conditions *rationae personae* et *rationae materiae* de la mesure mais prévoyait seulement une procédure dérogatoire simplifiée lorsque la personne poursuivie ou recherchée consentait à son extradition. S'il s'agissait d'un assouplissement considérable de la procédure, il était cependant réservé qu'aux situations dans lesquelles l'extradition était consentie. La Convention du 27 septembre 1996²⁵⁹², d'autre part, avait pour objectif de simplifier la mesure même d'extradition pour certaines infractions. Le texte prévoyait, pour ce faire, la mise en œuvre d'une procédure d'extradition même en l'absence de réciprocité des infractions lorsque l'infraction à l'origine de la demande était qualifiée par la loi de l'Etat requérant de « *conspiration ou association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste* »²⁵⁹³. La corruption n'étant pas incluse dans le champ d'application de cette Convention, cet assouplissement considérable ne lui était donc malheureusement pas applicable et à cette époque, la double incrimination était encore requise pour l'extradition des auteurs de pratiques corruptrices.

988. Malgré un allègement considérable et sans précédent des procédures d'extradition, ce dernier ne s'appliquait donc qu'à des situations particulières. Dans la majorité des affaires, la procédure restait relativement lourde ce qui réduisait l'effectivité de l'extradition intra-UE. C'est pourquoi, lors d'une réunion extraordinaire du Conseil de l'UE le 21 septembre 2001, ce dernier a décidé de l'instauration d'un nouveau mécanisme de coopération et d'extradition simplifié. Le Conseil a, en effet, fait valoir que « *les procédures d'extradition [ne reflétaient pas] le niveau d'intégration et de confiance entre les Etats membres de l'Union Européennes* »²⁵⁹⁴. Ce mécanisme de coopération inter-étatique aboutie s'est traduit par l'adoption du mandat d'arrêt européen. Il a été entériné à l'occasion du sommet de Laeken des 14 et 15 décembre 2001 et il consacre la disparition du contrôle politique qui accompagnait toute procédure d'extradition²⁵⁹⁵. Lors du sommet, le mandat a été conçu comme constituant à la fois un acte d'arrestation et de remise. Il permet, ce faisant, la remise directe de la personne d'autorité judiciaire à autorité judiciaire dans le respect de ses droits fondamentaux. L'adoption définitive du mandat d'arrêt européen a été réalisée par la décision-cadre du 13 juin 2002²⁵⁹⁶. Cette décision abroge et remplace les conventions précitées²⁵⁹⁷.

989. Ce nouveau mécanisme a supprimé « l'extradition » au sens propre du terme²⁵⁹⁸. Le mandat d'arrêt remplace, en effet, la procédure d'extradition classique par une procédure

²⁵⁹⁰ *Ibid.*, art. 6.

²⁵⁹¹ Conseil de l'Union Européenne, « Convention relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les Etats membres de l'Union Européenne », 10 mars 1995, *JOCE*, C078, 30 mars 1995, p. 1.

²⁵⁹² Conseil de l'Union Européenne, « Convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union Européenne », 27 septembre 1996, *JOCE*, C313, 23 octobre 1996, p. 11.

²⁵⁹³ J.-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, *op. cit.*, n°143, p. 82.

²⁵⁹⁴ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°514, p. 309.

²⁵⁹⁵ J.-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, *op. cit.*, n°143, p. 83.

²⁵⁹⁶ Décision-cadre du Conseil, n°2002/584/JAI, « Décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres », 13 juin 2002, *JOCE*, L190, 18 juillet 2002, p. 1.

²⁵⁹⁷ Voir en ce sens, P. Darbéda, « Les métamorphoses de l'extradition », *in* *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges à Jean Pradel, *Cujas*, 2006, p. 1047.

²⁵⁹⁸ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°514, p. 309.

purement judiciaire d'arrestation et de remise²⁵⁹⁹. De ce fait, l'Etat requis est tenu de remettre toute personne concernée par la procédure, y compris ses nationaux et même si la condition de double incrimination n'est pas remplie dès lors que l'infraction figure dans la liste positives des infractions donnant lieu à remise et passibles de trois ans d'emprisonnement dans l'Etat requérant²⁶⁰⁰.

990. L'intérêt de ce mécanisme ici est que la corruption figure parmi la liste des trente-deux incriminations pour lesquelles la condition de double incrimination disparaît²⁶⁰¹. Le texte prévoit la notion de « corruption » sans plus de précision. Il en découle que toutes les formes de corruption incriminées par les Etats Membres de l'Union Européenne sont concernées par la mesure. La décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à l'incrimination de la corruption privée²⁶⁰² prévoit d'ailleurs expressément que cette nouvelle forme de corruption entre dans le champ *rationae materiae* du mandat d'arrêt européen²⁶⁰³. Depuis cette date, l'arrestation et la remise d'un auteur de corruption est devenue, au sein de l'UE, une simple procédure judiciaire simplifiée et qui s'affranchit de tout contrôle politique. Elle peut être exécutée en l'absence de double incrimination.

991. Les organisations internationales et européennes ont donc œuvré afin de faciliter la procédure d'extradition. Si les instruments diffèrent par leur nature et l'intensité de leurs dispositions, ils ont tous pour vocation d'inciter les Etats à s'accorder l'entraide la plus aboutie possible par la mise en place d'une procédure d'extradition la plus simplifiée possible. Bien que les travaux de la communauté internationale en ce sens soient indispensables, ils ne sont cependant pas suffisants. Par l'adoption et la ratification des instruments internationaux et régionaux, les Etats doivent, à leur tour, fournir des efforts pour rendre la procédure d'extradition la plus effective possible.

B - Les efforts étatiques pour assurer l'effectivité de la procédure en matière de corruption

992. Les législateurs français et vietnamiens ont tous deux adoptés des mesures internes en matière d'extradition. En droit français, les mesures ont été codifiées dans le code de procédure pénale²⁶⁰⁴ par la loi du 9 mars 2004²⁶⁰⁵. En droit vietnamien, l'extradition figure dans le code de procédure pénale ainsi que dans la loi sur l'entraide judiciaire du 21 novembre 2007²⁶⁰⁶.

993. En France la procédure est dédoublée. Il existe, d'une part, une procédure spécifique relative à l'établissement du mandat d'arrêt européen. Il existe, d'autre part, une procédure de droit commun applicable dans les relations pour lesquelles le mandat d'arrêt européen ne vient pas à s'appliquer. En droit vietnamien, si deux textes sont applicables à la même mesure, ils ne sont pas fondamentalement différents. Le législateur a repris dans sa loi sur

²⁵⁹⁹ A. Senatore, « Le mandat d'arrêt européen et les procédures de remise entre les membres de l'Union Européenne », *JCP G*, 2002, 420, n°1.

²⁶⁰⁰ J.-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, *op. cit.*, n°144, p. 83.

²⁶⁰¹ Décision-cadre du Conseil, n°2002/584/JAI, « Décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres », *op. cit.*, art. 2§2.

²⁶⁰² Décision-cadre, n°2003/568/JAI, « Décision-Cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé », *JOCE*, 31 juillet 2003, n° L192, pp. 54-56.

²⁶⁰³ *Ibid.*, considérant n°5.

²⁶⁰⁴ P. Darbéda, « Les métamorphoses de l'extradition », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, *op. cit.*, p. 1047.

²⁶⁰⁵ Loi, n°2004-204, « Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », 9 mars 2004, *JORF*, n°59, 10 mars 2004, p.4567.

²⁶⁰⁶ Loi, n°08/2007/QH12, « Loi sur l'entraide judiciaire », *op. cit.*

l'entraide judiciaire, la majeure partie des dispositions qui figuraient déjà dans le code de procédure pénale. Dans les deux Etats, une procédure unilatérale a été adoptée, de sorte qu'ils ne conditionnent pas *ab initio* l'extradition à l'existence préalable d'un traité.

994. En matière de corruption toutefois, l'absence de traité entre les deux Etats peut s'avérer être un frein à l'extradition des auteurs. En droit français, la procédure appliquée va dépendre du pays avec lequel elle se retrouve dans un processus coopératif. En droit vietnamien, la procédure reste en revanche invariable quel que soit le pays étranger concerné. Mais la procédure reste relativement lourde.

995. Pour mieux appréhender les efforts fournis par les deux Etats pour faciliter l'extradition en matière de corruption, il convient de s'intéresser au droit français (1) puis au droit vietnamien (2).

1. Le droit français de l'extradition

996. Le droit français de l'extradition est divisé en deux procédures distinctes : la procédure de droit commun, soumise aux règles traditionnelles de l'extradition et la procédure spécifique relative à l'adoption du mandat d'arrêt européen. L'application de l'une ou l'autre des procédures dépend de l'Etat avec lequel la France entre dans un processus coopératif.

997. La procédure de droit commun. Le droit commun de l'extradition découle de la loi du 10 mars 1927²⁶⁰⁷ qui a été abrogée et remplacée par la loi du 9 mars 2004, dite Loi Perben II. Depuis cette date, le droit commun de l'extradition est codifié aux articles 696 et suivants du code de procédure pénale.

998. Lors de l'adoption de la loi du 10 mars 1927, dite Loi Renoult, le législateur français a pris le parti de réglementer unilatéralement les conditions d'extradition au moyen d'une loi nationale²⁶⁰⁸. Par conséquent, depuis cette date, la France ne soumet plus la procédure d'extradition à l'existence préalable d'un traité d'extradition conclu avec l'Etat requérant. Cette position est d'ailleurs réaffirmée dans les dispositions actuelles à l'article 696 du code de procédure pénale. Cet article met en place une « procédure subsidiaire » de droit commun applicable en l'absence de « *convention internationale en stipulant autrement* ». Dans les relations entre la France et le Vietnam, c'est cette procédure qu'il conviendra donc d'appliquer car les deux pays ne sont pas liés par un traité d'extradition.

999. La procédure est aujourd'hui régie par les 696-1 à 696-25 du code de procédure pénale. Si elle ne dépend pas d'un traité préalable d'extradition, elle répond toutefois à un régime classique. En d'autres termes, elle est soumise à un contrôle politique et la France ne renonce pas aux conditions traditionnelles de refus.

1000. L'article 696-2 du code de procédure pénale prévoit, d'abord, le refus classique d'extradition des nationaux. L'article précise toutefois que cette condition peut être abolie selon le droit de l'Etat requérant²⁶⁰⁹. Il peut exister entre la France et l'Etat concerné, un traité d'extradition prévoyant la possibilité d'extrader les nationaux. A titre d'exemple, la Convention d'extradition conclue entre la France et l'Australie le 31 août 1988 envisage cette

²⁶⁰⁷P. Darbéda, « Les métamorphoses de l'extradition », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, op. cit., p. 1055.

²⁶⁰⁸D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit., n°229, p. 145.

²⁶⁰⁹*Ibid.*, n°236, p. 149.

possibilité²⁶¹⁰. En outre, la jurisprudence assouplit cette condition considérant que la nationalité s'apprécie au moment de la commission de l'infraction et non au jour de la demande d'extradition. L'acquisition de la nationalité française postérieurement aux faits est donc sans effet²⁶¹¹. Cet assouplissement est tout de même relatif. Etant donné que la France et le Vietnam ne sont pas liés par un traité d'extradition, cette première condition peut donc représenter un premier frein à l'effectivité de la répression des pratiques corruptrices.

1001. Ensuite, l'article 696-3 du code de procédure pénale ne prévoit pas un principe général d'extradition. Elle ne peut s'appliquer qu'à des infractions dont la gravité justifie sa mise en oeuvre²⁶¹². Il s'agit de toutes les infractions punies d'une peine criminelle ou d'une peine correctionnelle si la peine maximale d'emprisonnement encourue est égale ou supérieure à deux ans. Cette condition ne pose cependant pas de problème en matière de corruption puisque les infractions françaises sont toutes sanctionnées pour un minimum de cinq ans d'emprisonnement.

1002. Le législateur français pose en outre d'autres conditions classiques relatives à l'acceptation d'une demande d'extradition. Si elles se justifient toutes, certaines peuvent poser quelques difficultés en matière de corruption. La demande sera refusée si les activités de corruption ont été commises sur le territoire de la République. Cette solution s'explique en raison de la compétence territoriale des tribunaux répressifs. Elle vaut pour les infractions entièrement ou partiellement commises en France. La demande sera également classiquement refusée si les faits poursuivis ont été jugés définitivement en France, en vertu du principe *non bis in idem*²⁶¹³. Ces deux conditions ne posent pas de difficultés particulières en matière de corruption.

L'article 696-4 5° du code de procédure pénale prévoit aussi que l'extradition sera refusée lorsque la prescription est déjà acquise au moment de la demande. Si cette condition peut se justifier au regard du fait qu'il est contraire à l'ordre public de contribuer à une répression lorsque le législateur estime qu'elle est prescrite, elle peut en revanche représenter une entrave significative pour la répression des activités de corruption. La France prévoit une prescription triennale pour les pratiques de corruption, jugée d'ailleurs beaucoup trop brève par les instances internationales²⁶¹⁴. Si cette prescription peut déjà être considérée comme un frein à la répression purement nationale, elle l'est également en matière de coopération. Le législateur fait ici entrave à la condamnation des pratiques corruptrices par un Etat dans la législation duquel les faits ne seraient pas encore prescrits. Tel est le cas du Vietnam, par exemple, qui prévoit une prescription décennale.

Enfin, la France refuse l'extradition lorsque les peines prévues par la législation de l'Etat requérant sont contraire à l'ordre public ou lorsque les garanties fondamentales de la personne réclamée ainsi que la protection de ses droits de la défense ne sont pas assurés. Par exemple, l'extradition sera refusée si la peine encourue ou prononcée à l'encontre de la personne réclamée est la peine de mort²⁶¹⁵. La France pourrait donc être amenée à refuser une demande d'extradition de la part du gouvernement vietnamien sur le fondement de l'infraction de corruption passive aggravée. L'article 279 du code pénal vietnamien prévoit la possibilité de prononcer la peine de mort pour la forme la plus aggravée. Même si la peine n'est jamais

²⁶¹⁰ Cf Décret, n°89-897, « Décret portant publication de la Convention d'extradition entre le gouvernement de la République française et le gouvernement d'Australie, fait à Canberra, le 31 août 1988 », 12 décembre 1989, *JORF*, 16 décembre 1989, p. 15639.

²⁶¹¹ C.E, 7 décembre 1990, *AJDA*, 1991, p. 403, note F. Julien-Laferrière ; Cass. Crim, 27 mars 2001, *Bull. Crim.*, 2001, n°81.

²⁶¹² D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit., n°247, p. 155.

²⁶¹³ Cf *ibid.*, n°271, p. 169.

²⁶¹⁴ Voir *supra* n°451.

²⁶¹⁵ C.E, 27 février 1987, *Dalloz*, 1987, p. 305, concl. M. Bonichot ; *Dalloz*, 1988, p. 134, obs. P. Waquet et F. Julien-Laferrière.

appliquée, elle reste encourue ce qui pourrait être suffisant pour motiver un refus de la part de la France²⁶¹⁶.

1003. La condition qui, d'apparence, constitue l'entrave la plus significative est donc celle relative à la double incrimination. Le législateur français ne renonce pas à cette condition dans sa procédure de droit commun. Il s'agit d'ailleurs, selon l'article 696-3 al. 2 du code de procédure pénale, d'une condition absolue.

Cette exigence s'apprécie au moment de la commission des faits. Leur incrimination ultérieure en droit français est indifférente en vertu du principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères²⁶¹⁷. Elle porte cependant uniquement sur l'incrimination des faits et non sur leur qualification. Il n'est nul besoin que les infractions soient formulées de façon identique dans les législations des deux pays concernés ni qu'ils relèvent de la même qualification pénale²⁶¹⁸. C'est ainsi qu'une extradition a pu être accordée pour tentative de complicité d'extorsion puisque les faits relèvent, en droit français, du délit d'association de malfaiteurs²⁶¹⁹.

En matière de corruption toutefois, cette exigence est loin d'être remplie dans le cadre d'une procédure entre le droit français et le droit vietnamien. Les deux législations n'en sont pas au même stade d'incrimination. La France semble avoir érigé toutes les formes de corruption en infractions pénales, tandis que le Vietnam se maintient dans une conception classique du phénomène. Pour autant, la double incrimination en matière de corruption sera nécessairement remplie si la demande émane de la part du Vietnam puisqu'elle ne pourra porter que sur des faits de corruption d'agents publics nationaux. Dans ce sens, la double incrimination ne représente donc pas une entrave absolue. Elle pourrait, en revanche, le devenir si la France émet une demande au Vietnam pour des faits de corruption non incriminés en droit vietnamien.

1004. Une autre difficulté pourrait surgir quant à la nature économique de la corruption. La France a souvent tendance à refuser l'extradition de l'auteur d'une infraction économique. Traditionnellement, le droit pénal économique est étroitement lié au système économique de l'Etat. « *Il constitue même un instrument de politique économique* »²⁶²⁰. De son côté, l'extradition peut être perçue comme une atteinte à la souveraineté d'un Etat puisqu'il renonce, d'une certaine manière, à la poursuite de l'auteur d'une infraction. C'est la raison pour laquelle « *les rapports entretenus entre cette procédure et les délits économiques sont longtemps restés des rapports d'exclusion* »²⁶²¹. Cette question s'est toutefois essentiellement posée pour les fiscales et douanières qui ont encore tendance à être considérée comme des cas facultatifs d'exclusion²⁶²². La corruption n'est donc pas concernée. En outre, la France a pris des engagements à l'international l'obligeant à considérer toutes ses infractions de corruption comme des délits « extraditionnels ».

1005. En matière de corruption, la France semble donc avoir fourni des efforts significatifs limitant les possibilités de refus lorsqu'elle est requise d'une demande par un Etat non européen. Dans le cadre d'une coopération entre la France et le Vietnam, deux conditions

²⁶¹⁶ Pour plus de détails sur l'extradition de droit commun, Cf D. Brach-Thiel, « Extradition », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*.

²⁶¹⁷ CA, Aix en provence, 24 novembre 1999, *Dalloz*, 2000, p. 245, note F. Renucci.

²⁶¹⁸ C.E, 27 juillet 1979, *op. cit.* ; C. E., 13 février 1985, *Recueil Lebon*, n°45.

²⁶¹⁹ Cass. Crim, 19 janvier 2005, pourvoi n°04-86304.

²⁶²⁰ C.Samper, « L'extradition des délinquants économiques », *RSC*, 1998, p. 723.

²⁶²¹ *Ibid.*

²⁶²² Cf plus en détail sur cette question, D. Rebut, *Droit pénal international, op. cit.*, n°266, p. 166 et *Ibid.*

réduisent toutefois nettement l'effectivité de la mesure : le délai de prescription prévu par le droit français pour les infractions de corruption et la peine capitale encourue en droit vietnamien pour l'infraction de corruption passive aggravée.

1006. Mais la procédure de droit commun est soumise à un contrôle politique préalable relativement lourd, ce qui en fait une mesure politique et non judiciaire. Selon les articles 696-8 et suivants du code de procédure pénale, la demande d'extradition doit être transmise au gouvernement français « par la voie diplomatique » et accompagné d'un certain nombre de pièces justificatives. Après vérification des pièces, la demande est transmise par le Ministre des affaires étrangères au Ministre de la justice. Ce dernier, après s'être assuré de la régularité de la requête, l'adresse au procureur général territorialement compétent. Par conséquent, même si les conditions sont remplies, les délais peuvent s'avérer particulièrement longs ce qui réduit nettement l'efficacité de la mesure. Pour réduire les conséquences néfastes de cette procédure, notamment la possibilité de fuite de l'auteur, l'article 696-23 du code de procédure pénale prévoit une possibilité d'arrestation d'urgence de la personne extradable. Cette mesure ne saurait toutefois pleinement contrer les lourdeurs du régime d'extradition.

1007. C'est la raison pour laquelle, la France, en tant que membre de l'UE, a adopté un autre régime relatif au mandat d'arrêt européen. Cette mesure n'est cependant applicable qu'entre Etats membres de l'Union et ne saurait régir la coopération entre la France et le Vietnam.

1008. Le mandat d'arrêt européen. La décision-cadre du 13 juin 2002 a été transposée en droit français par la loi du 9 mars 2004, dite Loi Perben II. Cette mesure est très innovante par rapport au droit classique de l'extradition. D'une part, elle fait référence à la création d'un « *espace judiciaire pénal européen* » qui conduit les Etats à revoir leur souveraineté à cet égard²⁶²³. D'autre part, elle repose sur le principe fondamental de confiance mutuelle que les Etats Membres de l'UE s'accordent²⁶²⁴. C'est en vertu de cette confiance que le mandat d'arrêt européen peut revenir sur les conditions traditionnelles d'extradition pour les simplifier et mettre fin à certaines exclusions. La confiance mutuelle est perçue comme la « pierre angulaire » du mandat²⁶²⁵. Les dispositions de la décision-cadre ont été transposées, en droit français, aux articles 695-11 à 695-51 du code de procédure pénale.

1009. L'article 695-11 du code de procédure pénale donne une définition de la mesure. Il s'agit d'une « *décision judiciaire émise par un Etat membre de l'Union européenne, appelé Etat membre d'émission, en vue de l'arrestation et de la remise par un autre Etat membre, appelé Etat membre d'exécution, d'une personne recherchée pour l'exécution de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté* »²⁶²⁶. Ce mécanisme novateur se présente donc comme une forme simplifiée de l'extradition²⁶²⁷. Son objet est de permettre l'arrestation et la remise d'une personne recherchée à un Etat Membre de l'UE qui en fait la demande, de la manière la plus simple et la plus rapide qu'il soit. « *Simplicité, rapidité, et confiance, tels sont les mots d'ordre de cette procédure* »²⁶²⁸.

²⁶²³ J. Pradel, « Le mandat d'arrêt européen. Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition », *Dalloz*, 2004, p. 1392, n°5.

²⁶²⁴ Voir en ce sens, P. Lemoine, « La coopération judiciaire entre Etat. L'exemple de l'extradition et du mandat d'arrêt européen à travers la jurisprudence de la Chambre criminelle », *RSC*, 2009, p. 297 ; B. Aubert, « Le mandat d'arrêt européen devant la Chambre Criminelle », *RSC*, 2008, p. 429 ; B. Aubert, « Le mandat d'arrêt européen. De la confiance que les Etats se doivent les uns les autres », *RSC*, 2011, p. 469 ; V. Malabat, « Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen », *Droit pénal*, 2004, n°12, étude 17, n°9.

²⁶²⁵ S. Lainé, « Mandat d'arrêt européen : présentation et aspects pratiques », *AJ Pénal*, 2006, p. 9.

²⁶²⁶ Cf. L. de Gentili-Picard, « La mise en œuvre du mandat d'arrêt européen en France », *JCP G*, 2004, n°42, I, 168, n°1.

²⁶²⁷ S. Lainé, « Mandat d'arrêt européen : présentation et aspects pratiques », *op. cit.*

²⁶²⁸ E. Fohrer-Dedeurwaerder, « L'exécution par la France d'un mandat d'arrêt européen émis contre un national. - À propos d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 janvier 2006 », *Droit pénal*, 2007, n°1, étude 1, n°13.

1010. L'originalité de cette mesure tient en la disparition de tout contrôle politique préalable. L'extradition devient une simple mesure judiciaire²⁶²⁹. En d'autres termes, la demande de « remise » n'est plus adressée au gouvernement mais directement au Ministère public par l'autorité judiciaire compétente de l'Etat membre requérant. La France tient ici sa promesse et abandonne le contrôle politique qui subsiste dans la procédure d'extradition de droit commun.

1011. En outre, la France abandonne partiellement principe de double incrimination qui représente l'obstacle le plus significatif en matière d'extradition²⁶³⁰. Bien que le législateur n'ait pas renoncé totalement à ce principe et en fait encore une cause obligatoire de refus, il a du moins été dans l'obligation d'abandonner entièrement cette condition pour les trente-deux infractions qui étaient listées dans la décision-cadre portant création de la mesure. En d'autres termes, cette condition a disparu pour toutes les infractions de corruption quel que soit le degré d'incrimination dans les Etats membres de l'UE.

1012. Le droit français en matière d'extradition est donc très riche puisqu'il comprend deux procédures très distinctes selon le pays requérant. Alors que la procédure d'extradition classique, bien qu'améliorée, est encore soumise à des conditions strictes et un contrôle politique, le mandat d'arrêt fait figure d'une grande évolution à cet égard. Grâce au principe de confiance mutuelle que s'accordent les Etats de l'UE, la coopération inter-étatique en matière d'extradition s'est très nettement améliorée. On pourrait la considérer comme l'un des exemples de coopération les plus aboutis qui existe à ce jour. Le contrôle politique n'est plus au profit d'un processus purement judiciaire et beaucoup plus rapide. La coopération ne se fait plus entre Etats mais entre autorités judiciaires. L'extradition des nationaux est désormais possible, voire très fortement recommandée ; ce qui permet de lutter plus activement contre l'impunité et les injustices. Le contrôle de double incrimination n'a plus lieu en matière de corruption, de sorte qu'un Etat ne peut pas arguer que la forme de corruption poursuivie n'est pas incriminée dans son droit national. Toutes ces avancées sont autant de mesures dissuasives pour les auteurs de corruption.

1013. Malheureusement, comme soulevé, ces évolutions ne sont applicables que dans les relations entre Etats Membres de l'UE. Dans le cadre d'une demande de coopération émanant de la part du Vietnam, c'est la procédure de droit commun qu'il conviendra d'appliquer puisque les deux Etats n'ont pas encore conclu d'accords de coopération.

2. Le droit vietnamien de l'extradition

1014. Le législateur vietnamien a également entrepris d'établir des règles unilatérales d'extradition. Ces dispositions ont d'abord été intégrées dans le code de procédure pénale lors de son adoption en 2003. Les conditions relatives à l'extradition figurent de manière relativement sommaire à l'article 344 du code de procédure pénale. Etant insuffisantes, le législateur a ensuite adopté une loi spécifique relative à l'entraide judiciaire le 21 novembre 2007²⁶³¹. Le régime de l'extradition fait depuis lors l'objet du chapitre IV de la loi. En outre, la loi contre la corruption de 2005 contient quelques dispositions relatives à l'entraide judiciaire spécifiques aux affaires de corruption. A l'image de la France, le Vietnam ne soumet pas la procédure à l'existence obligatoire et préalable d'un traité d'extradition avec le pays requérant. Cela est d'ailleurs confirmé par l'article 4§2 de la loi sur l'entraide judiciaire.

²⁶²⁹ C. Mauro, « Le mandat d'arrêt européen », *Répertoire de droit international*, n°50.

²⁶³⁰ *Ibid.*, n°84.

²⁶³¹ Loi, n°08/2007/QH12, « Loi sur l'entraide judiciaire », *op. cit.*

En outre, l'article 89 de la loi contre la corruption de 2005 précise : « *le Vietnam s'engage à appliquer des traités internationaux en matière de lutte contre la corruption dont il est partie signataire et à coopérer avec les autres pays, les organisations internationales et les organisations et particuliers étrangers en la matière.* ». Conformément aux dispositions des articles 43 et 44 de la Convention de Mérida à laquelle le Vietnam est partie, le pays s'engage donc à accorder la meilleure coopération possible avec les autres Etats parties à la Convention, y compris en l'absence de traité d'extradition. Au besoin, la Convention pourra être considérée comme base légale de l'extradition.

A priori la France et le Vietnam, même non liés par un traité, sont donc en mesure de s'accorder mutuellement des mesures d'extradition.

1015. Dans le régime d'extradition qu'il établit, législateur pose cependant en amont certains principes fondamentaux. Selon les articles 340 du code de procédure pénale et 4 de la loi sur l'entraide judiciaire, toute mesure de coopération internationale repose d'abord sur la base du respect de l'indépendance. Le législateur entend, ici, le respect de la souveraineté et de l'intégrité nationale. Les pays faisant une demande de coopération avec le Vietnam ne doivent pas en profiter pour « interférer » dans les affaires internes de l'Etat. Le législateur pose, ensuite, le principe d'égalité et de « profit mutuel ». Le principe d'égalité doit être respecté « *quel que soit le régime politique et la taille* » des Etats²⁶³². En d'autres termes, le requérant ne doit pas, sous couvert d'une demande de coopération, tenter d'imposer des mesures politiques, économiques, diplomatiques ou militaires à l'Etat requis.

Le Vietnam ne conçoit donc pas la coopération inter-étatique comme une mesure de confiance mutuelle. Il conserve, au contraire, une vision très traditionnelle de la mesure en la percevant comme une limite à la souveraineté nationale²⁶³³.

Enfin, le législateur pose le principe de réciprocité. Il se retrouve également en droit français. La réciprocité vise ici à assurer le respect du principe d'intérêt commun en l'absence de conventions existant en le pays et l'Etat requérant. Dans ce cas, le Vietnam s'engage à accorder le même degré d'entraide à l'Etat requérant que celui qui lui serait accordé en cas de demande de coopération²⁶³⁴.

1016. Contrairement à la France, le Vietnam n'a adopté qu'un seul régime d'extradition. Il ne dispose pas de mesures « simplifiées » applicables dans ses relations avec les pays « voisins », en particulier les Etats membres de l'ASEAN.

Le régime général prévoit, à l'instar du droit français, des conditions relatives à l'extradition et des causes de refus.

1017. D'une part, la loi sur l'entraide judiciaire prévoit des conditions relatives à la gravité de l'infraction. Comme en droit français, une extradition ne peut être accordée que lorsque la gravité de l'infraction en justifie la mise en œuvre. Selon l'article 33 de la loi sur l'entraide judiciaire, les faits pouvant donner lieu à extradition sont les infractions punies, en droit vietnamien ou dans le droit pénal de l'Etat requérant, d'une peine minimale d'un an d'emprisonnement ou plus, de la réclusion perpétuelle ou de la peine de mort. Les personnes condamnées ne peuvent être extradées pour exécution de leur peine sur le territoire de l'Etat requérant que pour une peine d'emprisonnement ferme d'un minimum de six mois.

²⁶³² P. Diem, « International cooperation in criminal proceedings », *Vietnam law and legal forum*, avril 2010, p. 30.

²⁶³³ Voir en ce sens, V. Malabat, « Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen », *op. cit.*, n°11.

²⁶³⁴ Loi, n°08/2007/QH12, « Loi sur l'entraide judiciaire », *op. cit.*, art. 4§2.

Les infractions de corruption, tant vietnamiennes que françaises, remplissent toutes le degré de gravité requis pour une demande d'extradition. Par conséquent, les deux Etats peuvent parfaitement envisager de s'accorder l'extradition de l'auteur d'un délit de corruption.

Il est à la fois surprenant et intéressant de constater que le Vietnam accorde l'extradition lorsque la peine requise par l'Etat requérant est la peine capitale. Au contraire de la France, le pays ne la classe pas parmi les peines considérées comme contraires à l'ordre public et aux garanties fondamentales de la personne réclamée. Ce postulat s'explique très certainement par le fait que le pays lui-même conserve cette sanction pénale dans son éventail répressif.

1018. D'autre part, la loi sur l'entraide judiciaire fixe de motifs de refus. S'ils sont analogues à ceux présentés dans l'article 344 du code de procédure pénale, les termes employés diffèrent cependant. Alors que le code de procédure pénale effectue une distinction nette entre les causes de refus obligatoires et les causes facultatives, la loi sur l'entraide judiciaire emploie le verbe « peut » dans les deux catégories. Il semble néanmoins que l'esprit reste inchangé. Le Vietnam fait une distinction claire entre des causes principales de refus et des causes plus accessoires.

1019. Les causes principales de refus sont au nombre de trois.

Les deux textes font d'abord référence à la nationalité de la personne demandée. Selon l'article 344§1 du code de procédure pénale et l'article 35§1 a) de la loi sur l'entraide judiciaire, l'extradition est en principe refusée lorsque la personne demandée est de nationalité vietnamienne. Si cette cause de refus n'apparaît plus comme étant absolue dans la loi sur l'entraide judiciaire, elle le restera dans les rapports entre la France et le Vietnam en vertu du principe de réciprocité. La France fait de cette condition de nationalité, une cause de refus obligatoire²⁶³⁵. Par conséquent, le Vietnam refusera systématiquement d'extrader un de ses ressortissants vers la France. Le principe de réciprocité peut donc se révéler être une entrave significative à l'efficacité de la procédure d'extradition en matière de corruption. Il réduit nettement l'effectivité de l'incrimination française de corruption passive transnationale. Même s'il en avait la volonté, le juge français pourrait se retrouver dans l'impossibilité de juger un agent public vietnamien sur le fondement de l'article 435-1 du code pénal en raison de l'impossibilité pour la France d'en obtenir l'extradition par le Vietnam. Ce postulat n'est pas sans rappeler les difficultés de répression que soulève la commission d'un délit de corruption par un ressortissant étranger²⁶³⁶

1020. Les lois font, ensuite, référence à la prescription et à la chose jugée. Comme en droit français, l'extradition sera refusée lorsque les faits sont prescrits au regard de la loi pénale vietnamienne. La prescription est évaluée au moment de la demande par l'Etat requérant et elle doit être acquise avant cette demande. Le refus pour cause de chose jugée fait référence au motif classique relatif à la règle de *non bis in idem*. L'article 344§1 du code de procédure pénale et l'article 35§1 d) de la loi sur l'entraide judiciaire précisent à ce titre que le jugement doit être « légalement valide » et « effectif » sur le territoire national. En d'autres termes, le jugement doit être rendu définitif. Les articles prévoient cependant que la règle *non bis in idem* vient également à s'appliquer pour les affaires « suspendues ». Un classement sans suite peut donc constituer une cause de refus d'extradition. Cette dernière disposition n'apparaît pas favorable à la répression en ce qu'elle ouvre la voie à un certain degré d'impunité²⁶³⁷. En

²⁶³⁵ C. Pr. Pén., art. 696-2.

²⁶³⁶ Voir *supra* n°500 et s.

²⁶³⁷ Voir en ce sens, C. Mauro, « Le mandat d'arrêt européen », *op. cit.*, n°91.

matière de corruption, un simple classement sans suite par le parquet vietnamien pourra faire obstacle à la possibilité, pour la France, de juger l'auteur d'un acte de corruption.

La condition relative à la prescription pose en revanche, moins de difficultés en droit vietnamien qu'en droit français puisque la prescription est ici décennale. Par conséquent, il y a peu de chances pour que l'infraction de corruption sur laquelle reposerait une demande d'extradition émanant de la France soit déjà prescrite en droit vietnamien.

1021. Enfin, l'extradition sera refusée s'il apparaît que la demande d'extradition est motivée pour des raisons relatives à la race, à la religion, au genre, à la nationalité, à l'appartenance ethnique, à la classe sociale ou aux opinions politiques de la personne recherchée. Cette clause de non-discrimination est analogue à celle prévue en droit français. En revanche, le législateur ne fait pas référence, dans la loi sur l'entraide judiciaire, à la garantie du respect des garanties fondamentales de la personne réclamée ni à la protection de ses droits de la défense. Seul le code de procédure pénale prévoit que l'extradition de la personne sera refusée si la personne risque d'être « maltraitée »²⁶³⁸. Mais les dispositions à cet égard sont très sommaires et ne font pas référence aux autres garanties fondamentales. Contrairement à la France, les conditions dans lesquelles le procès ou l'exécution de la peine seront effectués ne constituent pas une cause de refus d'extradition. Etant donné que le Vietnam applique la peine de mort, il apparaît logique qu'elle ne soit pas considérée comme étant contraire à son ordre public interne. En revanche, il serait déterminant pour le respect des droits de l'homme à l'international que le législateur veille au respect des droits fondamentaux internationalement reconnus de la personne extradée. L'absence d'un tel motif de refus est, cependant, sans conséquence lorsque la France est l'Etat requérant.

1022. Les causes accessoires de refus sont prévues aux articles 344§2 du code de procédure pénale et 35§2 de la loi sur l'entraide judiciaire.

Parmi les différentes causes, figure en priorité le principe de double incrimination. Selon les textes susvisés, l'extradition peut être refusée lorsque les faits sur lesquels repose la demande d'extradition ne constituent pas une infraction pénale en droit pénal vietnamien. Comme en droit français, le principe repose sur les faits et non sur leur qualification. La loi sur l'entraide judiciaire précise à ce titre qu'il importe peu que les faits soient incriminés dans les mêmes termes dans les deux législations ou soient inclus dans la même catégorie d'infractions. L'important est que les deux législations concernées considèrent ces agissements comme des infractions pénales²⁶³⁹.

Contrairement à la France²⁶⁴⁰, la double incrimination n'est pas une cause de refus obligatoire. Le Vietnam peut envisager une extradition pour des faits qui ne relèvent pas d'une infraction dans son droit pénal interne. Le gouvernement avait d'ailleurs précisé cette possibilité en matière de corruption. A l'occasion du suivi mené par transparency international sur l'intégration, par le Vietnam, de la Convention de Mérida, le pays avait précisé qu'il pouvait parfaitement accéder à une demande de coopération portant sur un fait de corruption non incriminé en droit vietnamien, en particulier lorsque la demande transitait par les « canaux » d'Interpol²⁶⁴¹ et d'Aseanapol²⁶⁴².

²⁶³⁸ C. Pr. Pén. Vn, art. 344§1 d).

²⁶³⁹ Loi, n°08/2007/QH12, « Loi sur l'entraide judiciaire », *op. cit.*, art. 33§2.

²⁶⁴⁰ C. Pr. Pén, art. 696-3 al. 2.

²⁶⁴¹ Plus de détails sur l'organisation, voir *infra* n°1046 et s.

²⁶⁴² Transparency International, « Survey report in support of the government's self-assessment of the implementation of the United Nations Convention against corruption (UNCAC) in Vietnam in 2011 », *Transparency international*, 2011, p. 24.

Le respect du principe semble, toutefois, plus important lorsque les faits n'ont pas été commis sur le territoire de l'Etat requérant²⁶⁴³. Cela explique d'ailleurs la « préférence » affirmée pour les canaux précités. Si les agissements ont été commis sur le territoire vietnamien, le principe ne pourra être écarté que si la demande émane directement d'un des deux organes policiers mentionnés.

1023. En dehors de cette exception, il semble que cette cause facultative de refus devienne malheureusement absolue vis-à-vis de la France en vertu du principe de réciprocité. Puisque la France considère la double incrimination comme une cause absolue de refus vis-à-vis des Etats requérants, il en sera de même de la part du Vietnam si le gouvernement français en vient à requérir l'extradition d'une personne.

Cette solution apparaît particulièrement préjudiciable en matière de corruption. Rappelons, ici, que le Vietnam n'a pas encore incriminé toutes les formes de corruption prévues par les textes internationaux au contraire de la France. Par conséquent, l'extradition de l'auteur d'une corruption transnationale ou d'un acte de corruption privée a de fortes chances d'être refusée par le gouvernement vietnamien sauf si la France passe par l'intermédiaire d'Interpol.

Cela démontre les conséquences dommageables qui peuvent découler du maintien, par la France, du principe de double incrimination au titre de condition absolue. Il serait bien plus favorable à la répression que la France abandonne cette position pour classer, au minimum, le principe dans la catégorie des refus facultatifs.

1024. Comme en droit français, la procédure d'extradition vietnamienne est extrêmement lourde et elle est soumise à un contrôle politique. Selon les articles 36 et 37 de la loi sur l'entraide judiciaire, la demande d'extradition doit se faire par écrit et doit s'accompagner d'un grand nombre de pièces relatives, notamment, à la description des faits, la qualification pénale dans la loi du pays requérant, la description de la personne recherchée ou encore des informations relatives à l'autorité judiciaire requérante. La demande est adressée au Ministère de la Sécurité publique. Il examine les demandes et leur validité. Lorsque toutes les conditions sont remplies et que la demande n'émane que d'un seul Etat requérant, il transmet de dossier à l'autorité « judiciaire » compétente pour exécution.

Selon l'article 40 de la loi sur l'entraide judiciaire, ce sont les Cours populaires de province territorialement compétentes qui sont censées recevoir le dossier et être compétentes pour exécuter la demande. Mais la loi contre la corruption de 2005 semble faire une exception en la matière et conférer cette compétence au Parquet populaire suprême et au Ministère de la police²⁶⁴⁴.

Dans tous les cas, il est prévu un nouveau contrôle par le Parquet populaire. Lorsque l'organe compétent reçoit le dossier, il doit le transférer au parquet qui effectue un nouveau contrôle « politique ». Ce nouveau contrôle doit s'effectuer dans les quatre mois à compter de la réception du dossier²⁶⁴⁵.

La procédure est donc très lourde et relativement longue. En outre, la loi ne prévoit pas expressément une procédure d'urgence permettant l'arrestation de la personne pendant le temps du contrôle de la demande. Ce vide ouvre donc la possibilité, pour la personne recherchée, de soustraire à la loi de l'Etat requérant.

²⁶⁴³ Loi, n°08/2007/QH12, « Loi sur l'entraide judiciaire », *op. cit.*, art. 33§3.

²⁶⁴⁴ Loi, n°55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *op. cit.*, art. 90§2.

²⁶⁴⁵ Loi, n°08/2007/QH11, « Loi sur l'entraide judiciaire », *op. cit.*, art. 40.

1025. Les deux législations ont donc élaboré un régime d'extradition relativement conséquent. Conformément aux recommandations de la Convention des Nations Unies contre la corruption, les deux systèmes ne conditionnent pas la mise en œuvre d'une procédure d'extradition à l'existence préalable d'un accord avec l'Etat requérant. Pour s'affranchir de cette obligation, les législateurs ont pris le parti d'établir un régime unilatéral et subsidiaire dans leurs systèmes nationaux. Si cette initiative doit être accueillie, force est néanmoins de constater que l'extradition reste une procédure particulièrement lourde et longue. Il s'agit d'une procédure politique et non judiciaire. L'exemple du mandat européen souligne d'ailleurs les inconvénients d'un contrôle politique et les avantages considérables que revêt l'initiative de transformer l'extradition en une simple remise judiciaire. Malheureusement, cette mesure novatrice ne saurait s'étendre à tous les pays pour le moment. De ce fait l'extradition reste la mesure la plus délicate à mettre en œuvre. Pour contourner les difficultés relatives à cette mesure, certains préconisent la généralisation de la compétence universelle des Etats²⁶⁴⁶. Cette solution peut être envisagée.

1026. Mais aucune des mesures préconisées pour la poursuite des infractions transnationales ne sauront de toute façon pleinement efficaces si les Etats ne s'accordent pas la plus grande entraide judiciaire. En réalité, l'extradition n'est qu'un des aspects de l'entraide et peut être le plus « résiduel ». Si l'extradition ne s'accompagne pas de mesures relatives à la coopération judiciaire et policière, elle ne saurait être effective. Peu importe le lieu de poursuite et de jugement de l'auteur de pratiques de corruption, l'important est qu'il ne puisse jouir de quelque impunité. Ce qui est fondamental en matière de corruption est que les autorités de poursuites soient en mesure de recueillir les preuves nécessaires à une répression effective. C'est pourquoi les mesures en faveur de l'entraide judiciaire apparaissent tout aussi importantes à étudier.

§2 – LES MESURES EN FAVEUR DE L'ENTRAIDE JUDICIAIRE

1027. L'entraide inter-étatique ne se résume pas seulement à l'extradition. Même si cette dernière peut être perçue comme un aspect majeur de la coopération internationale²⁶⁴⁷, elle n'en est pas le seul. D'autres formes de coopération doivent être mises en place par les Etats pour assurer une répression efficace de toutes les infractions transnationales, en particulier les délits de corruption. Il s'agit, notamment de l'entraide judiciaire apportée en matière d'enquête et d'instruction. Même si cette forme d'entraide peut être perçue par certains comme plus accessoire que d'autres formes touchant directement à la souveraineté étatique, elle est aujourd'hui indispensable.

1028. L'entraide peut se définir comme l'ensemble des moyens par lesquels une autorité étatique, dite autorité requise, prête le concours de sa force publique ou de ses institutions judiciaires à l'instruction, au jugement ou à la répression d'une infraction par une autorité judiciaire, dite autorité requérante²⁶⁴⁸. Cette forme d'entraide semble préserver, en apparence, la souveraineté des Etats.

1029. Mais le développement des échanges internationaux, de la mobilité transfrontière et de la criminalité transnationale, a modifié le paysage de la coopération internationale. Pour que

²⁶⁴⁶ M. Massé, « Actualité de la compétence universelle », *op. cit.*, n°5.

²⁶⁴⁷ Certains auteurs font la distinction entre l'entraide majeure qui regroupe essentiellement l'extradition et l'entraide mineure qui concerne les autres actes de coopération judiciaire en matière pénale : Cf E. David, *Éléments de droit pénal international et européen*, *op. cit.*, n°6.0, p. 387 ; Cf également J. Pradel et G. Gorstens, *Droit pénal européen*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, n°26.

²⁶⁴⁸ C. Lombois, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, n°415.

la coopération soit efficace, même dans le cadre de l'enquête et de l'instruction, il est parfois nécessaire que les Etats abandonnent une part de leur souveraineté. Il peut s'agir de l'Etat requérant qui va abandonner sa souveraineté en matière d'enquête et de poursuite au profit de l'Etat requis²⁶⁴⁹. Il peut également s'agir de l'Etat requis qui va accepter que des autorités policières ou judiciaires étrangères effectuent des actes d'enquête, de poursuite ou d'instruction sur son territoire. Cette forme de coopération n'a pas été facile à accepter pour les Etats. Beaucoup ont longtemps refusé de laisser des agents étrangers intervenir sur leur territoire²⁶⁵⁰.

1030. Fort heureusement, les Etats acceptent de plus en plus cette forme de coopération. Ils ont aujourd'hui un intérêt réciproque à se prêter assistance pour réprimer les infractions qui les atteignent. La notion d'intérêt réciproque est d'ailleurs au cœur de la coopération internationale : il a trait à une criminalité partagée²⁶⁵¹. Dans la mesure où le phénomène de corruption tend à être reconnu unanimement comme un « fléau », elle revêt aujourd'hui cet aspect de criminalité partagée.

Les Etats se sont donc efforcés depuis plusieurs années à développer de nouvelles formes de coopération relatives à l'échange d'informations, la mise en place d'équipes communes de travail ou encore le développement « d'espaces judiciaires » communs pour mieux lutter contre les infractions transnationales²⁶⁵². En matière de corruption, les efforts étatiques pour le développement de l'entraide judiciaire (B) se sont opérés sous impulsion des travaux internationaux en la matière (A).

A -Le rôle des instruments internationaux pour la promotion de l'entraide judiciaire en matière de corruption

1031. « Dans le contexte de la mondialisation, les autorités nationales ont de plus en plus besoin de l'assistance d'autres États afin d'assurer l'efficacité des enquêtes, des poursuites et des sanctions concernant les infractions, en particulier celles présentant des aspects transnationaux. Les pratiques de corruption font souvent intervenir des acteurs mobiles, des participants dans plusieurs pays ou des opérations transfrontières. La capacité, pour un État, d'affirmer sa compétence et d'assurer la présence de la personne accusée d'une infraction sur son territoire est d'une utilité importante, mais ne suffit pas. »²⁶⁵³.

Ces dispositions intégrées dans le Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption démontrent la préoccupation que nourrit la communauté internationale à l'égard de la coopération internationale, notamment pour la répression des infractions de corruption. L'extradition est essentielle mais ne suffit pas à garantir la répression des actes transnationaux. L'entraide judiciaire apparaît tout aussi fondamentale. Même si elle est parfois perçue comme une forme d'entraide « mineure »²⁶⁵⁴ à côté de la délicate extradition, sa mise en œuvre a nécessité de nombreuses interventions internationales.

²⁶⁴⁹ Voir en ce sens, B. Aubert, « Entraide judiciaire (matière pénale) », *Répertoire de droit international*, n°4.

²⁶⁵⁰ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°11 p. 9 et n°201, p. 125.

²⁶⁵¹ *Ibid.*, n°207, p. 129.

²⁶⁵² M.-C. Bassiouni, « Considérations de politique criminelle sur la coopération inter-étatique », *op. cit.*, p. 826.

²⁶⁵³ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §584, p. 206.

²⁶⁵⁴ J. Pradel et G. Gorstens, *Droit pénal européen*, *op. cit.*, n°26.

1032. Les Nations Unies ont beaucoup œuvré pour la promotion de l'entraide judiciaire inter-étatique, en particulier pour les infractions de corruption, au travers des deux conventions internationales précitées : la Convention de Palerme et celle de Mérida.

1033. La Convention de Palerme est relative à l'incrimination de la criminalité transnationale organisée. La corruption a bien été identifiée par le texte comme l'une des formes de cette criminalité mais, n'étant pas spécifique en la matière, ses dispositions sont moins « adaptées » que celles de la Convention de Mérida.

Les mesures relatives à l'entraide judiciaire figurent à l'article 18 du texte. Elles sont très détaillées et mettent en place un véritable « mécanisme de coopération ». C'est la raison pour laquelle certains « négociateurs » de la Convention avaient qualifié cet article de véritable « traité dans le traité »²⁶⁵⁵.

1034. L'article prévoit l'obligation pour les Etats de s'accorder « *l'entraide la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires* »²⁶⁵⁶. Ces dispositions s'appliquent à toutes les infractions visées par la Convention lorsqu'elles sont de nature transnationale. La Convention étend également l'entraide aux situations où il y existe des motifs raisonnables de penser que l'infraction est transnationale. La coopération s'applique en matière d'enquête. Par conséquent elle est souvent requise pour établir les preuves d'une infraction²⁶⁵⁷. Ces dispositions sont donc importantes pour permettre la mise en œuvre d'une coopération dès le début d'une enquête sans attendre les preuves de la nature transnationale de l'infraction de corruption. Elles sont impératives. Les Etats parties sont donc tenus de les exécuter.

De manière innovante, la Convention étend cette obligation aux situations dans lesquelles une personne morale serait tenue responsable pour la commission d'une infraction par l'Etat requérant²⁶⁵⁸. Cette dernière disposition revêt un intérêt particulier pour cette étude puisque le Vietnam n'a pas encore établi la responsabilité pénale des personnes morales. Selon cet article, il sera néanmoins amené à accorder l'entraide dans cette situation lorsqu'il sera requis par un Etat reconnaissant cette forme de responsabilité, notamment la France.

1035. L'article dresse une liste non exhaustive des mesures qui peuvent être requises. Il peut s'agir de simple demandes d'informations comme le recueil de témoignages ou de dispositions ou de mesures d'enquêtes et de poursuites plus importantes comme des perquisitions, saisies, gels ou confiscations²⁶⁵⁹.

1036. Il prévoit en outre des mesures innovantes en faveur de la coopération.

Le texte envisage d'abord les rapports qu'il entretient avec d'autres traités existants. Il établit, à ce titre un régime unilatéral d'entraide judiciaire qui vient à s'appliquer lorsqu'il n'existe pas de convention entre les Etats parties. En d'autres termes, la Convention crée un régime subsidiaire de coopération. Elle encourage néanmoins les Etats parties qui sont déjà liés par un traité, à appliquer les paragraphes correspondants de son article 18 « s'ils facilitent la coopération ». Les rédacteurs du texte ont voulu évincer l'application de traités antérieurs moins favorables à la coopération.

²⁶⁵⁵ J.-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, op. cit., n°335, p. 191.

²⁶⁵⁶ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, op. cit., art. 18§1.

²⁶⁵⁷ J.-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, op. cit., n°336, p. 191.

²⁶⁵⁸ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, op. cit., art. 18§2.

²⁶⁵⁹ *Ibid.*, art. 18§3.

L'article 18§8 prévoit ensuite l'interdiction pour les Etats parties d'invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire quel que soit le régime de coopération qui trouve à s'appliquer. Cette mesure apparaît essentielle en matière de lutte contre la corruption et le blanchiment. Le rôle que joue le secret bancaire en matière de dissimulation des activités corruptrices est indubitable²⁶⁶⁰.

Les dispositions contenues au paragraphe 9 tentent également de limiter la portée du principe de double incrimination. La Convention est moins innovante à cet égard. Le texte maintient la possibilité, pour les Etats parties, de refuser l'entraide en l'absence de double incrimination. Toutefois, il encourage vivement les Etats à accepter la fourniture de l'assistance sans double-incrimination pour les situations dans lesquelles l'Etat requis juge cette coopération « appropriée » et dans la mesure où il décide « à son gré ». Cette disposition apparaît pertinente dans le cadre des éventuelles relations de coopération entre la France et le Vietnam. La double incrimination s'est révélée, dans le cadre de l'extradition, comme une entrave significative à l'effectivité de la mesure en matière de corruption.

Enfin, la Convention détient une originalité en ce que l'article 18§4 et 5 prévoit la possibilité d'une entraide spontanée. Cette forme d'entraide se réalise quand les autorités compétentes d'un Etat partie à la Convention communiquent, sans demande préalable, à un autre Etat partie, des informations concernant des affaires pénales qui pourraient l'intéresser en vue de la poursuite de leurs auteurs par exemple.

1037. Pour assurer l'efficacité et la rapidité de la coopération, la Convention fait obligation aux Etats parties de désigner une autorité centrale chargée de recevoir les demandes d'entraide judiciaire et, soit de les exécuter directement, soit de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution²⁶⁶¹. Ces autorités centrales « *constituent un mécanisme essentiel de la coopération internationale* »²⁶⁶².

1038. La Convention de Mérida spécifique à la corruption, contient elle aussi des dispositions en faveur de l'entraide judiciaire. Elles sont contenues à l'article 46 de la Convention. Si les mesures mises en place paraissent analogues à celles de la Convention de Palerme, la Convention de Mérida va toutefois plus loin.

1039. En premier lieu, l'article 46§1 fait lui aussi obligation aux Etats de s'accorder l'entraide judiciaire la plus large possible. Pour les Etats qui avaient déjà intégré les dispositions très similaires de la Convention de Palerme, cette obligation se traduit par un élargissement de l'accord d'entraide à toutes les infractions incriminées par la Convention de Mérida, c'est-à-dire, à toutes les infractions de corruption. En outre, la Convention dresse, elle aussi, une liste non exhaustive des formes de coopération. Cette liste reprend l'essentiel des mesures déjà prévues par l'article 18 de la Convention de Palerme. Elle s'étend toutefois, désormais, aux mesures de recouvrement et de restitution consacrées par le texte en tant que principe fondamental²⁶⁶³.

1040. En deuxième lieu, la Convention établit également un régime unilatéral d'entraide dans des dispositions analogues au texte antérieur. L'article 46§7 du texte prévoit que lorsqu'il n'existe pas de traité en vigueur entre les Etats parties à la Convention, les règles d'entraide établie par l'article viennent à s'appliquer. Toutefois, conformément aux prescriptions de

²⁶⁶⁰ Voir *supra* n°430.

²⁶⁶¹ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, *op. cit.*, art. 18§13.

²⁶⁶² J.-P. Laborde, *Etat de droit et crime organisé*, *op. cit.*, n°345, p. 195.

²⁶⁶³ Voir *supra* n°606 et s.

l'article 18 de la Convention de Palerme, l'article encourage vivement les Etats déjà liés par un traité, à appliquer le régime qu'il établit si cela facilite la coopération. Sont visées, en particulier, les dispositions novatrices de la Convention relatives au recouvrement des avoirs ou à la double incrimination²⁶⁶⁴.

1041. Enfin, comme évoqué, la Convention contient des dispositions novatrices concernant la limitation des possibilités de refus de l'entraide. D'une part, comme pour la Convention de Palerme, les Etats ne peuvent pas opposer le secret bancaire comme cause de refus. Cette interdiction s'applique quel que soit le régime conventionnel appliqué pour l'entraide. D'autre part, les Etats ont toujours la possibilité de refuser l'entraide en l'absence de double incrimination. Toutefois, à la différence de la Convention de Palerme, l'article 46§9 fait ici obligation aux Etats d'accorder l'aide en l'absence de double-incrimination lorsque cela n'implique pas des mesures coercitives. Cette obligation est cependant conditionnée au fait que l'entraide soit compatible avec le système juridique des Etats²⁶⁶⁵. Mais cette disposition apparaît toutefois fondamentale pour la répression de toutes les formes de corruption incriminées par la Convention.

1042. Le Conseil de l'Europe a lui aussi adopté un Convention d'entraide judiciaire. Il s'agit de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959²⁶⁶⁶. Le texte a été ratifié par l'ensemble des Etats membres de l'UE. Elle est entrée en vigueur, en France, depuis le 21 août 1967.

1043. Cette Convention fait aussi obligation aux Etats parties de s'accorder mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible pour toutes les infractions « de droit commun » sans condition minimale de gravité²⁶⁶⁷. La Convention revient également sur le principe de double-incrimination qui ne figure plus parmi les conditions relatives à une demande d'entraide judiciaire « non-extraditionnelle ».

1044. En vertu d'un mécanisme innovant « d'articulation » de la Convention avec les autres instruments internationaux, prévu dans le *corpus* du texte, ces dispositions viennent en complément des obligations découlant de l'application des Conventions de Palerme et de Mérida. Par conséquent, le mécanisme de l'entraide judiciaire en matière de corruption a vocation à être amplement facilité.

1045. L'Union Européenne a adopté deux Convention pour assurer la pleine mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe de 1959. En premier lieu, la Convention de Schengen du 19 juin 1990²⁶⁶⁸ a consacré un chapitre à l'entraide judiciaire en matière pénale dont les articles visaient à étendre les dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe et à en faciliter l'exécution. En deuxième lieu, la Convention du Conseil de l'Union Européenne du 29 mai 2000²⁶⁶⁹ relative à l'entraide judiciaire en matière pénale a été adoptée pour compléter les dispositions des deux conventions précédentes.

²⁶⁶⁴ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §610, p. 213.

²⁶⁶⁵ *Ibid.*, §592, p. 208.

²⁶⁶⁶ Conseil de l'Europe, « Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale », 20 avril 1959, *STE*, n°30 et ses protocoles additionnels; *in* Conseil de l'Europe, *Coopération internationale en matière pénale, Conventions du Conseil de l'Europe, op. cit.*, p. 47-68.

²⁶⁶⁷ *Ibid.*, art. 1.

²⁶⁶⁸ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, 19 juin 1990, dite Convention de Schengen, *JOCE*, n°L239, 22 mai 2000, p. 19.

²⁶⁶⁹ Conseil de l'Union Européenne, « Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne », 22 mai 2000, *JOCE*, n°C197, 12 juillet 2000, p. 3.

1046. A côté des textes internationaux, une organisation a été créée pour la mise en place d'une coopération policière : il s'agit de l'Organisation internationale de police criminelle, plus connue sous le nom d'Interpol. Sa création a été actée au Congrès international de police organisé à Vienne en 1923. Elle était, au départ, européenne mais a cessé de fonctionner pendant la seconde guerre mondiale. Elle fut reconstituée en 1946 dans le cadre d'une conférence de police à laquelle participaient dix-neuf Etats²⁶⁷⁰. L'organisation s'est ensuite développée pour devenir mondiale. Aujourd'hui, l'organisation compte 190 pays membres.

Interpol n'est pas pour autant une police internationale dont les agents exercent des pouvoirs d'enquête. Ils n'ont aucun pouvoir relatif à des actes matériels d'investigation ou d'arrestation. L'organisation est chargée de recevoir et de diffuser les informations²⁶⁷¹. En d'autres termes Interpol assiste les autorités judiciaires et policières des Etats membres en facilitant la mise en œuvre de mesures d'entraide judiciaire.

1047. Le domaine d'intervention d'Interpol est fixé par l'article 3 de son statut²⁶⁷². Il concerne toutes les infractions à l'exception « des questions ou affaires présentant un caractère politique, militaire, religieux ou racial ». En d'autres termes, les compétences de l'organisation sont limitées aux infractions de droit commun. Mais contrairement à d'autres entités, comme Europol, toutes les infractions de droit commun relèvent de la compétence d'Interpol. Il n'existe pas de liste limitative d'infractions et la compétence n'est pas limitée au seul domaine de la criminalité organisée. Par conséquent, toutes les infractions de corruption, dans la mesure où elles comportent un élément d'extranéité, relèvent de la compétence de l'organisation. Il en est de même pour les pratiques qui y sont « associées » si, elles aussi, s'avèrent transfrontières.

En d'autres termes, un acte de corruption ou un abus de biens sociaux commis par une entreprise française sur le territoire vietnamien pourra relever de la compétence d'Interpol. En outre, en utilisant ce canal « privilégié », les autorités françaises diminuent le risque de se voir opposer, par le Vietnam, le principe de double incrimination²⁶⁷³.

1048. Au niveau de l'UE, des « structures de coopération centralisées »²⁶⁷⁴ ont également été créées. Il s'agit des organismes Europol et Eurojust.

1049. Europol a été le premier organe européen de coopération créé en matière policière²⁶⁷⁵. Il est le résultat de la coopération policière formelle et informelle exercée en Europe depuis plusieurs années²⁶⁷⁶. L'organisation a vu le jour grâce à une Convention du 26 juillet 1995²⁶⁷⁷ mais elle est entrée en vigueur qu'au 1^{er} juillet 1999²⁶⁷⁸. Europol s'inscrit dans le cadre du titre IV du traité de Maastricht relatif à la coopération intergouvernementale. A ce titre, l'organisme avait, au départ, pour mission essentielle de favoriser l'échange d'information entre les Etats membres²⁶⁷⁹.

²⁶⁷⁰ Pour plus de détails sur la création d'Interpol, Cf notamment D. Ruzié, « L'organisation internationale de police criminelle », *AFDI*, 1956, Vol. II, p. 673 et C. Lombois, *Droit pénal international*, op. cit., n°500.

²⁶⁷¹ D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit., n°651, p. 387.

²⁶⁷² O.I.P.C./Interpol, « Statut de l'O.I.P.C.- Interpol », *Interpol*, Bureau des affaires juridiques, I/CONS/GA/1956(2008).

²⁶⁷³ Voir *supra* n°1022, 1023.

²⁶⁷⁴ A. Marisse-d'Abbadie d'Arrast, « Coopération et harmonisation (matière pénale) », *Répertoire de droit européen*, n°70.

²⁶⁷⁵ Pour une analyse plus approfondie d'Europol, cf M. Sabatier, « la coopération policière européenne », Thèse, *Université de droit et économie Aix-Marseille III*, 1998, n°1713 et s., p. 459 et s.

²⁶⁷⁶ V. Gaudin et E. Roux, « Coopération policière internationale », *Répertoire de droit pénal et procédure pénale*, n°109.

²⁶⁷⁷ Conventionsur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police, dite Convention Europol, 26 juillet 1995, *JOCE*, n°C316, 27 novembre 1995, p. 1.

²⁶⁷⁸ Cf Y. Gauthier, « La genèse d'Europol », in M. Leclerc, *La criminalité organisée*, *La Doc. Fr.*, 1996, p. 244.

²⁶⁷⁹ V. Gaudin et E. Roux, « Coopération policière internationale », op. cit., n°111.

1050. Les missions d'Europol ont fait l'objet d'un fort élargissement depuis sa création. Dans la Convention de 1995, il était prévu qu'Europol devait apporter une aide décisionnelle et un appui opérationnel aux gouvernements nationaux, aux services de police et de douane dans les domaines relatifs au terrorisme, au trafic de stupéfiants et d'autres formes graves de criminalité internationale prévues à l'article 2 de la Convention. Europol n'était donc compétent que pour les infractions « d'ampleur et de gravité » liées à une organisation criminelle, ce qui excluait à cette époque la corruption. On retrouve, ici, la même frilosité du législateur européen que celle observée en droit français, à considérer la corruption comme relevant *ipso facto* de la criminalité organisée.

Selon certains auteurs, Europol n'était compétent qu'à l'égard des délinquants présentant un potentiel nuisible puissant²⁶⁸⁰. Les auteurs de corruption n'étaient donc pas encore considérés comme tel.

Lors du Conseil européen de Tampere de 15 et 16 octobre 1999, qui a également créé le mandat d'arrêt européen, il a été décidé d'élargir le mandat d'Europol en matière de blanchiment d'argent à tous les domaines de crime organisé. Europol pouvait intervenir sur des infractions répondant dès à trois critères : relever d'une des grandes formes de criminalité relevant du mandat d'Europol, être le fait d'une organisation criminelle et concerner au moins deux pays²⁶⁸¹. Mais ce premier élargissement était loin d'être satisfaisant en matière de corruption.

Une décision du Conseil a été toutefois adoptée le 6 avril 2009²⁶⁸² pour, à nouveau, préciser les contours de la compétence d'Europol. Elle a été élargie et concerne, depuis cette date trente-deux infractions dont, enfin, la corruption²⁶⁸³. En outre, la condition relative à la criminalité organisée a été assouplie puisque la décision prévoit la possibilité pour Europol d'intervenir même s'il n'existe pas d'indice concret révélant l'existence d'une structure criminelle organisée.

1051. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, Europol figure à l'article 88 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne (TFEU). Les considérants de la Décision de 2009 et les dispositions du Traité laissent clairement apparaître la volonté de l'Union de conférer une place accrue à l'institution. La volonté est qu'Europol puisse assister les autorités compétentes dans la lutte contre les formes graves de criminalité même s'il n'existe pas d'indices concrets révélant l'existence d'une structure de criminalité organisée.

Plus qu'une simple « plateforme » de centralisation et d'échange, Europol commence à détenir la possibilité de demander aux autorités compétentes d'ouvrir, de mener ou de coordonner des enquêtes et suggérer la constitution d'équipes communes d'enquête²⁶⁸⁴. En d'autres termes, Europol pourrait être en phase de devenir une véritable police européenne et non plus qu'une simple unité d'échange et de coopération.

²⁶⁸⁰ A. Marisse-d'Abbadie d'Arrast, « Coopération et harmonisation (matière pénale) », *op. cit.*, n°76.

²⁶⁸¹ V. Gaudin et E. Roux, « Coopération policière internationale », *op. cit.*, n°116.

²⁶⁸² Décision du Conseil, n°2009/371/JAI, « Décision du Conseil portant création de l'Office européen de police (Europol) », 6 avril 2009, *JOUE*, n°L121, 15 mai 2009, p. 37.

²⁶⁸³ Ces infractions sont : trafic de stupéfiants, activités illicites de blanchiment d'argent, criminalité liée aux matières nucléaires et radioactives, filière d'immigration clandestine, traite des êtres humains, criminalité liée au trafic de véhicules volés, homicide volontaire, coups et blessures graves, trafic d'organes et de tissus humains, enlèvement, séquestration et prise d'otage, racisme et xénophobie, vol organisé, trafic de biens culturels, escroquerie et fraude, racket et extorsion de fonds, contrefaçon et piratage de produits, falsification de documents administratifs et trafics de faux, faux monnayage, falsification de moyens de paiement, criminalité informatique, corruption, trafic d'armes, de munitions et d'explosifs, trafic d'espèces animales menacées, criminalité au détriment de l'environnement, trafic de substances hormonales et autres facteurs de croissance.

²⁶⁸⁴ V. Gaudin et E. Roux, « Coopération policière internationale », *op. cit.*, n°121.

Etant donné sa compétence en matière de corruption, cette évolution apparaît comme fondamentale pour la répression de toutes les pratiques corruptrices intra-UE. L'organisation pourrait, à terme, directement enquêter sur tout le territoire de l'Union pour recueillir les preuves nécessaires à l'établissement d'un acte de corruption, voire être à même d'arrêter les auteurs pour les remettre aux autorités judiciaires nationales compétentes. Les auteurs de corruption ne pourraient donc plus espérer jouir de quelconque refuge au sein de l'espace « judiciaire » européen. Cette possibilité est d'autant plus envisageable qu'un parquet européen est aussi sur le point de voir le jour.

1052. Eurojust, à la différence d'Europol, vise à la création d'un espace judiciaire européen et non simplement policier²⁶⁸⁵. L'unité a été créée par une Décision du Conseil du 28 février 2002²⁶⁸⁶ et elle a pour objectif de « *faciliter la coordination optimale des actions d'enquête et de poursuites des États membres couvrant le territoire de plusieurs d'entre eux, dans le respect intégral des droits et libertés fondamentaux* »²⁶⁸⁷. Elle est composée de magistrats, procureurs ou officiers de polices « *ayant des compétences équivalentes* » détachés dans chaque Etat membre²⁶⁸⁸.

1053. Eurojust est conçu pour lutter contre les formes « graves de criminalité » qui s'entendent, selon l'article 4 de la décision du Conseil, de cinq types d'infractions : la criminalité informatique, la Fraude, la corruption et toute autre infraction pénale touchant aux intérêts financiers de la communauté européenne, le blanchiment et la criminalité au détriment de l'environnement. A la différence d'Europol, l'organisation est depuis l'origine compétente en matière de corruption.

1054. L'organisme est doté de la personnalité morale et il est chargé de « promouvoir et améliorer la coordination entre les autorités compétences des Etats membres concernant des enquêtes et des poursuites ». En d'autres termes, à l'instar d'Europol, Eurojust est une unité de centralisation et d'échange créée pour faciliter la mise en œuvre de l'entraide judiciaire internationale entre les pays membres de l'UE²⁶⁸⁹.

1055. Depuis sa création, les pouvoirs de l'organisation ont été quelque peu modifiés par deux autres décisions du Conseil du 18 juin 2003²⁶⁹⁰ et du 16 décembre 2008²⁶⁹¹. Mais, surtout, l'unité a été intégrée aux articles 85 et 86 du TFUE depuis l'avènement du traité de Lisbonne. Comme pour Europol, l'UE a pour volonté de développer les pouvoirs de l'organisation. Les articles prévoient notamment l'organisation d'un véritable parquet européen à partir d'Eurojust. Mais cette création nécessite l'unanimité des Etats membres de l'UE, ce qui permet de douter qu'elle intervienne prochainement. En attendant, Eurojust s'inscrit déjà dans un contexte de coopération intergouvernementale renforcée. A ce titre, le développement progressif des pouvoirs et du rôle d'Eurojust apparaît plus envisageable et, surtout, plus souhaitable que la création directe d'un parquet européen. Cette création avait été envisagée mais les Etats, soucieux de maintenir leur souveraineté, avaient par trop tenté de

²⁶⁸⁵ N.-L. C. Twaihtes, « Eurojust : une autre brique dans l'édifice de la coopération judiciaire en matière pénale ou un solide mortier ? », *RSC*, 2003, p. 45.

²⁶⁸⁶ Décision du Conseil, n°2002/187/JAI, « Décision du Conseil instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité », *JOCE*, n°L63, 6 mars 2002, p. 1.

²⁶⁸⁷ A. Marisse-d'Abbadie d'Arrast, « Coopération et harmonisation (matière pénale) », *op. cit.*, n°82.

²⁶⁸⁸ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°577, p. 345.

²⁶⁸⁹ Pour plus de détails sur les compétences d'Eurojust, Cf N.-L. C. Twaihtes, « Eurojust : une autre brique dans l'édifice de la coopération judiciaire en matière pénale ou un solide mortier ? », *op. cit.*

²⁶⁹⁰ Décision du Conseil, n°2003/659/JAI, « Décision du Conseil instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité », 18 juin 2003, *JOUE*, n°L245, 29 mars 2003 p. 44.

²⁶⁹¹ Décision du Conseil, n°2009/426/JAI, « Décision du Conseil sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité », 16 décembre 2008, *JOUE*, n°L138, 4 juin 2009, p. 14.

limiter ses pouvoirs ce qui ne permettait pas d'apporter une réponse satisfaisante aux nécessités de la lutte contre la criminalité organisée, en particulier de la corruption²⁶⁹².

Plus que jamais, les « mailles du filet se resserrent » pour les auteurs de corruption européens.

1056. A l'échelle de l'ASEAN, une forme de coopération policière existe également. Il s'agit d'Aseanapol. Cette organisation, à l'image d'Interpol, apparaît comme une « plateforme » d'échange et de centralisation des informations policières. Par le biais de cette organisation, les polices des Etats Membres de l'ASEAN se sont engagées à se « prêter main forte » pour renforcer la répression des infractions au sein de la région. Il apparaît que cette organisation dispose de compétences très similaires à celles d'Interpol, elle peut intervenir pour toutes les infractions de « droit commun », en particulier la corruption. L'organisation existe depuis 1981 mais semble n'être pleinement « effective » que depuis 2005²⁶⁹³

1057. A l'échelle internationale et régionale, de nombreux travaux ont été exécutés pour permettre aux Etats de s'accorder l'entraide la plus large possible et en faciliter au maximum l'exécution. Les organisations, internationales ou européennes, se sont attachées à adopter des instruments juridiques internationaux visant à promouvoir et faciliter l'entraide judiciaire. Des organes ont en outre été créés pour aider à la mise en œuvre de ces mécanismes, permettre l'échange et la centralisation des informations. Il convient donc d'étudier les efforts qui ont été fournis par les Etats eux-mêmes pour le développement de l'entraide judiciaire en matière de corruption.

B - Les efforts étatiques pour le développement de l'entraide judiciaire en matière de corruption.

1058. Les législateurs français et vietnamien ont tous deux adopté dans leurs droits nationaux respectifs, des régimes unilatéraux d'entraide judiciaire. Les deux pays ne conditionnent donc pas le déclenchement d'une telle procédure de à l'existence préalable d'un accord spécifique. Toute demande d'entraide sera régie par les dispositions nationales adoptées.

En France, à l'image de la procédure relative à l'extradition, l'entraide judiciaire est dédoublée. Deux régimes majeurs coexistent : le régime de droit commun applicable dans les rapports entre la France et les pays tiers à l'UE et le régime spécifique aux relations entre la France et les Etats membres de l'UE. Dans ce dernier cas, le contrôle politique s'efface au profit d'une procédure plus judiciaire et directe.

Au Vietnam, le droit de l'entraide judiciaire a été développé et amélioré grâce à l'adoption de la loi sur l'entraide judiciaire. Le régime est unique pour toutes les demandes d'entraide, quelle que soit « l'identité » de l'Etat requérant. Il semble, cependant, qu'il s'agisse d'un régime de droit commun trouvant à s'appliquer uniquement lorsque le Vietnam et l'Etat requérant ne sont pas liés par un accord d'entraide.

Nous nous intéresserons donc à l'étude du droit français de l'entraide judiciaire (1) pour ensuite nous tourner vers celle du droit vietnamien de l'entraide judiciaire (2)

²⁶⁹² F. Falletti, « Eurojust une étape vers un ministère public européen », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, op. cit., p. 1071.

²⁶⁹³ Pour plus de détails au sujet d'Aseanapol, cf le site officiel de l'organisation : <http://www.aseanapol.org>.

1. Le droit français de l'entraide judiciaire.

1059. La réglementation française de l'entraide judiciaire « non extraditionnelle » a été insérée dans le code de procédure pénale aux articles 694 et suivants, dans le cadre d'un Titre X intitulé « *De l'entraide judiciaire internationale* ». La création de ce titre remonte à la loi du 23 juin 1999²⁶⁹⁴. Cette loi ne contenait cependant que très peu de dispositions en comparaison de sa construction actuelle²⁶⁹⁵. Elle n'avait en, réalité, été adoptée que pour faciliter la mise en œuvre de la Convention Schengen de 1990²⁶⁹⁶. Les articles du Code de procédure pénale avaient donc pour vocation de compléter les dispositions de la loi de 1927 relative à la coopération internationale. De l'avis de certains auteurs, la construction de ce nouveau titre manquait de clarté et un seul article avait vocation à s'appliquer lorsque la France était un Etat requérant²⁶⁹⁷. Le titre a largement été modifié par la loi du 9 mars 2004, dite Perben II. Elle a, rappelons-le, abrogé la loi de 1927 pour codifier et actualiser les dispositions française relatives à la coopération internationale. Les cinq articles initialement adoptés sont remplacés par trois chapitres. Le premier est de portée générale et vient à s'appliquer dans les rapports entre la France et les pays tiers à l'UE. Le deuxième, de portée spécifique, s'applique dans les relations entre la France et les pays membres de l'UE. Le troisième, de portée mixte vient à s'appliquer lorsque la France a conclu des accords spécifiques avec les Etats concernés²⁶⁹⁸.

1060. Le régime général est prévu aux articles 694 à 694-13 du code de procédure pénale. Selon l'article 694 du code de procédure pénale, il vient à s'appliquer en l'absence de conventions internationales en disposant autrement.

L'article 694 du code de procédure pénale organise les règles relatives à la transmission des demandes d'entraide. Lorsque la demande émane des autorités françaises, le législateur de 2004 prévoit une procédure innovante puisque la transmission par voie « diplomatique » est en partie abandonnée par une transmission plus directe au Ministère de la justice²⁶⁹⁹. Le contrôle politique n'est toutefois pas totalement abandonné. Si l'entraide est une procédure judiciaire puisqu'elle vise à la répression des infractions, le législateur lui confère encore un aspect politique. Bien qu'atténué, le contrôle politique n'est donc pas encore remis en cause. Cela peut nuire à l'efficacité de l'entraide au regard de la lourdeur et de la lenteur qu'un tel contrôle suppose²⁷⁰⁰. Le législateur a souhaité cependant en alléger la « lourdeur » dans certaines situations en précisant qu'en cas d'urgence, les demandes d'entraides sollicitées par les autorités françaises ou étrangères peuvent être transmises directement aux autorités judiciaires compétentes de l'Etat requis²⁷⁰¹.

1061. Le législateur prévoit également des conditions à la procédure d'entraide de droit commun. Selon l'article 694-4 du code de procédure pénale, l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire peut être refusée si elle est de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation. On retrouve, ici, les cas de refus classiques prévus par les conventions internationales et européennes précitées, notamment la Convention européenne du 29 avril 1959. Le motif relatif à l'atteinte à l'ordre public peut être avancé, par exemple,

²⁶⁹⁴ Loi, n°99-515, « Loi renforçant l'efficacité de la procédure pénale », 23 juin 1999, *JORF*, n°144, 24 juin 1999, p. 9247.

²⁶⁹⁵ Seulement cinq articles ; Cf J.-C. Saint-Pau, « L'entraide judiciaire internationale et européenne », *Droit pénal*, 2004, n°7, étude 9, n°1.

²⁶⁹⁶ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°399, p. 235.

²⁶⁹⁷ Cf M. Massé, « Actualité française de l'entraide judiciaire internationale », *RSC*, 2001, p. 891, n°9-10.

²⁶⁹⁸ J.-C. Saint-Pau, « L'entraide judiciaire internationale et européenne », *op. cit.*, n°1.

²⁶⁹⁹ O. Beauvallet, « Entraide judiciaire internationale. – Dispositions générales », *JCL procédure pénale*, art. 694 à 694-9, Fasc. 20, n°11.

²⁷⁰⁰ J.-C. Saint-Pau, « L'entraide judiciaire internationale et européenne », *op. cit.*, n°3.

²⁷⁰¹ C. Pr. Pén, art. 694 al. 2.

lorsque les poursuites étrangères sont fondées sur une infraction punie de la peine de mort. L'atteinte aux intérêts fondamentaux peut être avancée lorsque la demande peut conduire à la communication d'informations relevant du « secret défense »²⁷⁰². L'appréciation de ces conditions intervient *a priori* avant la réalisation des actes d'entraide²⁷⁰³.

Contrairement à l'extradition, le droit français ne conditionne donc pas l'exécution d'une demande d'entraide au principe de double-incrimination et à la nationalité étrangère de la personne concernée. La raison d'un tel assouplissement tient au fait que l'entraide n'entraîne pas, en principe, de mesures coercitives. Les actes d'entraide sont surtout des actes nécessaires à la manifestation de la vérité ou à la bonne administration de la justice qui ne nuisent pas, en eux-mêmes, aux personnes qu'ils visent²⁷⁰⁴. L'abandon de ces principes apparaît comme très favorable pour la répression des pratiques corruptrices. S'ils sont toujours un obstacle pour la condamnation d'un auteur non présent sur le territoire de l'Etat requérant, ils ne le sont en revanche plus en ce qui concerne le recueil des preuves nécessaires à l'établissement de l'infraction.

Il existe toutefois deux limites à l'absence de double incrimination.

Le principe de double incrimination redevient d'abord obligatoire lorsque la demande d'entraide porte sur des actes de perquisition et de saisie aux fins de confiscation. Cette condition peut s'expliquer puisqu'il s'agit de mesures « graves » portant atteinte aux droits des personnes et de leurs biens. Elle représente toutefois une limite non négligeable en matière de corruption. Rappelons que la confiscation et la saisie conservatoire représentent des éléments essentiels à une condamnation efficace d'un auteur de corruption²⁷⁰⁵.

L'atteinte à l'ordre public apparaît ensuite comme un motif pouvant pallier à l'absence de double incrimination. Lorsqu'une demande d'entraide portera sur un fait non constitutif d'une infraction en droit pénal français, il sera possible d'invoquer la contrariété à l'ordre public pour refuser la demande. Tel peut être le cas, par exemple, du blasphème ou de l'adultère²⁷⁰⁶. Il ne faudrait donc pas que ce principe permette en réalité de rétablir incidemment une exigence de double-incrimination.

1062. Le régime spécifique propre à l'entraide entre la France et les Etats membres de l'Union Européenne est aux articles 695 à 695-9-49 du code de procédure pénale.

1063. Dans cette mesure, le contrôle politique disparaît entièrement au profit d'une coopération purement judiciaire. Aux termes de l'article 695-1 du code de procédure pénale, les demandes d'entraide sont en principe directement transmises d'autorités judiciaires à autorités judiciaires. Il existe quelques dérogations à ce principe mais purement résiduelles²⁷⁰⁷.

1064. Dans cette procédure allégée, le législateur prévoit plusieurs formes spécifiques d'enquêtes qui permettent de faciliter la coopération policière et judiciaire entre Etats membres. Il peut s'agir, par exemple, de la création d'équipes communes d'enquêtes. Elles se définissent comme un accord entre autorités compétentes pour mener en commun des

²⁷⁰² D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°480, p. 286.

²⁷⁰³ O. Beauvallet, « Entraide judiciaire internationale. – Dispositions générales », *op. cit.*, n°34.

²⁷⁰⁴ D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°479, p. 285.

²⁷⁰⁵ Voir *supra* n°579 et s.

²⁷⁰⁶ M. Massé, « L'entraide judiciaire internationale version française-suite », *op. cit.*

²⁷⁰⁷ O. Beauvallet, « Entraide judiciaire internationale.- Dispositions propres à l'entraide entre la France et les autres Etats membres de l'Union européenne », *JCL Procédure pénale*, art. 695 à 695-9-53, Fasc. 20, n°18.

investigations relatives à des infractions pénales affectant leurs pays respectifs²⁷⁰⁸. L'ensemble des actes et des preuves ainsi recueillies seront valables dans les procédures des pays parties. On est face à une mesure reposant sur la reconnaissance mutuelle et la confiance réciproque²⁷⁰⁹. Ces équipes peuvent s'avérer très utiles en matière de corruption étant donné le degré de preuves qu'il est nécessaire de recueillir dans un temps imparti extrêmement court. Ces équipes se caractérisent par une « disparition » des intermédiaires à l'entraide, notamment politiques, pour parvenir à un travail commun sur l'ensemble des territoires des Etats membres concernés.

1065. De manière moins « fusionnelle », les Etats membres peuvent également décider de coordonner leurs enquêtes au travers de l'unité Eurojust. Selon l'article 695-5 du code de procédure pénale, Eurojust agit ici comme intermédiaire à l'échange des informations policières, notamment en matière de corruption.

1066. Le législateur a aussi intégré, par la transposition d'autres décisions-cadre, des procédures simplifiées pour l'entraide entre la France et les Etats membres de l'UE. Les procédures agissent dans deux domaines spécifiques : l'émission et l'exécution de décisions relatives au gel des biens ou d'éléments de preuves et l'échange simplifié d'information entre services.

1067. Ces procédures simplifiées apparaissent particulièrement utiles pour une répression plus efficace des pratiques de corruption. Le gel est déterminant pour la répression des pratiques internationales de corruption en ce qu'il permet de « sécuriser » les produits de la corruption en attendant leur saisie et leur confiscation ultérieure. Cette mesure s'avère en outre être particulièrement dissuasive pour les auteurs²⁷¹⁰. L'échange simplifié entre services paraît également déterminant lorsqu'aucune « équipe commune d'enquête » n'a été créée pour la poursuite d'agissements corruptifs. Selon les dispositions des articles 695-9-31 à 695-9-49 du code de procédure pénale, des services d'enquête de différents Etats Membres peuvent directement échanger entre eux des informations relatives à la prévention des infractions et au recueil des preuves nécessaires à la poursuite ou la recherche des auteurs

1068. La loi du 6 décembre 2013²⁷¹¹ a en outre ajouté une procédure de coopération directe entre les bureaux de recouvrement des avoirs (BRA) transposant ainsi la décision-cadre du 6 décembre 2007 relative à la coopération entre les BRA²⁷¹². Elle a, pour ce faire, créé les articles 695-9-50 à 695-53 du code de procédure pénale.

Cette procédure revêt un intérêt direct certain pour la répression des pratiques corruptrices. Le BRA français n'est autre que l'AGRASC qui joue un rôle déterminant pour l'effectivité de la confiscation de tous les produits de la corruption²⁷¹³.

Aux termes de l'article 695-9-50 du code de procédure pénale « *les services désignés comme bureau de recouvrement des avoirs français peuvent [...] aux fins de dépistage et d'identification des biens meubles ou immeubles susceptibles de faire l'objet d'un gel, d'une saisie ou d'une confiscation ordonnés par une autorité judiciaire compétente ou de servir au recouvrement d'une telle confiscation, échanger avec les autorités étrangères compétentes des*

²⁷⁰⁸ J.-C. Saint-Pau, « L'entraide judiciaire internationale et européenne », *op. cit.*, n°28.

²⁷⁰⁹ S. Vuelta Simon, « Dernières nouvelles des équipes communes d'enquête : entre partage et souveraineté », *RSC*, 2007, p. 267.

²⁷¹⁰ Voir *infra* n°1205 et s.

²⁷¹¹ Loi, n°2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *op. cit.*, art. 26.

²⁷¹² Décision-cadre, n°2006/783/JAI, « Décision-cadre du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation », 6 octobre 2006, *JOCE*, n° L 32, 24 novembre, pp. 0059 – 0078.

²⁷¹³ Voir *supra* n°618.

informations qui sont à leur disposition, soit qu'ils les détiennent, soit qu'ils peuvent les obtenir [...] sans qu'il soit nécessaire de prendre ou de solliciter une réquisition ou toute autre mesure coercitive ». Les dispositions sont ici analogues au régime applicable à l'échange d'information entre services d'enquête à la seule différence que ce sont les BRA qui sont amenés à communiquer directement entre eux.

1069. Le législateur français a donc mis en place deux procédures complètes et détaillées relative aux mesures d'entraide judiciaire « non-extraditionnelle ». Conformément à ses engagements internationaux et européens, la France a transposé en droit interne la grande majorité des dispositions supranationales précitées. Comme soulevé, le Vietnam n'ayant aucun accord avec la France, c'est le régime général que les autorités françaises vont appliquer lorsqu'elles sont saisies d'une demande. Le contrôle politique préalable subsiste mais les conditions de l'entraide se trouvent nettement assouplies par rapport au régime de l'extradition. La France et le Vietnam ont donc plus de chances de pouvoir coopérer en matière policière et judiciaire pour la répression des infractions de corruption. Il est nécessaire, toutefois, de s'intéresser au droit vietnamien de l'entraide pour déterminer le degré de coopération que les deux pays peuvent s'accorder à ce jour en la matière.

2. Le droit vietnamien de l'entraide judiciaire.

1070. Le législateur vietnamien s'est lui aussi attaché à créer un régime unilatéral relatif à l'entraide judiciaire « non-extraditionnelle ». Il est réparti entre le code de procédure pénale et la loi sur l'entraide judiciaire de 2007²⁷¹⁴. A l'origine, seuls les articles 340 et 341 du code de procédure pénale permettaient de réglementer les procédures relatives aux demandes et exécutions des actes d'entraide. Le dispositif était très succinct et ne garantissait pas la mise en œuvre d'une véritable coopération interétatique en matière pénale. C'est la raison pour laquelle le législateur vietnamien a pris le parti d'adopter une loi spécifique à l'entraide judiciaire en 2007.

1071. Comme en matière d'extradition, l'entraide judiciaire vietnamienne repose sur le respect des principes d'indépendance, d'égalité, de profit mutuel et sur le principe de réciprocité. Le législateur, une fois de plus, ne soumet donc pas l'exécution d'une demande de coopération judiciaire à l'existence préalable de conventions ou de traités. Toutefois, lorsque le pays et l'Etat concerné ne sont pas liés par un accord, le principe de réciprocité vient à s'appliquer. C'est le cas dans les rapports de coopération entre la France et le Vietnam.

1072. Les dispositions spécifiques à l'entraide judiciaire en matière pénale ont été intégrées au Chapitre III de la loi sur l'entraide judiciaire. Le régime vietnamien de l'entraide figure donc aux articles 17 à 31 de la loi.

La loi détermine à ce titre, le champ d'application de l'entraide judiciaire. Les dispositions sont moins détaillées qu'en droit français mais les mêmes catégories d'actes se retrouvent. Le Vietnam peut demander ou fournir, au titre de l'entraide judiciaire internationale, tous les actes d'enquêtes et de poursuite nécessaires à la répression d'une infraction transnationale²⁷¹⁵.

1073. Comme pour le droit français, l'entraide judiciaire est soumise à un contrôle politique qui semble, à première vue, allégé par rapport au droit de l'extradition. Le législateur fait toutefois preuve d'originalité à cet égard car il confie le « contrôle politique » au parquet

²⁷¹⁴ Loi, n°08/2007/QH12, « Loi sur l'entraide judiciaire », *op. cit.*

²⁷¹⁵ *Ibid.*, art. 17.

populaire, organe judiciaire. Aux termes des articles 22 et 23 de la loi, le parquet populaire est, non seulement, en charge du contrôle d'une demande émanant des autorités vietnamiennes mais est également compétent pour exécuter une mesure lorsque le Vietnam est requis d'une demande d'entraide. Même après ce contrôle préalable, le Parquet populaire reste « l'interface » de communication entre les autorités nationales et les autorités étrangères de sorte que tout au long de l'exécution de la mesure, les communications passent obligatoirement par lui.

Il peut être tentant de rapprocher cette procédure du régime simplifié de l'entraide en droit français. Toutefois, malgré la fonction judiciaire du parquet populaire, il ne fait aucun doute qu'il exerce un réel contrôle politique sur les demandes. Le parquet populaire suprême revêt un aspect spécifique en droit vietnamien puisqu'en plus d'être un organe judiciaire, il peut être perçu comme un organe de l'Etat. Par conséquent, même allégé, le contrôle politique est bel et bien maintenu en droit vietnamien.

En outre, la procédure reste longue à mettre en œuvre même sans l'intervention de quelconque Ministère. Le parquet joue le rôle de l'interface tout au long de l'exécution de la demande. En d'autres termes, les autorités judiciaires des deux Etats ne sont jamais en relation directe, ce qui a pour effet de ralentir considérablement la mesure.

1074. Ces deux aspects peuvent avoir des conséquences négatives sur l'effectivité de toute entraide judiciaire émanant des autorités françaises pour la poursuite et la répression de pratiques de corruption. Comme énoncé, les preuves de pratiques corruptrices sont difficiles à obtenir. Cela est d'autant plus vrai si elles ont été commises sur le territoire vietnamien où l'extrême liquidité des transactions permet de faire disparaître en un temps record toute trace des produits illégaux. Si l'on ajoute à cette « facilité » de disparition, la lenteur d'une procédure d'entraide, l'auteur a toute latitude pour éliminer toute trace de ses activités et de disparaître dans le même temps.

Le régime de l'entraide prévoit à en outre, des causes de refus ou « d'ajournement » de la procédure.

1075. Les causes de refus figurent à l'article 341 du code de procédure pénale et à l'article 21 de la loi sur l'entraide judiciaire. Selon l'article 341 du code de procédure pénale, une demande peut être refusée dans deux situations : lorsqu'elle n'est pas compatible avec les dispositions des conventions internationales dont le Vietnam et L'Etat requérant sont parties ou lorsqu'elle porte atteinte à la souveraineté, à la sécurité nationale ou aux intérêts essentiels de la Nation.

L'article 21 de la loi sur l'entraide ajoute d'autres conditions. Premièrement, la demande sera refusée si l'auteur a déjà été condamné définitivement pour les faits à l'origine de la demande, a fait l'objet d'un « acquittement » ou d'une amnistie. On retrouve classiquement, ici, le principe de *non bis in idem*. Deuxièmement, la demande pourra être refusée en cas de prescription. Enfin, la demande pourra être refusée si les faits à l'origine de la demande ne constitue pas une infraction au regard de la loi pénale vietnamienne.

1076. Une demande d'entraide judiciaire relative à des pratiques de corruption ne peut pas *ipso facto* être refusée. Le Vietnam et la France sont tous deux parties à la Convention de Mérida qui fait obligation de considérer toutes les infractions de corruption comme des infractions « extraditionnelles » et sur la base desquelles, une demande d'entraide doit pouvoir être acceptée en principe. Conformément aux dispositions de l'article 341 du CPPVn,

le Vietnam doit considérer la corruption comme une infraction de droit commun susceptible d'une mesure d'entraide.

1077. Les limites relatives au maintien de la double incrimination peuvent toutefois en diminuer considérablement la portée. Le maintien d'un tel principe dans le cadre de la simple entraide est très regrettable en matière de corruption. Le Vietnam n'ayant incriminé que les deux formes « traditionnelles » de corruption, il pourra refuser toute demande émanant de la France sur la base d'infractions de corruption transnationale ou privée. Ces dispositions peuvent donc conduire à empêcher les autorités françaises de recueillir les preuves nécessaires à la condamnation d'un auteur de corruption qui aurait, en tout ou partie, agi sur le territoire vietnamien. Fort heureusement, l'article 21 de la loi considère la double incrimination comme une simple cause facultative de refus. Etant donné que la France ne l'exige pas dans le droit commun de l'entraide judiciaire, l'abandon de cette exigence de la part des autorités vietnamiennes est donc envisageable en vertu du principe de réciprocité. Cela ne jouera pas, cependant, pour les actes de perquisition et de saisie conservatoire qui, nous le rappelons, sont soumis au principe de double incrimination en droit français.

1078. Les causes « d'ajournement » sont prévues à l'article 21§2 de la loi sur l'entraide judiciaire. Selon les dispositions de cet article, la procédure peut être retardée si elle fait obstruction à des mesures d'enquête, de poursuite ou de jugement sur le territoire vietnamien. Cette possibilité de retardement se retrouve également en droit français.

* *
*
*
*

1079. L'internationalisation des pratiques de corruption a conduit à l'internationalisation de leur lutte. Le phénomène a été élevé au rang de fléau mondial²⁷¹⁶ qui méprise les valeurs les plus fondamentales d'une société, se présente comme « l'envers des droits de l'Homme » et de la démocratie²⁷¹⁷. Face à ce danger transfrontière, les Etats ont longtemps été impuissants à cause d'une « discontinuité »²⁷¹⁸ des normes nationales qui faisait obstacle à toute action de répression concertée. La communauté internationale a donc pris le pas de réagir à cette inertie étatique par l'adoption d'instruments supranationaux proposant une base commune de réflexion pour une lutte véritablement internationale de la corruption. La corruption est devenue une infraction transnationale.

1080. Les instruments supranationaux sont aujourd'hui nombreux mais ils ont tous les mêmes objectifs.

Ils ont d'abord pour vocation de parvenir à une « harmonisation » des législations nationales relatives aux délits de corruption. La corruption étant une infraction transnationale et non directement internationale, il est nécessaire de parvenir à un fort rapprochement des législations de sorte que le délinquant ne puisse plus « *jouer avec les frontières et échapper à toute sanction* »²⁷¹⁹.

²⁷¹⁶ Cf notamment, C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires*, Lextenso, 3^{ème} édition, 2012, n°460, p. 310 ; B. Fillon-Dufouleur, « La lutte contre la corruption dans le commerce international. – La Convention OCDE du 21 novembre 1997 et le projet de loi français de transposition », *op. cit.*, n°1 ; W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *JCP G*, 2002, n°39, I, 166.

²⁷¹⁷ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*

²⁷¹⁸ J. Tricot, « La corruption internationale », *op. cit.*

²⁷¹⁹ V. Malabat, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal. – Rapport de synthèse », *op. cit.*, n°6.

Ils ont ensuite pour vocation de faire de la coopération internationale une mesure efficace et dissuasive. L'objectif est que les Etats coopèrent pour permettre une répression mondiale et efficace de toutes les activités de corruption. La coopération internationale est la forme la plus traditionnelle et la plus connue de l'internationalisation de la répression²⁷²⁰. Elle consiste à la création de règles internationales pour l'organisation des formes de cette entraide et se matérialise essentiellement en deux procédures : l'extradition et l'entraide judiciaire²⁷²¹.

En acceptant ces dispositions internationales, les Etats tentent donc de se faire confiance. Ils acceptent de livrer une personne recherchée par l'Etat requérant, conduisent des investigations à la demande ou en partenariat avec l'Etat requérant ou, encore, décident de s'accorder une confiance suffisante en facilitant la reconnaissance des décisions juridictionnelles étrangères et en acceptant de les exécuter sur le territoire national²⁷²².

1081. Ce système, s'il est parfaitement mis en œuvre, apparaît comme très dissuasif pour les auteurs de corruption. L'objectif majeur est, en effet, qu'ils ne puissent échapper à leur sanction quel que soit l'endroit dans le monde où ils se trouvent. Mais pour être pleinement efficace, il implique toutefois un long processus d'intégration étatique.

En choisissant l'harmonisation, la communauté internationale, a fait le choix d'accepter les discontinuités législatives²⁷²³ qui peuvent être défavorables à la répression. Les obligations relatives à l'incrimination de nouvelles formes de corruption ou à la mise en place d'une coopération internationale « la plus large possible » sont de sources conventionnelles. Elles nécessitent donc une certaine volonté étatique de s'engager dans un processus d'internationalisation de la lutte contre les pratiques corruptrices. En raison de cette « lenteur » et des inconvénients liés au processus conventionnel, certains auteurs envisagent des solutions plus « efficaces » à la l'internationalisation de la lutte contre la corruption.

1082. Certains se placent en faveur d'une unification des normes nationales plutôt qu'une simple harmonisation²⁷²⁴. D'autres auteurs prônent l'assimilation plutôt qu'une simple coopération²⁷²⁵. L'assimilation consiste à étendre le champ d'application du droit interne en assimilant les intérêts nationaux des intérêts internationaux. A titre d'exemple, la corruption des fonctionnaires étrangers peut être assimilée à celle de fonctionnaires nationaux. Par ce processus, l'auteur devient directement responsable devant les tribunaux nationaux sans qu'aucun mécanisme de coopération ou de ratification d'instruments internationaux ne soit nécessaire. L'assimilation est parfois pratiquée par les juridictions françaises notamment en matière de blanchiment des produits de la corruption²⁷²⁶. Elle a aussi pour effet de conduire à l'établissement d'une compétence universelle par les Etats qui peut être perçue comme une bonne alternative à l'extradition²⁷²⁷ dont la procédure est lourde et politique.

1083. Mais la solution qui serait peut-être la plus efficace pour éviter les inconvénients de la coopération basée sur la volonté étatique repose bien sûr sur l'internationalisation totale des délits de corruption. L'achèvement du processus d'internationalisation de la lutte contre la corruption pourrait conduire à reconnaître les pratiques corruptrices comme des crimes internationaux relevant de la compétence de la CPI.

²⁷²⁰ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*

²⁷²¹ M.-C. Bassiouni, « Considérations de politique criminelle sur la coopération inter-étatique », *op. cit.*, p. 823.

²⁷²² V. Malabat, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal. – Rapport de synthèse », *op. cit.*, n°11 et s.

²⁷²³ J. Tricot, « La corruption internationale », *op. cit.*

²⁷²⁴ *Ibid.*

²⁷²⁵ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *op. cit.*

²⁷²⁶ Voir *supra* n°267 et *infra* n°1185.

²⁷²⁷ M. Massé, « Actualité de la compétence universelle », *op. cit.*, n°5.

1084. Quelle que soit l'hypothèse adoptée, l'internationalisation de la lutte contre les pratiques corruptrices détient un fort pouvoir dissuasif sur leurs auteurs. Ils n'ont plus la possibilité de se cacher aussi aisément qu'autrefois derrière les frontières d'un pays plus tolérant pour échapper à la répression. Comme l'énonce très justement Monsieur Philippe Montigny, « *les mailles du filet se resserrent* »²⁷²⁸ pour les auteurs de corruption.

1085. Pour dissuader les auteurs de corruption, il était donc nécessaire, avant tout, d'intensifier la lutte contre les pratiques corruptrices au niveau international. Mais il ne s'agit pas des seules mesures dissuasives que l'on rencontre. D'autres mesures qui s'attaquent aux produits et non plus directement aux pratiques, peuvent s'avérer particulièrement dissuasives. Rappelons en ce sens que la corruption entretient des liens très étroits avec le blanchiment. Les produits de la corruption sont très souvent dissimulés et blanchis pour pouvoir être utilisés en toute impunité. Par conséquent, l'intensification de la lutte contre le blanchiment est dissuasive pour les auteurs de corruption car elle a pour objet et pour effet d'anéantir la totalité de leurs bénéfices. En outre, les mesures particulièrement sévères prises pour la répression du blanchiment ont pour conséquence d'augmenter substantiellement le risque pénal des auteurs de pratiques corruptrices.

²⁷²⁸ P. Montigny, *L'entreprise face à la corruption internationale*, op. cit., p. 117.

CHAPITRE 2 : L'INTENSIFICATION DE LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT COMME MESURE DISSUASIVE DE LA CORRUPTION

1086. Cette étude a démontré que les phénomènes de corruption et de blanchiment nourrissent des liens très étroits. D'abord, comme toute infraction « financière », la corruption génère des profits illicites pour son auteur. Il va donc avoir recours au blanchiment pour « effacer la coloration pénale »²⁷²⁹ de ses revenus. Mais à la différence d'autres infractions génératrices de revenus, le « profit » est l'un des éléments constitutifs de l'infraction. En d'autres termes, une lutte intensive contre le blanchiment va, en réalité, mettre un terme à l'essence même de la corruption. Ensuite, Il est démontré que la corruption et le blanchiment utilisent les mêmes « circuits » pour la dissimulation des pratiques²⁷³⁰. Plus loin encore, par la technique du « *forum shopping* », les blanchisseurs ont toute latitude pour choisir la juridiction la plus adéquate pour leurs activités. Ils seront ainsi tentés de choisir des Etats dans lesquels il sera plus facile « d'acheter certaines amitiés utiles » à leurs pratiques²⁷³¹.

1087. Par conséquent, l'intensification de la lutte contre le blanchiment va, en réalité, produire un effet dissuasif direct sur les auteurs de corruption qui ne disposeront plus de la même facilité de jouir de leurs produits en toute impunité.

1088. Une étude du GAFI révèle à ce titre qu'une application rigoureuse de ses recommandations visant à prévenir le plus efficacement possible le blanchiment, produit un effet direct sur l'intensité des pratiques corruptrices sur le territoire de l'Etat concerné²⁷³². Cette corrélation s'explique par le fait que ces mesures visent, en pratique, à rétablir l'intégrité dans le secteur public, à protéger le secteur privé contre certains abus ou encore à accroître la transparence du secteur financier. En d'autres termes, les techniques de prévention contre le blanchiment sont analogues à celles utilisées pour la prévention de la corruption. Comme pour cette dernière, c'est la notion d'éthique qui est opposée à celle de blanchiment²⁷³³. La prévention des activités de blanchiment, en s'attaquant aux canaux privilégiés des auteurs de corruption, revêt donc un aspect dissuasif certain (section 1).

1089. En outre, il apparaît également que la répression du blanchiment est aussi dissuasive de la corruption. En France, l'auteur d'une corruption peut être cumulativement condamné pour blanchiment du produit de son méfait. Ce simple postulat a déjà pour effet d'augmenter le risque pénal sur la personne de l'auteur, ce qui peut déjà avoir un effet dissuasif. Mais, plus qu'un simple palliatif à la condamnation de la corruption, la répression du blanchiment peut en réalité s'avérer très sévère. Si les peines d'emprisonnement et d'amende ne sont pas plus élevées, les mesures visant au gel et à la confiscation sont particulièrement dissuasives. L'auteur du blanchiment s'expose, par exemple, à une mesure de confiscation générale de la totalité de ses biens. L'affaire des « *biens mal acquis* » nous démontre en outre qu'il n'est pas rare qu'une activité de corruption puisse être condamnée sous les chefs de blanchiment. Par conséquent, les mesures anti-blanchiment se posent ici en mesures extrêmement dissuasives de la corruption (section 2).

²⁷²⁹ G. Beaussonie, « L'utilité d'une incrimination générale de blanchiment », in G. Duteil et M. Segonds, *La corruption, Aspects actuels et de droit comparé, éres*, coll. Nouvelles études pénales, 2014, n°25, p. 47.

²⁷³⁰ Voir *supra* n°238 et s.

²⁷³¹ Voir *supra* n°418 et s.

²⁷³² GAFI/FATF, « Corruption. A reference guide and information note on the use of the FATF recommendations to support the fight against corruption », Rapport, *FATF/OECD*, 2012.

²⁷³³ H. Matsopoulou, « L'éthique et le droit pénal », in R. Ottenhof, *Le champ pénal*, Mélanges, *Dalloz*, 2006, p. 336.

SECTION 1 : LA PREVENTION DES ACTIVITES DE BLANCHIMENT

1090. Le régime de prévention des activités de blanchiment répond à des standards internationaux qui ont été, en particulier, établis par le GAFI et ses quarante recommandations. L'objectif de l'organisme est clair : pour lutter efficacement contre le blanchiment, il faut rétablir la transparence dans les canaux privilégiés des blanchisseurs. De manière conceptuelle, l'objectif dans la prévention contre le blanchiment est donc le même que celui appliqué pour la prévention des pratiques de corruption.

1091. Toutefois, en substance, les mesures de transparence pour la prévention des activités de blanchiment se sont traduites par la mise en place d'obligations novatrices à l'égard de certains « professionnels ». Mais loin de s'éloigner de la prévention des pratiques corruptrices, ces obligations ont eu pour effet de la renforcer à l'égard de certains professionnels spécifiques qui n'étaient pas directement visées par les mesures préventives énumérées précédemment.

1092. Certains professionnels « assujettis » aux obligations préventives en matière de blanchiment sont souvent confrontés à des pratiques corruptrices parce que leurs produits « *transitent naturellement par eux* »²⁷³⁴. D'autres assujettis se retrouvent souvent confrontés à la corruption en tant qu'auteurs ou « foyers de réception ». La corruption n'est pas rare dans certains secteurs, comme les jeux d'argent, les paris sportifs²⁷³⁵ ou, plus généralement, le domaine du sport.

1093. Or ces professionnels se voient assortis de nouvelles obligations de transparence. Elles se concrétisent par la mise en place d'obligations de vigilance visant à identifier précisément leurs clients et la nature de leurs opérations. Cette vigilance doit conduire le professionnel à détecter les opérations suspectes qui pourraient relever du blanchiment, notamment de pratiques de corruption.

1094. En d'autres termes, la prévention du blanchiment se traduit par une identification précise des opérateurs à risque (§1) qui seront ensuite assujettis à un certain nombre d'obligations préventives et déclaratives (§2).

§1 – L'IDENTIFICATION DES OPERATEURS A RISQUE

1095. Pour que le parquet puisse déclencher des poursuites en matière de blanchiment, en particulier du produit de la corruption, cela suppose qu'il ait connaissance des infractions commises. Pour ce faire, la solution trouvée a été d'associer les professionnels confrontés à des situations douteuses à la lutte contre le blanchiment²⁷³⁶. Mais pour les associer, il faut d'abord les identifier.

La première étape de prévention consiste donc à identifier les opérateurs « à risque », c'est-à-dire les personnes physiques ou morales particulièrement exposées au risque de blanchiment.

²⁷³⁴ B. Henry, « Le secteur financier : un partenaire important dans la lutte contre la corruption », in G. Duteil et M. Segonds, *La corruption, aspects actuels et de droit comparé*, op. cit., p. 101.

²⁷³⁵ Voir en ce sens, N. Pons, « Corruptions, internet et paris sportifs : la trilogie de tous les dangers », in *Ibid.*, p. 77.

²⁷³⁶ C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *Droit et Patrimoine*, 2006, n°149, p. 76.

1096. Pour ce faire, les organismes internationaux spécialisés ont adopté des dispositions pour aider les Etats dans ce processus. La Convention des Nations Unies contre la corruption contient à ce titre des dispositions relatives à l'obligation d'identifier et de contrôler les « entités particulièrement exposées au risque de blanchiment ». Il s'agit, en priorité, de toutes les personnes physiques ou morales « qui fournissent des services formels ou informels de transmission de fonds ou de valeurs »²⁷³⁷. Comme évoqué en première partie de cette étude²⁷³⁸, le blanchiment consiste majoritairement en l'intégration de produits issus d'une infraction principale dans les circuits financiers légaux. Il est donc naturel que les professions financières soient les plus exposées au risque de blanchiment. Les établissements bancaires et financiers se trouvent, en outre, « en première ligne » en matière de corruption car l'argent qui en provient « transite naturellement par eux »²⁷³⁹. En d'autres termes, les produits de la corruption seront à la fois dissimulés et blanchis par le biais des circuits financiers. La Convention de Mérida vise donc prioritairement « [...] à mobiliser l'aide des institutions financières [...] pour empêcher l'introduction de fonds d'origine criminelle dans le système financier, détecter les opérations qui pourraient être d'origine criminelle et faciliter le dépistage des fonds faisant l'objet de ces opérations »²⁷⁴⁰. Responsabiliser prioritairement les établissements bancaires et financiers est également au cœur des préoccupations du GAFI qui confère une place centrale à l'identification des « assujettis » dans ses recommandations²⁷⁴¹.

Pour toutes ces raisons, les professions financières doivent être considérées comme les opérateurs primaires du système de prévention du blanchiment (A).

1097. Ce ne sont pas, toutefois, les seules professions exposées au risque de blanchiment, notamment du produit de pratiques corruptrices. D'autres secteurs se sont révélés comme particulièrement sensibles au phénomène de corruption et au blanchiment de ses produits. Il s'agit, par exemple, des professions relatives au domaine du sport. D'autres professions peuvent également se retrouver confrontées à des pratiques corruptrices, comme les professions intervenant dans les entreprises privées et qui sont susceptibles de faire la lumière sur des abus de biens sociaux parfois révélateurs d'agissements corruptifs. Il appartient donc aux Etats d'identifier, en dehors des professions financières, d'autres opérateurs à risque (B).

A - Les opérateurs primaires : les professions financières

1098. En droit français comme en droit vietnamien, le législateur a adopté des dispositions visant à identifier précisément les professions financières exposées au risque de blanchiment. La liste de ces professionnels figure, en France, à l'article L561-2 du code monétaire et financier (CMF). Il est le résultat d'une profonde évolution initiée par l'adoption, en droit européen, de la 3^{ème} directive anti-blanchiment. En droit vietnamien, la liste des assujettis financiers figure aujourd'hui à l'article 4 de la loi sur la prévention du blanchiment adoptée en

²⁷³⁷ Convention des Nations Unies contre la Corruption, *op. cit.*, art. 14§1 a) : Chaque Etat partie « Institue un régime interne complet de réglementation et de contrôle des banques et institutions financières non bancaires, y compris des personnes physiques ou morales qui fournissent des services formels ou informels de transmission de fonds ou de valeurs ainsi que, s'il y a lieu, des autres entités particulièrement exposées au blanchiment d'argent, dans les limites de sa compétence, afin de décourager et de détecter toutes formes de blanchiment d'argent. Ce régime met l'accent sur les exigences en matière d'identification des clients et, s'il y a lieu, des ayants droit économiques, d'enregistrement des opérations et de déclaration des opérations suspectes ».

²⁷³⁸ Voir *supra* n°225 et s. et n°402 et s.

²⁷³⁹ B. Henri, « Le secteur financier : un partenaire important dans la lutte contre la corruption », in G. Duteil et M. Segonds, *La corruption, aspects actuels et de droit comparé*, *op. cit.*, p. 101.

²⁷⁴⁰ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §129, p. 47.

²⁷⁴¹ GAFI, « Les recommandations du GAFI », *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, GAFI, février 2012.

2012. Une fois de plus, cet article est le résultat d'une profonde modification du droit vietnamien de prévention des activités de blanchiment.

1099. En droit français, le système préventif contre le blanchiment de capitaux a été profondément modifié par la transposition de la directive du 25 octobre 2005 dite « 3^{ème} directive anti-blanchiment »²⁷⁴². Ce texte fait suite à deux autres textes européens. Le premier est la directive du 10 juin 1991²⁷⁴³ qui avait pour objet d'harmoniser les moyens de prévention²⁷⁴⁴. Le deuxième est la directive du 4 décembre 2001²⁷⁴⁵ portant modification de la directive de 1991. Le texte prévoyait un double élargissement : des personnes assujetties au système de prévention et des activités illicites produisant « *l'argent objet de l'opération de blanchiment* »²⁷⁴⁶. La troisième directive de 2005 s'inscrit donc dans ce contexte. Pour clarifier et simplifier le dispositif européen anti-blanchiment, elle a abrogé les deux directives précitées. Il n'a pas pour autant élargi la liste des personnes assujetties aux obligations préventives. La France a transposé la 3^{ème} directive par l'ordonnance du 30 janvier 2009²⁷⁴⁷. Mais comme depuis la transposition de la directive de 2001, le législateur a pris le parti d'aller au-delà des exigences communautaires²⁷⁴⁸, le droit français va bien au-delà des prescriptions de la 3^{ème} directive pour l'identification des professions financières assujetties.

Depuis 2009, la liste des professionnels assujettis aux obligations préventives est établie aux articles L561-1 et L561-2 du CMF. L'article L561-2 du CMF établit, à proprement parlé, une liste des professionnels assujettis à un régime préventif spécifique. L'article L561-1 du CMF, quant à lui, établit une « obligation commune de déclaration ».

1100. Les professions financières sont concernées par le régime spécial et, par conséquent, précisément listées à l'article L561-2 du CMF. L'article vise en priorité, tous les établissements émanant du secteur bancaire, y compris la Banque de France, les établissements de paiements²⁷⁴⁹ ou, encore, les établissements de crédit²⁷⁵⁰. A ces trois catégories, la loi du 28 janvier 2013 a ajouté les établissements de monnaie électronique²⁷⁵¹.

Toutes les professions intervenant directement dans la « sphère » financière ont donc été identifiées par le législateur qui a tenté d'établir une liste « *la plus large possible* »²⁷⁵². Le fait de les assujettir aux obligations préventives en matière de blanchiment n'a rien d'étonnant lorsque l'on s'intéresse au processus de ce phénomène. Comme soulevé, le blanchiment se nourrit beaucoup des circuits financiers pour faire disparaître l'origine délictueuse ou criminelle des fonds injectés. S'il s'agit d'une mesure classique dans la prévention du

²⁷⁴² Directive du Parlement européen et du Conseil, n°2005/60/CE, « Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », 26 octobre 2005, *JOCE*, n° L 309, 25 novembre 2005, p. 0015-0036.

²⁷⁴³ Directive, n°91/308/CEE, « Directive du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier à des fins de blanchiment de capitaux », 10 juin 1991, *JOCE*, L166, 28 juin 1991, p. 77.

²⁷⁴⁴ C. Mascala, « Le blanchiment. Les évolutions en matière de blanchiment », *Lamy droit des affaires*, 2011, n°63.

²⁷⁴⁵ Directive, n°2001/97/CE, « Directive du Parlement et du Conseil modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux », 4 décembre 2001, *JOCE*, L344, 28 décembre 2001, p. 76.

²⁷⁴⁶ C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », *op. cit.*, n°2.

²⁷⁴⁷ Ord., n°2009-104, « Ordonnance relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme », 30 janvier 2009, *JORF*, n°026, 31 janvier 2009, p.1819.

²⁷⁴⁸ F. Meynot et P. Mousseron, « Blanchiment de capitaux : nouvelles suspicions économiques », *JCP E*, 2001, n°49, p. 16.

²⁷⁴⁹ CMF, art. L522-1 : « Les établissements de paiement sont des personnes morales, autres que les établissements de crédit, les établissements de monnaie électronique et les personnes mentionnées au II de l'article L. 521-1, qui fournissent à titre de profession habituelle les services de paiement mentionnés à l'article L. 314-1. ».

²⁷⁵⁰ Pour plus de détails sur la liste complète de tous les organismes entrant dans ces trois catégories d'établissements, cf M. Beaussier et H. Quintard, *Blanchiment de capitaux et financement du Terrorisme, Analyse et mise en œuvre pratique de la troisième directive européenne*, ed. *RB*, 2010, p. 32-38.

²⁷⁵¹ Loi, n° 2013-100, « Loi portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière », 28 janvier 2013, *JORF*, 29 janvier 2013, p. 1721.

²⁷⁵² C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *JCL Pénal des Affaires*, V° Blanchiment, Fasc. 10, 24 juillet 2010, n°31, p. 11.

blanchiment, elle est plus originale en matière de corruption. Comme énoncé, la prévention de la corruption s'est beaucoup attachée à rétablir de la transparence et de l'intégrité directement dans les institutions, publiques ou privées, susceptibles d'en devenir l'auteur. Mais il existe peu de mesures qui s'attaquent directement au produit de ces pratiques. Les mesures préventives du blanchiment s'avèrent donc ici utiles et complémentaires.

1101. En sus de ces professions « directement » financières, sont également concernés les intermédiaires à des opérations de banque (IOB) qui, sans exercer directement des opérations de banque, « mettent en rapport les parties intéressées à la conclusion d'une opération de banque »²⁷⁵³. Une fois de plus, si ces professionnels sont exposés au risque de blanchiment en « général », ils sont également exposés au risque de corruption et au blanchiment de ses produits. Il n'est pas rare que les auteurs de corruption fassent appel aux intermédiaires, soit pour le versement ou la réception des avantages, soit pour l'intégration des produits dans les circuits financiers.

1102. En droit vietnamien, la liste des professionnels assujettis figure aujourd'hui à l'article 4 de la loi de 2012 relative à la prévention du blanchiment²⁷⁵⁴. Avant cette date, le système préventif vietnamien était réglé par un seul décret, le décret n° 74/2005/ND-CP relatif à la prévention et la lutte contre le blanchiment d'argent²⁷⁵⁵, dit « décret 74 ». Mais le système mis en place par le décret était si confus et inapplicable que cela avait valu au Vietnam d'être intégré à la liste noire du GAFI relative aux pays non coopératifs²⁷⁵⁶. Le décret d'application de la loi de 2012, adopté en 2013²⁷⁵⁷, a abrogé le « décret 74 ».

1103. Sous l'empire du « décret 74 », les personnes assujetties au dispositif préventif de blanchiment étaient toutes les personnes « conduisant des transactions monétaires ou de biens ou fournissaient des services relatifs à de telles transactions sur le territoire du Vietnam »²⁷⁵⁸. Seules étaient concernées par cette définition, les institutions financières et la définition que le législateur en donnait était pour le moins confuse²⁷⁵⁹. Par la loi de 2012, le législateur s'est donc attaché à clarifier la liste des assujettis primaires soumis au dispositif préventif. Il ne s'agit pas, à proprement parlé, d'un élargissement de la liste mais le travail de clarification opéré a nécessairement conduit à soumettre plus de professionnels aux obligations préventives.

1104. Aujourd'hui, la loi de 2012 ne prévoit plus qu'un seul article relatif à la liste des professionnels assujettis. Le législateur désigne les assujettis primaires sous le terme « d'organismes financiers ». Ils s'entendent de tous les organismes qui exercent une ou plusieurs activités prévues par la loi. Ces activités sont celles relatives à la réception de fonds, à l'octroi de prêts, au leasing financier, aux services de paiement, à l'émission d'instruments de paiements tels que les cartes de débit ou de crédit, aux ordres de transaction ou encore au transfert de monnaie électronique. Sont également considérés comme « organismes

²⁷⁵³ M. Beaussier et H. Quintard, *Blanchiment de capitaux et financement du Terrorisme, Analyse et mise en œuvre pratique de la troisième directive européenne*, op. cit., p. 34.

²⁷⁵⁴ Loi, n°07/2012/QH13, « Loi de prévention du Blanchiment d'argent », *Hanoi*, 18 juin 2012.

²⁷⁵⁵ Décret, n°74/2005/ND-CP, « Décret relatif à la prévention et la lutte contre le blanchiment d'argent », *Hanoi*, 7 juin 2005.

²⁷⁵⁶ Voir *supra* n°287.

²⁷⁵⁷ Decree, n°116/2013, « Decree detailing a number of articles of the law on prevention and combat of Money laundering », *Hanoi*, 4 octobre 2013.

²⁷⁵⁸ Décret, n°74/2005/ND-CP, op. cit., art. 2.

²⁷⁵⁹ *Ibid.*, art. 3§2 : « Financial institution means any organization dealing in one or more than one of the following activities: acceptance of deposits; lending; financial hire and purchase; transmission of money or value; issuance and management of payment instruments; financial guarantee and commitment; foreign exchange dealings; money market instruments, transferable securities; participation in issuance of securities; management of investment portfolios of individuals and collectives; administration of cash or liquid securities on behalf of other individuals or collectives; investment, management of capital or money on behalf of other individuals or collectives; life insurance and other investment-related insurance; money changing. ».

financiers », les intermédiaires financiers, les changeurs manuels, les activités d'investissement et de gestion de portefeuille monétaire ainsi que les activités d'assurance y compris les assurances vie²⁷⁶⁰.

Le législateur vietnamien a donc indubitablement pris le parti de clarifier et élargir le nombre d'assujettis concernés par le dispositif. Certaines de ces activités mériteraient toutefois une définition plus claire. A titre d'exemple, il aurait été intéressant de savoir ce que le législateur entend précisément par l'activité « octroi de prêts » et la différence qu'il semble y avoir avec les « établissements de crédits ». Une interrogation subsiste également quant aux termes « leasing financier » ou « services de paiements ». La loi ne fait, ici, référence à aucune autre loi qui aurait pu les définir et le « décret 116 » n'apporte pas plus de précision.

1105. Malgré ces quelques incertitudes, la nouvelle loi semble mieux cerner les « opérateurs primaires ». Il est vrai qu'à l'heure actuelle, les professions financières vietnamiennes peuvent paraître moins directement exposées au blanchiment du produit de pratiques corruptrices que les opérateurs primaires français. Comme évoqué, les revenus procurés par les activités de corruption sont très souvent directement utilisés pour la vie quotidienne des auteurs ou l'achat de biens onéreux en espèces²⁷⁶¹. Les établissements financiers ne jouent *a priori* qu'un rôle très secondaire en la matière. Mais ils ne sont toutefois pas à négliger. D'une part, le développement de l'économie conduit de plus en plus de vietnamiens à se tourner vers les circuits financiers. C'est un secteur qui tend à se développer très rapidement au Vietnam malgré quelques réticences. D'autre part, même lorsque l'argent est réinjecté directement dans la vie quotidienne, il n'est pas rare que les établissements viennent en appui, soit pour le dépôt d'espèces le temps de l'achat de biens, soit en tant que « caution » pour certaines transactions. Leur rôle dans le blanchiment des produits de la corruption ne doit pas être ignoré.

1106. Les deux législations ont donc prioritairement identifié les professions financières dans le cadre de leurs systèmes préventifs contre le blanchiment. Cela n'a rien de surprenant à cet égard étant donné l'essence même du blanchiment. Mais cette identification nourrit aussi la lutte contre la corruption puisque le phénomène utilise majoritairement les circuits financiers.

Si les professions financières doivent être considérées comme les opérateurs les plus exposés au risque de blanchiment et de corruption, ce ne sont pas pour autant les seuls. L'imagination des délinquants financiers est sans limite et ils portent également leur « dévolu » sur d'autres secteurs qui peuvent paraître attractifs ou prometteurs. Certains secteurs sont susceptibles de recevoir des produits de la corruption tandis que d'autres peuvent être le théâtre de pratiques corruptrices.

B – Les autres opérateurs à risque.

1107. Le droit international relatif à la prévention des activités de blanchiment ne restreint pas la liste des assujettis aux seules professions financières. Depuis le commencement des travaux internationaux en la matière, d'autres professions ont été identifiées comme présentant également un risque de blanchiment. La Convention des Nations Unies contre la corruption, exprime clairement cette position. Bien qu'elle concentre son attention en priorité sur les organismes financiers, elle ne manque pas de souligner que d'autres entités peuvent être également exposées à de tels risques. De ce fait, l'article 14 de la Convention enjoint aux

²⁷⁶⁰ Loi, n°07/2012/QH13, « Loi de prévention du Blanchiment d'argent », *op. cit.*, art. 4§3.

²⁷⁶¹ Voir *supra* n°375.

Etats parties d'instituer un régime complet de réglementation et de contrôle dans toutes les « autres entités particulièrement exposées au blanchiment d'argent »²⁷⁶². La Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du 16 mai 2005 prévoit aussi que doit être soumise aux obligations préventive, « toute personne morale ou physique qui exerce des activités pouvant se prêter tout particulièrement au blanchiment »²⁷⁶³. Le GAFI établit enfin une liste des professions non financières devant être soumises aux obligations préventives dans sa recommandation n°22²⁷⁶⁴.

En droit français, l'ordonnance du 30 janvier 2009 portant création de l'article L561-2 du CMF liste de nombreuses activités non financières parmi les assujettis relevant de la procédure spécifique. Trois secteurs concernés par ces dispositions intéressent particulièrement la lutte contre les pratiques de corruption.

1108. L'article L561-2 du CMF vise d'abord le secteur de l'immobilier. Sont essentiellement visées les activités relatives à la vente immobilière. De ce fait, sont désormais exclues du champ de l'assujettissement, les activités relatives à l'échange, la location ou la sous-location de biens immobiliers²⁷⁶⁵. Ces activités ne sont pas pour autant libérées de toute obligation préventives puisqu'elle entre dans le champ de l'obligation commune de déclaration prévue à l'article L561-1 du CMF.

L'identification de ce secteur est essentielle pour la lutte contre les pratiques corruptrices. Les produits de la corruption sont souvent investis dans le secteur de l'immobilier qui permet de les dissimuler aisément et de se procurer des revenus en revendant les immeubles ou en les mettant à bail. L'affaire des « biens mal acquis » démontre d'ailleurs l'intérêt que les auteurs de corruption confèrent au secteur immobilier²⁷⁶⁶.

1109. L'article vise ensuite le secteur des jeux de hasard. Il représente en effet un secteur très prisé des blanchisseurs mais aussi des auteurs de corruption. La forte liquidité des transactions et la facilité par laquelle il est possible de justifier de gains au travers de ce secteur le rend très attractif²⁷⁶⁷. Outre les jeux de hasard, paris hippiques et casinos, la loi du 12 mai 2010²⁷⁶⁸ a ajouté les jeux d'argent et de hasard en ligne. Ils représentent une part de plus en plus importante du secteur des jeux et la virtualité qu'ils proposent n'en est que plus attractive pour les blanchisseurs.

Le lien entre la corruption et les paris, notamment sportifs, n'est pas nouveau. Ce lien a pu être illustré pendant longtemps par « les films américains de notre jeunesse dans lequel le courageux boxeur répugnait à se « coucher » au troisième round et mettait de ce fait sa vie en danger »²⁷⁶⁹. Mais si ces pratiques restaient autrefois « limitées » à une compétition, un lieu ou un groupe déterminé, l'avènement d'internet et des paris en ligne les a déployées avec une rapidité « incommensurable »²⁷⁷⁰. Le risque de corruption et de blanchiment s'est fortement

²⁷⁶² Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 14§1 a).

²⁷⁶³ Conseil de l'Europe, Convention relative au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, *STE*, n°198, 16 mai 2005 (dite Convention de Varsovie), art. 13§2.

²⁷⁶⁴ GAFI, « Les recommandations du GAFI », *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, *op. cit.*, R22.

²⁷⁶⁵ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *op. cit.*, n°80, p. 22.

²⁷⁶⁶ Voir *infra* n°1197 et s.

²⁷⁶⁷ Cf APG/FATF, « Vulnerabilities of casinos and gaming sectors », *APF/FATF*, 2009, pp. 1-79, spé.p. 7.

²⁷⁶⁸ Loi, n° 2010-476, « Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne », 12 mai 2010, *JORF*, n° 0110, 13 mai 2010, p.8881.

²⁷⁶⁹ N. Pons, « Corruptions, internet et paris sportifs : la trilogie de tous les dangers », in G. Duteil et M. Segonds, *La corruption, Aspects actuels et de droit comparé*, *op. cit.*, p. 77.

²⁷⁷⁰ *Ibid.*

développé notamment avec l'avènement d'une variété extrême des paris et autres jeux en ligne. Le législateur tente d'ailleurs de rationaliser leurs typologies. Il s'est notamment opposé à l'établissement des machines à sous en ligne étant donné le risque qu'elles suscitent en matière de blanchiment²⁷⁷¹.

1110. L'article vise en outre un secteur émergent dans le cadre de la lutte contre la corruption et le blanchiment : le domaine du sport. Le législateur français a intégré les agents sportifs à la liste des assujettis par la loi du 9 juin 2010²⁷⁷². Cet ajout paraît essentiel à la lutte contre les pratiques de corruption et au blanchiment de leurs produits.

Les organisations internationales spécialisées dans la lutte contre le blanchiment, en particulier le GAFI, ont récemment reconnu que le domaine du sport était de plus en plus exposé au risque de blanchiment²⁷⁷³. Cela n'a rien d'étonnant étant donné les gains que peut générer ce secteur, notamment les paris sportifs. Leur forte liquidité est très attractive pour les blanchisseurs. Mais le monde du sport est aussi particulièrement exposé au risque de corruption. Comme soulevé, il court pour certaines personnes à l'honnêteté douteuse, voire des blanchisseurs, de vouloir « truquer » les rencontres sportives pour être sûres de remporter les gains convoités. Pour ce faire, les personnes vont acheter les joueurs ou leurs agents pour qu'ils influent sur la rencontre à venir. Nous pouvons reprendre l'exemple du boxeur qui devra se « coucher » volontairement au bout d'un temps déterminé. Dans le secteur du football, très touché par le phénomène de corruption²⁷⁷⁴, il n'est pas rare qu'il soit demandé à un joueur de « lever le pied » pour assurer la défaite de son équipe lors d'un match.

Mais en matière sportive, les risques de corruption sont nombreux et recouvrent beaucoup de situations au-delà de simple fait de vouloir « truquer » les matchs. Des « *dessous de table* » peuvent être versés pour la détermination d'un lieu de compétition ou à l'occasion d'un transfert de joueurs²⁷⁷⁵. Toutes ces décisions sont particulièrement exposées au risque de corruption étant donné les enjeux financiers qu'elles représentent. Dans le domaine du football, par exemple, des soupçons de corruption avaient été révélés lors de l'attribution des mondiaux 2018 et 2022 respectivement en Russie et au Qatar²⁷⁷⁶. Plus récemment, un scandale lié à des malversations financières, notamment des activités de corruption, a éclaté au sein du club de Nîmes²⁷⁷⁷. Le président du club OM a lui aussi été placé en garde à vue pour une affaire de transfert de joueurs.

Pour nombre de ces malversations, notamment en matière de transfert, les agents sportifs jouent un rôle déterminant. Ils sont au cœur du système de corruption et/ou de blanchiment. En France, les « *dérives de la profession d'agent sportif* » ont été constatées dans le cadre des transferts et de la rémunération des sportifs²⁷⁷⁸. Dans son rapport de 2003, le SCPC relevait déjà ces dérives en détaillant les techniques utilisées par les clubs et les agents pour blanchir ou noircir de l'argent dans le but de les réutiliser de manière illégale²⁷⁷⁹.

²⁷⁷¹ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *op. cit.*, n° 82, p.22.

²⁷⁷² Loi, n°2010-626, « Loi encadrant la profession d'agent sportif », 9 juin 2010, *JORF*, n°0132, 10 juin 2010, p. 10611.

²⁷⁷³ GAFI/FATF, « Money Laundering through the Football Sector », *FATF Report*, juillet 2009, pp.1-42.

²⁷⁷⁴ Les paris sur certaines rencontres peuvent atteindre plusieurs millions de dollars en seulement quelques minutes ; Cf N. Pons, « Corruptions, internet et paris sportifs : la trilogie de tous les dangers », in G. Duteil et M. Segonds, *La corruption, Aspects actuels et de droit comparé, op. cit.*, p. 77.

²⁷⁷⁵ D. Bodin et G. Sempé, *Ethique et sport, Conseil de l'Europe*, 2011, p. 101.

²⁷⁷⁶ R. Dupré, « la FIFA blanchit le Qatar des accusations de corruption », *Le Monde*, 13 novembre 2014.

²⁷⁷⁷ B. Desprez, « Corruption dans le foot : le témoignage édifiant de joueurs et dirigeants », *Le Figaro*, 20 novembre 2014.

²⁷⁷⁸ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *op. cit.*, n° 94, p. 23.

²⁷⁷⁹ SCPC, *Rapport d'activité pour l'année 2003*, SCPC, 2003, chapitre IV, p. 73-91.

Soumettre les agents sportifs aux obligations préventives en matière de blanchiment paraît donc indispensable, non seulement pour la lutte contre le blanchiment en général, mais aussi pour réduire les risques de corruption qui existent dans le domaine du sport. Il semblerait toutefois utile de soumettre plus de parties prenantes au secteur du sport à ces mesures étant donné la diversité des risques de corruption et de blanchiment qui existe.

1111. Il est enfin intéressant de souligner l'intégration des experts comptables et des commissaires aux comptes dans la liste des assujettis²⁷⁸⁰. Comme soulevé, il n'est pas rare que les entreprises soient le théâtre de nombreuses activités de corruption et de blanchiment du produit de ces activités : soit parce qu'elles ont été créées dans ce but, comme les sociétés-écrans, soit parce qu'elles sont utilisées à cette fin. Intégrer les professionnels comptables des entreprises dans la liste des assujettis est donc une reconnaissance, de la part du législateur français, du fait que les entreprises sont un lieu favorisé des délinquants financiers. Les commissaires aux comptes ont notamment le devoir d'identifier l'entité ou le bénéficiaire effectif à l'égard des opérations émises par l'entreprise dont ils ont la charge²⁷⁸¹. Soumettre ces professionnels aux obligations préventives les astreint donc à plus de vigilance sur les activités et les comptes de l'entreprise. Cela peut aussi permettre de faire la lumière sur un certain nombre d'abus, comme des détournements de fonds, pouvant parfois être révélateurs d'une corruption.

1112. En droit vietnamien, la liste des assujettis de deuxième catégorie, exerçant une profession non financière, est fournie par l'article 4§4 de la loi de 2012 relative à la prévention du blanchiment. On retrouve également trois principaux secteurs.

1113. La loi vise le secteur des jeux de hasard. Elle désigne les « jeux avec prix » ainsi que les casinos. Les paris sportifs et autres loteries en ligne ne semblent pas encore concernés par le dispositif. La raison tient au fait qu'en principe ces activités sont interdites sur le territoire vietnamien. Elles sont même pénalement sanctionnées puisque le code pénal incrimine le fait, pour toute personne de nationalité vietnamienne, de jouer ou d'organiser des « jeux d'argent »²⁷⁸². Seuls quelques casinos ont obtenu l'autorisation de s'installer sur le territoire vietnamien mais à destination des seuls étrangers.

Il ressort cependant de la pratique que les vietnamiens jouent aux jeux de hasard malgré l'interdiction. La plupart d'entre eux parient sur les résultats des matchs de football, ce qui suscite d'ailleurs une forte tentation chez certains de les « truquer » pour s'assurer de remporter les gains. Cette activité est, en outre, contrôlée par la mafia qui prête à des taux usurier aux malchanceux qui ont tout perdu au jeu.

Interdire purement et simplement les paris, en particulier les paris sportifs, laisse une place importante aux paris clandestins et à toutes les dérives qu'ils suscitent. La solution adoptée en droit vietnamien paraît donc humainement et économiquement désastreuse. L'autorisation de telles activités permettrait au gouvernement de les contrôler et au législateur de les intégrer dans la liste des assujettis pour y rétablir de la « transparence »

1114. Le législateur assujettit aussi le secteur de l'immobilier. Il désigne toutes les personnes qui font « commerce dans les service de management immobilier », du courtage immobilier ou, encore, de la vente immobilière. Les dispositions vietnamiennes semblent ici plus larges que les dispositions françaises. Les activités relatives à la location et à la sous-location

²⁷⁸⁰ CMF, art. L561-2 12°.

²⁷⁸¹ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *op. cit.*, n° 85, p. 23.

²⁷⁸² C. Pén. Vn., art. 248 et 249.

semblent être comprises dans le terme « management immobilier ». Les intermédiaires sont également concernés au travers du terme « courtage immobilier ». La raison d'un tel élargissement du droit vietnamien vis-à-vis du droit français tient en l'explosion du marché immobilier au Vietnam due au développement économique. Rappelons que l'achat d'un bien immobilier peut encore se faire en espèce sur le territoire, tout comme la location. Le secteur de l'immobilier représente un fabuleux moyen direct de blanchiment. D'ailleurs ce secteur est très prisé des « corrompus » avec celui des biens de luxe, tels que les voitures²⁷⁸³.

1115. La loi désigne, enfin, le secteur des objets de grande valeur. le législateur identifie, ici, la vente de métal précieux et de pierres précieuses. Ce secteur n'est pas ignoré du droit français qui l'assujettit également aux obligations préventives. Toutefois, le risque de blanchiment des produits de la corruption n'y est pas majoritaire. Ce n'est pas le cas en droit vietnamien. Le secteur des objets de grande valeur est extrêmement sensible au risque de blanchiment des produits de la corruption. La raison tient au fait que les auteurs de corruption, comme beaucoup d'autres ressortissants vietnamiens, vont souvent « transformer » leurs revenus issus de pratiques corruptrices en lingots d'or afin de les « épargner » et de se procurer des bénéfices en les revendant plus tard. L'or occupe une place essentielle dans l'économie vietnamienne. Sous l'empire du « décret 74 », le marché de l'or était même considéré comme une activité « bancaire »²⁷⁸⁴. La raison tient au fait que les vietnamiens ne font aucunement confiance au système bancaire « moderne », lui préférant encore les moyens plus traditionnels comme l'achat et la revente de lingots d'or ou autre métaux et pierres précieuses. A ce titre, cette activité est particulièrement exposée au risque de blanchiment.

1116. En intégrant à la liste des assujettis certains professionnels « non financiers » exposés au risque de blanchiment, les législateurs français et vietnamiens ont été amené à se tourner vers des secteurs particulièrement exposés au risque de corruption et de blanchiment de ses produits. En dehors du fait que ce constat démontre encore la forte corrélation qui existe entre corruption et blanchiment, un tel assujettissement ne peut être que favorable à la lutte contre la corruption et représente un aspect dissuasif certain. En soumettant ces professionnels aux obligations préventives de blanchiment, ils seront dans l'obligation d'être beaucoup plus vigilants concernant les fonds et autres biens qui « transitent » par eux.

1117. Malgré certaines insuffisances, il ne fait aucun doute que la France et le Vietnam ont entendu mettre en place un régime préventif associant « *les professionnels confrontés à des situations douteuses* »²⁷⁸⁵. Mais l'identification des « opérateurs à risque » n'est que la première étape du système préventif de blanchiment. Les opérateurs sont, en effet, soumis à un certain nombre d'obligations préventives et déclaratives qui dénotent par leur « originalité » et produisent un effet dissuasif certain.

§2 – LES OBLIGATIONS PREVENTIVES

1118. Une fois que les Etats ont procédé à l'identification des opérateurs à risque en matière de blanchiment, ils doivent les soumettre à des obligations préventives. L'objectif est double. Il s'agit, en premier lieu, de prévenir les activités de blanchiment en dissuadant les auteurs qui ne peuvent plus dissimuler aussi aisément leurs actes. Il s'agit, en second lieu, de détecter le

²⁷⁸³ Hanoi concentre paradoxalement un taux très élevé de véhicules de la marque de luxe, « Roll Royce », par habitant. Il serait équivalent voir supérieur à celui de Monaco. Certains « hauts fonctionnaires » hanoïens en possèdent pas moins de quatre.

²⁷⁸⁴ Décret, n°74/2005/ND-CP, *op. cit.*, art. 6§1.

²⁷⁸⁵ C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *op. cit.*, p. 76.

plus tôt possible les opérations pouvant relever du blanchiment. Ce deuxième objectif permet, non seulement, de détecter et poursuivre les activités de blanchiment mais également de faire la lumière sur les infractions principales qui en sont à l'origine, en particulier les pratiques corruptrices.

1119. La première obligation essentielle pour la lutte contre la corruption et la délinquance financière, est de bien connaître son client. Cette obligation « *s'insère dans un contexte sécuritaire et s'accompagne, parallèlement, d'une obligation de transparence* »²⁷⁸⁶ de la part des professionnels assujettis. En droit international, cette mesure se retrouve dans le principe « *Know your customer* » (KYC) qui se concrétise, en droit national, par l'obligation de vigilance (A).

1120. Si le principe est correctement appliqué par les professionnels, ils sont en mesure de détecter toutes les opérations « suspectes » inhabituelles par rapport au profil financier de leurs clients. Lorsqu'ils se retrouvent face à une telle opération, les assujettis se trouvent dans l'obligation de la signaler à une autorité bien déterminée selon une procédure spécifique. C'est ce que l'on appelle, la déclaration de soupçon (B).

A – L'obligation de vigilance : concrétisation du principe « Know your customer ».

1121. Le principe anglo-saxon « *Know your customer* » (KYC) est largement véhiculé par les instruments internationaux. La Convention de Mérida souligne, dans son article 14, l'importance d'identifier les clients ainsi que les bénéficiaires effectifs de toutes les opérations. Au sens de cet article, les assujettis, notamment les organismes financiers, doivent identifier les détenteurs de comptes bancaires ainsi que les bénéficiaires des opérations²⁷⁸⁷. Le principe KYC figure également parmi les recommandations du GAFI. La recommandation n°10 prévoit l'interdiction, pour les institutions, d'ouvrir ou de tenir des comptes anonymes et de procéder à l'identification ainsi qu'à la vérification de l'identité de leurs clients²⁷⁸⁸.

1122. Le principe s'est traduit en droit français par la mise en place d'une obligation de vigilance à la charge des professionnels assujettis. Cette obligation est relative à l'identification des clients et de leurs opérations à risque. Elle a été instaurée pour permettre aux assujettis de détecter plus rapidement les anomalies qui devront faire l'objet d'investigations et déboucher, le cas échéant, sur une déclaration de soupçon²⁷⁸⁹. En droit vietnamien, le principe KYC trouve également application bien que sa concrétisation dans la législation nationale soit quelque peu différente.

1123. L'obligation de vigilance française : l'approche par les risques²⁷⁹⁰. La vigilance s'inscrit, en droit français, dans un contexte de contrôle et de conformité. Ils sont devenus les « *maîtres mots* »²⁷⁹¹ pour lutter contre la corruption et la délinquance financière.

²⁷⁸⁶ B. Henri, « Le secteur financier : un partenaire important dans la lutte contre la corruption », in G. Duteil et M. Segonds, *La corruption, aspects actuels et de droit comparé*, op. cit., p. 102-103.

²⁷⁸⁷ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », op. cit., §144, p. 51.

²⁷⁸⁸ GAFI, « Les recommandations du GAFI », *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, op. cit., R10 (ancienne R5).

²⁷⁸⁹ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », op. cit., n°99, p. 25.

²⁷⁹⁰ Pour une analyse plus poussée sur l'obligation de vigilance française et l'approche différencielle par les risques, cfP.-H. Gout, « La pénalisation des activités financières illicites », Thèse, *Université Toulouse I – Capitole*, 2011, n°265 et s., p. 227 et s.

²⁷⁹¹ B. Henri, « Le secteur financier : un partenaire important dans la lutte contre la corruption », in G. Duteil et M. Segonds, *La corruption, aspects actuels et de droit comparé*, op. cit., p. 102-103.

1124. Il ne s'agit pas, en soi, d'une innovation issue de la troisième directive anti-blanchiment. La vigilance résultait déjà de la transposition des directives de 1991 et de 2001. Cependant, ces textes reposaient sur une approche réglementaire prévoyant l'application d'une vigilance uniforme quel que soit le type de clientèle ou la nature de l'opération²⁷⁹². L'innovation de la 3^{ème} directive, reprise par le législateur français en l'état, repose sur une nouvelle approche différentielle du risque²⁷⁹³. Elle souligne la volonté de la directive de « *lutter contre les opérations occultes qui cachent souvent des pratiques de blanchiment* »²⁷⁹⁴.

1125. Elle se traduit de deux manières : le principe d'interdiction faite aux établissements de crédit et autres établissements financiers, de tenir des comptes anonymes²⁷⁹⁵ et l'adaptation des obligations de vigilance en fonction du niveau de risque du client. En d'autres termes, les obligations peuvent être modulées à la hausse ou à la baisse en fonction des risques du blanchiment ou du financement du terrorisme que présentent le client²⁷⁹⁶.

1126. L'article L561-5 du CMF issu de l'ordonnance du 30 janvier 2009²⁷⁹⁷ demande aux professionnels d'identifier leurs clients ou, le cas échéant, le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires²⁷⁹⁸ pour pouvoir détecter les opérations suspectes. L'identification doit se faire au moment de l'entrée en « relation d'affaires ». A défaut, le professionnel ne doit pas s'inscrire dans une telle relation ou doit y mettre fin²⁷⁹⁹.

1127. Aux termes de l'article L561-2-1, la relation d'affaires s'entend d'une situation dans laquelle une « *personne mentionnée à l'article L. 561-2 engage une relation professionnelle ou commerciale qui est censée, au moment où le contact est établi, s'inscrire dans une certaine durée. La relation d'affaires peut être prévue par un contrat selon lequel plusieurs opérations successives seront réalisées entre les cocontractants ou qui crée à ceux-ci des obligations continues. Une relation d'affaires est également nouée lorsqu'en l'absence d'un tel contrat un client bénéficie de manière régulière de l'intervention d'une personne [assujettie] pour la réalisation de plusieurs opérations ou d'une opération présentant un caractère continu ou, [...] pour l'exécution d'une mission légale* ».

La relation d'affaires s'inscrit donc dans une certaine durée, soit par le biais d'opérations successives, soit parce que le client et l'assujetti se sont mutuellement créés des obligations continues. Elle est préalable à l'opération envisagée. Elle est préparatoire et peut consister, par exemple, à la mise à disposition des moyens de paiement pour une banque²⁸⁰⁰.

Le fait de cerner correctement la « relation d'affaires » est essentielle pour l'assujetti puisque c'est sur la base des renseignements fournis par le client qu'il établira la nature de cette relation et évaluera le niveau de risque qu'il représente²⁸⁰¹. Le droit français établit à ce titre trois « niveaux » de vigilance : standard, allégée et renforcée.

²⁷⁹² E. Gastbled, « Etat du dispositif juridique préventif de lutte contre le blanchiment au lendemain de l'adoption de la 3^e directive européenne », *Rev. Banque et droit*, 2006, n°105, p. 7.

²⁷⁹³ C. Mascala, « Le blanchiment. Les évolutions en matière de blanchiment », *op. cit.*

²⁷⁹⁴ C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *op. cit.*, p. 79 ; C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », *op. cit.*, n°12.

²⁷⁹⁵ C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *Ibid.*

²⁷⁹⁶ G. Notté, « Transposition de la 3^{ème} directive anti-blanchiment. – Ord. n°2009-104, 30 janvier 2009 », *JCP E*, 2009, n°6, act. 61.

²⁷⁹⁷ Ord., n°2009-104, « Ordonnance relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme », *op. cit.*

²⁷⁹⁸ A. Belayachi et M. Bureau, *Lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux*, *L'Argus*, 2013, p. 45.

²⁷⁹⁹ G. Notté, « Transposition de la 3^{ème} directive anti-blanchiment. – Ord. n°2009-104, 30 janvier 2009 », *op. cit.*

²⁸⁰⁰ M. Beaussier et H. Quintard, *Blanchiment de capitaux et financement du Terrorisme, Analyse et mise en œuvre pratique de la troisième directive européenne*, *op. cit.*, p. 52.

²⁸⁰¹ CMF, art. R561-12, modifié par ledécret, n°2009-1087, « Décret relatif aux obligations de vigilance et de déclaration pour la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme », 2 septembre

L'obligation de vigilance « standard » est prévue à l'article L561-5 du CMF. L'assujetti se doit d'identifier son client avant l'entrée en relation d'affaires et, le cas échéant, celle du bénéficiaire effectif de la relation. Mais la vigilance ne se limite pas à l'entrée en relation. Le recueil d'informations relatives au client doit être maintenu pendant toute la durée du « contrat ». La vigilance standard correspond ici aux diligences « normales » relatives à l'identification du client. Le principe repose sur le fait que le professionnel doit être en mesure de bien connaître son client dès le début de leur relation et de tenir à jour les informations recueillies afin de pouvoir détecter toute opération qui serait anormale en fonction du profil de son client.

1128. Ce qui est intéressant pour la répression des pratiques corruptrices est que la loi fait obligation aux professionnels d'identifier également le bénéficiaire effectif des opérations lorsqu'il apparaît que le client n'agit pas pour son compte. La pratique du prête-nom est, comme énoncé, très utilisée par les auteurs de corruption et les blanchisseurs²⁸⁰².

Le bénéficiaire effectif se définit, au sens de l'article 3 de la directive, comme « *la ou les personnes physiques qui, en dernier lieu, possède(nt) ou contrôle(nt) le client et/ou la personne physique pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée* »²⁸⁰³. Le législateur français a repris cette définition et l'a insérée à l'article L561-2-2 du CMF.

Le législateur souligne ici que les opérations et montages juridiques sont toujours organisés au profit de personnes physiques. L'important est donc de « *retrouver l'homme au cœur des montages* »²⁸⁰⁴. Pour ce faire, le CMF donne quelques indications pour déterminer le client dissimulé derrière la personne morale. Dans le cadre des sociétés, il s'agit de la ou les personnes physiques qui, soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25% du capital ou des droits de vote de la société, soit, exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur les organes de gestion, d'administration ou de direction de la société ou sur l'assemblée générale des associés²⁸⁰⁵.

Si cette intention est louable car elle a pour objectif « *de démasquer le véritable maître de la transaction, celui qui a besoin de blanchir anonymement de l'argent illicite* »²⁸⁰⁶, elle se heurte néanmoins à des difficultés insurmontables. L'identification du bénéficiaire effectif peut être facilement paralysée. C'est notamment le cas lorsque le blanchiment se réalise dans le cadre d'un réseau de criminalité organisée. Dans ce contexte, l'utilisation de prête-noms est monnaie courante et il ne faut pas compter sur leurs aveux puisque leur rémunération est « *la contrepartie du risque pénal encouru* »²⁸⁰⁷. Mais la paralysie du système peut également se faire en dehors de tout réseau de criminalité organisée. Tel pourra être le cas lorsque le client agit pour le bénéficiaire effectif dans le cadre d'un contrat de représentation comme le mandat, le contrat de commission ou la déclaration de command qui peuvent permettre de dissimuler entièrement et définitivement l'identité du véritable bénéficiaire²⁸⁰⁸. Une telle

2009, *JORF*, n°0204, 4 septembre 2009, p. 14660 et le décret, n°2012-1125, « Décret relatif aux obligations de vigilance et de déclaration pour la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », 3 octobre 2012, *JORF*, n° 0232, 5 octobre 2012, p. 15580.

²⁸⁰² Voir *supra*, en particulier, n°260, 429 et 468.

²⁸⁰³ Cf. L. Chatain, « Blanchiment de capitaux. – A la recherche du bénéficiaire effectif », *JCP E*, 2006, n°9, 1328, n°3.

²⁸⁰⁴ *Ibid.*

²⁸⁰⁵ CMF, art. R561-1 ; C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *op. cit.*, n°112, p. 28 ; A. Belayachi et M. Bureau, *Lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux*, *op. cit.*, p. 47-48.

²⁸⁰⁶ Cf. C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », *op. cit.*, n°16 et C. Mascala, « Le blanchiment. Les évolutions en matière de blanchiment », *op. cit.*

²⁸⁰⁷ *Ibid.*

²⁸⁰⁸ *Ibid.* et C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *op. cit.*, p. 80-81.

identification peut également s'avérer difficile dans le cadre des sociétés, par les techniques d'aménagement de la propriété des titres que le droit français offre²⁸⁰⁹.

1129. Les assujettis sont également parfois dans l'obligation d'identifier le « client occasionnel ». L'identification doit intervenir lorsque le professionnel soupçonne que l'opération pourrait participer du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme²⁸¹⁰ et elle est obligatoire lorsque le montant de l'opération ou des opérations liées excède la somme de 15000 euros.

1130. La vigilance allégée ou simplifiée est appliquée à l'égard des clients pour lesquels le risque de blanchiment paraît faible²⁸¹¹. Elle figure à l'article L561-9 du CMF. Lorsque le client ou les opérations présentent intrinsèquement une faible exposition au risque de blanchiment²⁸¹², l'article permet de « réduire l'intensité des mesures » et de ne procéder à l'identification seulement en cours de réalisation de la relation d'affaires²⁸¹³. L'article prévoit même, dans certaines situations limitativement énumérées, une exonération totale de l'obligation de vigilance lorsqu'il n'existe aucun soupçon²⁸¹⁴.

1131. La vigilance renforcée intervient lorsque le risque de blanchiment paraît élevé. L'article 13 de l'ordonnance fournit une liste non exhaustive de situations qui doivent conduire à une plus grande attention car intrinsèquement porteuses de risque²⁸¹⁵. Tel est le cas, par exemple, lorsque le client n'est pas physiquement présent aux fins d'identification, dans le cadre de « relations transfrontalières » avec des établissements situés en dehors du « périmètre requis » ou encore à l'égard des « personnes politiquement exposées ». Le législateur a repris ces dispositions pour mettre en place des mesures de vigilance dite complémentaire et des mesures de vigilance renforcée. Cet aspect de la vigilance est le plus favorable à la lutte contre la corruption puisque les « situations » visées sont également très exposées au risque de corruption.

1132. L'article L561-10 du CMF énumère les situations pour lesquelles une vigilance complémentaire s'impose. Le risque est soit inhérent au client, soit à l'opération.

1133. Des mesures complémentaires doivent, en particulier, être mises en œuvre à l'égard des « personnes politiquement exposées » (PPE). Elles sont définies à l'article R561-18 du CMF comme « toute personne en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins d'un an et pouvant être considérée comme exerçant un mandat politique ». Ces personnes font l'objet d'une attention spécifique car elles représentent « un risque de corruption plus élevé en raison de leurs fonctions »²⁸¹⁶. L'accent mis sur les PPE favorise donc directement la répression des pratiques de corruption.

L'article retient une conception relativement large de la notion de PPE. Il concerne un grand nombre de personnes ainsi que leur famille directe et toutes les « personnes étroitement liées ».

²⁸⁰⁹ Cf. L. Chatain, « Blanchiment de capitaux. – A la recherche du bénéficiaire effectif op. cit., n°20 et s.

²⁸¹⁰ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », op. cit., n°117, p. 29.

²⁸¹¹ C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », op. cit., n°13.

²⁸¹² « Prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme », JCP E, 2010, n°13, 1314.

²⁸¹³ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », op. cit., n°129, p. 31 ; C. Mascala, « Le blanchiment. Les évolutions du blanchiment », op. cit.

²⁸¹⁴ CMF, art. L561-9 II.

²⁸¹⁵ J. Lasserre Capdeville, « L'évolution des obligations du banquier », op. cit.

²⁸¹⁶ GAFI, « Les recommandations du GAFI 2012 – informations pour les médias », GAFI, site officiel, 16 février 2012, p. 2.

En revanche, seules les PPE étrangères sont concernées par le dispositif. La disposition ne concerne pas les nationaux²⁸¹⁷. Pour les PPE « domestiques », il n'y a donc pas *a priori* d'obligation absolue d'adopter des mesures de vigilance complémentaire à leur égard. Nous sommes cependant dans le cadre d'une approche « par les risques ». L'assujetti pourra donc, en fonction de l'intensité du risque que représente la PPE française, adopter une vigilance plus accrue²⁸¹⁸. Mais la distinction légale entre la nationalité des PPE n'apparaît pas optimale pour l'efficacité de la prévention et la répression de toutes les activités de corruption et de blanchiment de leurs produits.

1134. Des mesures de vigilance complémentaires doivent également être mises en œuvre à l'égard de certaines opérations. Tout produit ou opération favorisant l'anonymat est concerné par cette mesure²⁸¹⁹. La vigilance complémentaire doit aussi être adoptée lorsque « l'opération est une opération pour compte propre ou pour compte de tiers effectuée avec des personnes physiques ou morales, y compris leurs filiales ou établissements, domiciliés, enregistrés ou établis dans un Etat ou un territoire figurant sur les listes publiées par le Groupe d'action financière parmi ceux dont la législation ou les pratiques font obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme »²⁸²⁰. Une fois de plus, les paradis fiscaux et, plus largement, tous les pays ou territoires considérés comme « non coopératifs » se retrouvent dans la « ligne de mire » du législateur pour la répression de la délinquance économique et financière.

1135. Pour procéder à la vigilance complémentaire, l'assujetti peut demander que certains documents lui soient fournis comme des pièces justificatives supplémentaires ou la certification de la copie de certains documents. Il peut également demander confirmation de l'identité du client auprès d'un autre organisme financier²⁸²¹. Si le client est une PPE ou le devient au cours de la relation, l'assujetti doit adopter des mesures complémentaires spécifiques à son égard. La décision de nouer une relation d'affaire avec un tel client doit notamment être confiée à l'organe exécutif de l'organisme assujetti et des recherches doivent être effectuées pour déterminer l'origine du patrimoine et des fonds impliqués dans la relation d'affaires ou la transaction²⁸²². Ces obligations, bien que très louables, peuvent toutefois se révéler difficiles à accomplir puisqu'elles imposent d'enquêter sur des personnes qui bénéficient souvent d'une protection diplomatique²⁸²³.

1136. L'article L561-10 du CMF prévoit des situations pour lesquelles l'assujetti doit procéder à un examen renforcé. Tel doit être le cas lorsqu'il se trouve en relation avec un correspondant bancaire ou un distributeur financier ne se trouvant pas dans le « périmètre requis », c'est-à-dire installé dans un pays ou un territoire jugé « non coopératif » et présentant un risque élevé de blanchiment. Il s'agit, par exemple, des centres financiers *offshore*.

Lorsque l'assujetti se retrouve à devoir établir des relations avec un organisme bancaire étranger situé dans un territoire particulièrement exposé au risque de blanchiment et listé par le GAFI, il doit, non seulement, appliquer des mesures de vigilance complémentaires à

²⁸¹⁷ Cf. C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », *op. cit.*, n°13.

²⁸¹⁸ M. Beaussier et H. Quintard, *Blanchiment de capitaux et financement du Terrorisme, Analyse et mise en œuvre pratique de la troisième directive européenne*, *op. cit.*, p. 100.

²⁸¹⁹ CMF, art.R561-19.

²⁸²⁰ CMF, art.L561-10 4°.

²⁸²¹ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *op. cit.*, n°138, p. 33.

²⁸²² *Ibid.*, n°140, p. 33.

²⁸²³ C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », *op. cit.*, n°13 ; J. Lasserre Capdeville, « L'évolution des obligations du banquier », *op. cit.*

l'égard de son client mais, également, mettre en œuvre une vigilance renforcée à l'égard de l'établissement bancaire destinataire ou émetteur de l'opération ou la transaction.

Cette mesure peut s'avérer dissuasive pour l'utilisation des paradis fiscaux aux fins de blanchiment et de dissimulation des produits issus de pratiques corruptrices.

1137. L'article L561-10-3 du CMF fait en outre interdiction absolue, à tous les organismes financiers assujettis, d'entretenir des relations bancaires avec des « *shell banks* » (coquilles juridiques bancaires)²⁸²⁴. Une « *shell bank* » se définit comme un établissement constitué dans un pays où il n'a aucune présence physique effective permettant que s'exercent des activités de direction et de gestion²⁸²⁵. Il est, de plus, fait interdiction pour un organisme assujetti d'entretenir des relations interbancaires avec un organisme ayant lui-même des correspondances avec des « *shell banks* »²⁸²⁶.

1138. L'article L561-10-2 du CMF prévoit des conditions alternatives dépourvues de seuil de valorisation pour lesquelles l'assujetti doit conduire un examen forcé. Tel sera le cas lorsque le professionnel se trouve en présence d'une opération complexe ou d'une opération portant sur un montant inhabituellement élevé ou qui lui paraît dépourvue de justification économique ou d'objet licite²⁸²⁷.

1139. L'évolution du droit vietnamien relatif au principe KYC. Le législateur vietnamien a intégré, depuis la création de son dispositif préventif contre le blanchiment de capitaux, des mesures visant à identifier les clients des personnes assujetties. Ce type de mesures existait déjà sous l'empire du « décret 74 » mais il subsistait de très nombreuses lacunes. En 2012, le législateur a donc pris l'initiative de refondre entièrement « l'obligation de vigilance » et a instauré, à l'instar des dispositions européennes et françaises, une approche différentielle par les risques.

Pour ce faire, l'article 12 de la loi organise une classification des clients en fonction de leur exposition au risque de blanchiment. La loi vise toutefois des « conditions préalables » à la mise en œuvre d'une procédure de vigilance.

1140. La première condition est relative à « l'entrée en relation ». Sous l'empire du « décret 74 », ce terme ne concernait que l'ouverture d'un compte bancaire. Cette formulation excluait un grand nombre de professionnels de l'obligation de vigilance. Désormais, l'article 12 de la loi vise également le « déclenchement d'une transaction ». Cette nouvelle disposition a donc quelque peu élargi la notion d'entrée en relation d'affaires en droit vietnamien. Elle est cependant, toujours limitée aux seuls organismes financiers.

1141. La deuxième condition est relative au « client occasionnel ». Le législateur intègre pour la première fois cette notion dans le droit préventif vietnamien. L'assujetti a désormais l'obligation d'identifier le « client inhabituel » lorsqu'il procède à une transaction de grande valeur ou à un transfert électronique pour lequel il ne fournit pas suffisamment d'éléments d'identification.

²⁸²⁴M. Beaussier et H. Quintard, *Blanchiment de capitaux et financement du Terrorisme, Analyse et mise en œuvre pratique de la troisième directive européenne*, op. cit., p. 80.

²⁸²⁵CMF, art.L561-10-3 al. 1er.

²⁸²⁶CMF, art. L561-10-3.

²⁸²⁷Lexis Nexis, « Prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme », op. cit.

1142. La troisième condition concerne les assujettis autres les professionnels de l'immobilier. Ils doivent procéder à l'identification de leurs clients à partir d'un montant seuil de l'opération. Ce montant a été fixé par le « décret 116 »²⁸²⁸. Il est de 60 millions VND²⁸²⁹ pour les casinos et autres organisateurs de loteries et de 300 millions de VND²⁸³⁰ pour les vendeurs de pierres et métaux précieux. En France, ces montants sont en deçà du seuil de suspicion, notamment pour les casinos, mais ils représentent une somme considérable au Vietnam en comparaison du revenu moyen national. Beaucoup d'activités de corruption, par exemple, représentent des montants bien en deçà de ces valeurs seuils. Pour les organismes financiers, le montant « seuil » relatif au dépôt d'espèce a été relevé. Il est passé de 200 millions VND en 2005 à 300 millions VND en 2013. Au-delà de ce montant, l'assujetti devra procéder aux mesures de vérification. Plus que le relèvement du seuil qui peut paraître compréhensible, le problème réside en ce que la loi ne vise pas les « opérations liées ». De ce fait, les clients qui ne souhaitent pas déclencher la procédure de vérification peuvent choisir de fractionner les dépôts.

1143. La loi semble également avoir mis l'accent sur le bénéficiaire effectif de l'opération dans le cadre de sa procédure de vigilance « standard ». Pour autant, le législateur n'apporte au final que peu de précisions dans la loi de 2012. Il a donc fallu attendre le décret 2013 pour avoir une idée plus précise de la teneur des obligations des assujettis à cet égard. Au sens du droit vietnamien, le bénéficiaire effectif s'entend « de tout individu ayant la réelle propriété d'un compte bancaire ou étant le destinataire final d'une transaction : propriétaire du compte ou du compte joint ou toute autre personne donneur d'ordre ou bénéficiaire du compte ou de la transaction ». Cette définition est plus complexe que la définition dégagée par l'article L561-2-2 du CMF français mais la rejoint substantiellement. Les notions de contrôle et de destinataire final se retrouvent. En outre, à l'image de la loi française, le décret définit également le « bénéficiaire effectif de sociétés ». Il s'agit de celui qui détient 10% ou plus du capital de la personne morale ou 20% au moins du capital de l'entité détenant au moins 10% du capital de l'entreprise²⁸³¹.

1144. Le législateur fournit la liste des documents que l'assujetti doit recueillir pour satisfaire à l'obligation de vigilance standard. Les dispositions n'ont pas été substantiellement modifiées sur ce point. L'assujetti doit recueillir toutes les pièces nécessaires à l'identification du client et à la justification de son domicile. Il est prévu des dispositions spécifiques pour les clients de nationalités étrangères ainsi que les sociétés²⁸³². La loi met, en outre, l'accent sur le principe de vigilance constante. Elle oblige les assujettis à actualiser les informations relatives à leurs clients pendant toute la durée de la « relation d'affaires »²⁸³³. Il s'agit là d'une innovation de la loi de 2012 par rapport au « décret 74 ». L'introduction du principe de vigilance constante représente une nette évolution dans l'efficacité du système préventif vietnamien.

A côté de la vigilance standard, des mesures de vigilance allégées et renforcées sont établies par l'article 12 de la loi.

1145. La vigilance alléguée concerne les personnes présentant un faible risque de blanchiment. Dans ce cas, les assujettis peuvent « appliquer les mesures d'identification à un niveau plus

²⁸²⁸ Décret, n°116-2013/ND-CP, *op. cit.*, art.3.

²⁸²⁹ Soit approximativement 2000 euros.

²⁸³⁰ Soit approximativement 10500 euros.

²⁸³¹ Décret, n°116-2013/ND-CP, *op. cit.*, art. 5.

²⁸³² Loi, n°07/2012/QH13, *op. cit.*, art.9.

²⁸³³ *Ibid.*, art. 10.

faible mais doivent s'assurer, au minimum, de la collection des informations prévues »²⁸³⁴. Cette disposition suscite toutefois certaines interrogations.

1146. La vigilance renforcée s'applique aux clients présentant un haut risque de blanchiment. L'article 12 distingue deux situations pour lesquelles la vigilance renforcée doit être appliquée.

Premièrement, l'article vise les clients *de jure* considérés comme exposés au risque de blanchiment en raison de leur qualité ou de la nature de la transaction. Dans ce cas, la loi prévoit directement les mesures supplémentaires que l'assujetti doit effectuer pour satisfaire l'exigence de vigilance renforcée.

Les personnes visées par cette première catégorie sont en priorité les personnes exerçant une influence politique²⁸³⁵. Le Vietnam identifie donc les PPE comme des personnes particulièrement sensibles au risque de corruption. Toutefois, comme en droit français, seules les PPE étrangères sont visées par le dispositif. Dans ce cas, l'assujetti doit procéder à des mesures de vérifications renforcées. Il doit, notamment, vérifier l'origine des biens et revenus de la PPE.

La loi vise, ensuite, les personnes figurant sur la « *warning list* ». Elle est établie par la Banque d'Etat du Vietnam (BEV) et elle inclut toutes les personnes représentant un haut risque de blanchiment sans considération de leurs activités criminelles. Seule la « *warning list* » est concernée par le dispositif de vigilance renforcé. La « *black list* » qui a été créée en parallèle en est exclue. La raison tient en ce que cette dernière référence toutes les personnes soupçonnées de terrorisme. Par conséquent, toute opération ou transaction faisant apparaître le nom d'une personne « black-listée » doit directement faire l'objet d'une déclaration de soupçon auprès de la BEV²⁸³⁶ sans passer par la procédure de vigilance réservée aux risques de blanchiment.

Deuxièmement, l'article vise les opérations *de facto* considérées comme suspectes. L'article 12§4 de la loi confère, ici, un pouvoir d'appréciation aux assujettis pour déterminer si, en dehors des cas prévus par la loi, l'opération peut également être considérée comme présentant de hauts risques de blanchiment. Tel pourra être le cas, par exemple, des transactions complexes ou présentant un large montant inhabituel²⁸³⁷. La loi vise notamment les transactions effectuées au moyen « des nouvelles technologies ». Cette situation correspond, en droit français, au cas de vigilance renforcée lorsque le client n'est pas physiquement présent aux fins d'identification.

Toutes ces situations devant donner lieu à une procédure de vigilance renforcée sont essentielles à la lutte contre la corruption sur le territoire vietnamien. Comme le soulèvent certains professionnels de la lutte contre la délinquance économique, la majeure partie du blanchiment effectué au Vietnam concerne des fonds issus de pratiques corruptrices²⁸³⁸. Identifier les situations à plus haut risque de blanchiment pour les soumettre à des mesures de vigilance renforcée produit donc un effet direct sur la lutte contre les pratiques corruptrices en droit vietnamien.

²⁸³⁴ *Ibid.*, art. 12§2.

²⁸³⁵ *Ibid.*, art. 13.

²⁸³⁶ *Ibid.*, art. 30.

²⁸³⁷ *Ibid.*, art. 16.

²⁸³⁸ N. Tuong Dung, UNODC Hanoi field program officer, entretien du 9 avril 2012.

1147. A côté de cette vigilance « verticale » de l'assujetti envers son client, la loi introduit un principe de vigilance « horizontale » dans les relations interbancaires. Il s'agit d'une innovation par rapport au dispositif de l'ancien « décret 74 ». Selon l'article 14 de la loi, lorsqu'un organisme bancaire national établit une « relation d'affaires » avec l'un de ses homologues étrangers, il doit s'assurer que cet organisme respecte certaines conditions. Il doit, d'abord, déterminer la nature exacte de leur relation. Il doit, ensuite, s'assurer de la réputation de l'établissement co-contractant. La relation ne peut définitivement s'établir qu'après accord de la direction de l'établissement. La loi fait aussi interdiction aux assujettis de nouer des relations avec une « shell bank ». A l'image du dispositif français, la loi de 2012 fait interdiction absolue d'établir ou de maintenir des relations d'affaires avec des banques établies dans un pays où elles n'ont aucune présence physique²⁸³⁹. En revanche, la loi n'interdit pas d'entretenir des relations interbancaires avec des établissements entretenant des relations avec ces fameuses « shell banks ».

1148. Enfin la loi fait interdiction aux organismes financiers assujettis d'ouvrir et de maintenir des comptes anonymes. C'est une autre innovation du nouveau dispositif puisque le « décret 74 » ne contenait aucune mention à cet égard.

1149. Les systèmes nationaux semblent donc avoir largement intégré le concept KYC dans leurs législations internes respectives. En droit français, l'obligation de vigilance a fortement évolué par la transposition de la 3^{ème} directive anti-blanchiment. Depuis 2009, la France a adopté une approche différentielle du risque qui oblige les assujettis à pratiquer une vigilance stricte et constante à l'égard des clients et leurs opérations. Le juge, en cas de litige devra vérifier que la banque, ou tout autre assujetti, s'est correctement acquittée de son obligation. Pour ce faire, la Cour de Cassation considère que le juge devra porter une appréciation au cas par cas quant à la teneur et à l'intensité du risque²⁸⁴⁰. Il ne sera pas obligé de se référer à l'obligation de vigilance imposée par les textes et de vérifier « mécaniquement si la banque s'y est conformée »²⁸⁴¹.

Ce nouveau dispositif semble efficace pour la prévention des activités de blanchiment et très utile à la lutte contre les pratiques corruptrices. Il comporte toutefois certaines lacunes, notamment relatives à l'exclusion des PPE françaises du dispositif de vigilance renforcée. Ces insuffisances ont conduit l'Union Européenne à développer le projet d'une prochaine 4^{ème} directive anti-blanchiment²⁸⁴² qui aurait pour but de clarifier les procédures d'identification des clients. Elle élargirait notamment le dispositif de l'obligation de vigilance à l'égard de PPE pour y inclure les PPE nationales²⁸⁴³ et allongerait encore la liste des professionnels déclarants, notamment dans les secteurs de jeux d'argent et de hasard²⁸⁴⁴.

1150. En droit vietnamien, l'obligation de vigilance a fortement évolué depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2012 et de son décret d'application en 2013. Depuis lors, le Vietnam n'est plus considéré comme un territoire « non coopératif ». Il semble avoir intégré tous les standards internationaux relatifs à la prévention du blanchiment et a été « sorti » de la liste noire du GAFI. Des lacunes ont cependant été identifiées dans les dispositions textuelles et

²⁸³⁹Loi, n° 07/2012/QH13, *op. cit.*, art. 7.

²⁸⁴⁰Cf Cass. Com, 28 avril 2004, *Bull. Civ.*, IV, 2004, n°72 ; *Dalloz*, 2004, p. 1380, obs. V. Avena-Robardet ; *Dalloz*, 2006, p. 159, obs. H. Synvet ; *RTD Com*, 2004, p. 577, obs. R. Cabrillac ; *LPA*, 28 mai 2004, rapp. M. Cohen-Branche ; *LPA*, 20 juillet 2004, note I. Tchotourian ; *JCP E*, 2004, n°23, 913, J. Stoufflet ; *JCP G*, 2004, II, 10105, note C. Cutajar ; *Rev. Banque et droit*, juillet-août 2004, obs. J. Bonneau.

²⁸⁴¹X. Delpech, « Retour sur le devoir de vigilance du banquier teneur de compte », *Dalloz actualité*, 1er décembre 2011.

²⁸⁴²Communiqué, Com. UE n°IP 12/357, 11 avril 2012, « vers une quatrième directive anti-blanchiment ? », *Bull. Joly Bourse*, 1 mai 2012, n°5, p. 236.

²⁸⁴³Communiqué, Com. UE n°IP/13/87, 5 février 2013, « La commission propose de modifier la législation relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et aux virements de fonds », *Bull. Joly Bourse*, 1er mars 2013, n°3, p.145.

²⁸⁴⁴Cf C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Dalloz*, panorama, 2013, p. 1659.

seule la pratique permettra de constater si la loi a permis une réelle évolution dans la prévention contre les activités de blanchiment.

1151. La vigilance apparaît déjà, en soi, une mesure dissuasive de la corruption. Elle conduit, en effet, les assujettis à exercer un contrôle strict de leurs clients et de la légalité de leurs opérations. En droit français comme en droit vietnamien, la majeure partie des situations pouvant révéler un acte de corruption font l'objet, en outre, d'une mesure de vigilance renforcée. Mais cette mesure a surtout pour objet de permettre aux assujettis de détecter les « opérations suspectes » qui pourraient relever du blanchiment. Ils n'ont pas directement pour mission de qualifier l'infraction qui en serait à l'origine. En revanche, lorsqu'ils sont confrontés à une situation douteuse, ils ont l'obligation de la déclarer auprès d'un organisme spécifique. Ce dernier sera en mesure de déterminer l'existence d'un blanchiment et de faire la lumière sur l'infraction qui pourrait en être à l'origine.

B - L'obligation de déclaration.

1152. La réalisation de l'obligation de déclaration représente, ici, l'aboutissement de la mise en œuvre de toutes les obligations préventives par les assujettis. Ce n'est que par la réalisation d'une obligation de vigilance aboutie que les professionnels seront en mesure de détecter les opérations suspectes et de les déclarer auprès de l'institution compétente.

1153. La déclaration de soupçon consiste donc, pour un professionnel, à porter à la connaissance d'un service spécialisé, des sommes ou des opérations qui seraient susceptibles de relever du blanchiment de capitaux.

Pour ce faire, les assujettis doivent être en mesure de détecter les opérations considérées comme suspectes (1).

Ils doivent par la suite les déclarer auprès d'un organisme spécifique chargé de recevoir et de procéder à des investigations sur ces opérations. Pour ce faire, l'intervention d'une institution spécialisée en matière financière est essentielle car elle sera en mesure de faire la lumière sur les activités de blanchiment mais également de détecter les infractions principales. Le rôle des cellules de renseignement financier est donc fondamental (2).

1. Les moyens de détection des opérations suspectes.

1154. L'objectif des dispositifs de prévention contre le blanchiment de capitaux est, avant tout, de pouvoir détecter le plus rapidement et efficacement possible les opérations « suspectes » et de les notifier à l'organisme compétent dans les meilleurs délais. L'établissement d'une liste d'assujettis et la mise en place d'obligations de vigilance à leur égard est effectué dans le but ultime de détecter toute opération illicite et de permettre une répression efficace de son auteur.

Pour ce faire, les législations ont mis en place de mesures pour permettre aux assujettis de réduire le risque de blanchiment auquel ils sont confrontés et de détecter tout mouvement pouvant apparaître comme suspect.

1155. Les législateurs ont mis en place des mesures relatives à la limitation des paiements en espèces. Le paiement en liquide représente, en effet, un vecteur très important du blanchiment²⁸⁴⁵ et peut aussi s'avérer révélateur de pratiques corruptrices.

Le droit français limite strictement les possibilités de paiement en espèces. Cette limitation n'est pas nouvelle puisqu'elle figurait déjà dans l'ancien dispositif antérieur à 2009. L'ancien article L112-8 du CMF limitait déjà les paiements en espèces à 3000 euros maximum. Une exception était cependant accordée aux résidents étrangers qui, justifiant de leur nationalité et de leur domiciliation à l'étranger, pouvaient effectuer des paiements en espèces au-delà du plafond prévu par la loi et sans aucune limitation. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance, l'article D112-3 du CMF issu du décret du 16 juin 2010²⁸⁴⁶ fixe une limitation pour ces personnes à 15000 euros. Selon les dispositions de la loi du 28 janvier 2013²⁸⁴⁷ les paiements effectués par le biais de la monnaie électronique doivent être considérés comme des paiements en liquide et, par conséquent, soumis au même régime.

Le droit vietnamien a aussi souhaité limiter les paiements en espèces. Cette opération est tout de même plus difficile car la société vietnamienne favorise encore massivement les paiements en liquide. Le gouvernement avait, pour la première fois, formulé cette volonté dans un décret du 28 décembre 2006²⁸⁴⁸. Parallèlement à ce décret, le Premier Ministre avait adopté une décision visant à équiper les commerces vietnamiens de terminaux de paiements par carte bancaire²⁸⁴⁹. L'objectif affiché était d'équiper plus de 70% des commerces d'ici à 2010²⁸⁵⁰. Malheureusement, il n'a jamais été atteint. La plupart des commerces ne sont toujours pas équipés et lorsqu'ils le sont, ils surfacturent les créances réglées par cartes de 3% de leur montant²⁸⁵¹. En outre, les cartes de débit continuent d'être beaucoup plus largement diffusées par les banques que les cartes de crédit type Visa ou Mastercard et le paiement par chèque est totalement inexistant.

1156. Les législateurs ont, en outre, mis en place des systèmes de contrôle relatifs aux mouvements transfrontières d'espèces. Les blanchisseurs ont souvent tendance à quitter leur pays avec des sommes importantes en espèces afin de les dissimuler et/ou les écouler plus aisément dans d'autres Etats moins regardants. Aux yeux de cette étude, le transfert d'importantes sommes en liquide hors des frontières nationales est donc considéré comme une transaction suspecte. C'est, en outre, une des préoccupations de la Convention de Mérida qui, dans ses dispositions relatives à la prévention du blanchiment du produit de la corruption, recommande fortement aux Etats parties de « *mettre en œuvre des mesures réalisables de détection et de surveillance du mouvement transfrontière d'espèces et de titres négociables appropriés, [...] sans entraver d'aucune façon la circulation des capitaux licites* »²⁸⁵².

En droit français, des dispositions ont été adoptées pour limiter les mouvements de capitaux intra et extra-communautaires. La limitation des mouvements intra-communautaires est prévue à l'article L152-1 du CMF. Toute personne en possession de plus de 10 000 euros en espèces doit impérativement faire une déclaration à la douane à l'entrée ou à la sortie du

²⁸⁴⁵ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *op. cit.*, n°34, p. 12.

²⁸⁴⁶ Décret, n°2010-662, « Décret pris pour l'application de l'article L. 112-6 du code monétaire et financier, relatif à l'interdiction du paiement en espèces de certaines créances », 16 juin 2010, *JORF*, n°0139, 18 juin 2010, p.11088.

²⁸⁴⁷ Loi, n° 2013-100, « Loiportant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière », *op. cit.*, art.1.

²⁸⁴⁸ Décret, n°161/2006/ND-CP, « Decree providing for cash payment », *Hanoi*, 28 décembre 2006.

²⁸⁴⁹ Décision, n°291/2006/QD-TTg, « Decision on non cash payment », *Hanoi*, 29 décembre 2006.

²⁸⁵⁰ Vietnam Law and Legal Forum, « Decision No. 291/2006/QD-TTg: Scheme on non-cash payment », *Vietnam Law and Legal Forum*, New Legislation, Janvier 2007, p. ix.

²⁸⁵¹ Voir *supra* n°470.

²⁸⁵² Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 14§2.

territoire français. Les mouvements extra-communautaires sont réglementés par une disposition européenne. Le Règlement n°1889/2005²⁸⁵³ fait obligation à toute personne physique, entrant ou sortant du territoire de l'UE, de déclarer les sommes en espèces supérieures à 10 000 euros. La loi du 28 janvier 2013 place le paiement en monnaie électronique au même niveau que l'argent liquide de sorte que cette limitation s'applique également pour la monnaie électronique. La méconnaissance des obligations déclaratives peut entraîner la saisie immédiate des sommes non déclarées suivie de poursuites éventuelles s'il existe des soupçons permettant de penser que l'individu a commis ou tenté de commettre une infraction²⁸⁵⁴.

En droit vietnamien, la limitation des mouvements d'espèces transfrontières fait partie intégrante du dispositif préventif contre le blanchiment de capitaux. L'article 15 du « décret 116 » prévoit que les mouvements transfrontières d'argent liquide, de métaux précieux ou de pierres précieuses doivent faire l'objet d'une déclaration aux douanes à l'entrée ou à la sortie du territoire. Le décret ne fixe pas de montant et confère cette compétence à l'agence douanière²⁸⁵⁵. Une décision de la BEV du 15 août 2011²⁸⁵⁶ est venue fixer le montant à 5000 USD ou 15 millions VND²⁸⁵⁷. Mais en cas de défaillance relative à la déclaration, les textes ne prévoient aucune sanction, ni administrative, ni pénale. Contrairement à la France qui semble véritablement avoir engagé un combat contre l'entrée d'importantes sommes en espèces sur son territoire²⁸⁵⁸, le Vietnam envisage manifestement cette limitation sous l'angle de la seule « formalité » administrative. Certains sites internet relatifs à l'explication de la procédure douanière à l'entrée sur le territoire, précisent que les touristes peuvent « amener autant d'argent liquide qu'ils le veulent, seulement ils devront procéder à une déclaration »²⁸⁵⁹ au-delà des montants mentionnés.

1157. Enfin, les législations ont identifié certaines opérations comme devant être considérées comme suspectes. Une fois le produit illicite intégré dans le circuit financier, son détenteur va essayer de multiplier les transactions pour faire disparaître l'origine des fonds. La multiplication des actions peuvent faire apparaître des anomalies ou mettre en lumière des comportements inhabituels. L'objectif est de permettre aux organismes assujettis de détecter le plus rapidement possible ces anomalies.

1158. En droit français, le principe général repose sur la diligence des assujettis eux-mêmes. Selon l'article L561-15 I du CMF, les assujettis doivent déclarer « *les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine*

²⁸⁵³ Règlement du Parlement Européen et du Conseil, n°1889/2005 CE, « Règlement relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté », 26 octobre 2005, *JOUE*, n°L309, 25 novembre 2005, p.9.

²⁸⁵⁴ CMF, art.L152-4.

²⁸⁵⁵ Décret, n° 116/2013/ND-CP, « Decree detailing a number of articles of the law on prevention and combat of Money laundering », *op. cit.*, art. 15.

²⁸⁵⁶ Circular, n°15/2011/TT-NHNN, « Circular stipulating on carrying Vietnam Dong or Foreign Currency in cash of people on entry or exit. », *BEV*, 15 août 2011. Circulaire disponible en ligne sur <http://www.customs.gov.vn/Lists/EnglishNews/ViewDetails.aspx?language=en-US&ID=85>.

²⁸⁵⁷ Soit environ 500 euros. La raison d'une telle différence est que le Vietnam Dong est une monnaie fermée et il est, en principe, interdit de la faire sortir du pays.

²⁸⁵⁸ La France semble mener un véritable combat contre l'entrée et la sortie d'argent liquide, souvent signe d'une fraude ou évasion fiscale. La saisie d'argent liquide a augmenté de 500% en 2013 par rapport à l'année précédente. La plupart des capitaux ainsi saisis étaient à destination de la Suisse ou du Luxembourg bien connus pour leur faible taux de taxation ; *in* Le Monde, « Les saisies d'argent liquide aux frontières en hausse de 500% », *Le Monde*, 8 septembre 2013.

²⁸⁵⁹ Le site internet « vietnam-custom.com », par exemple, site dédié à expliquer aux futurs touristes les démarches à suivre pour entrer sur le territoire vietnamien précise : « *Visitors to Vietnam can bring with them unlimited amounts of foreign currency, objects made of gold, silver, precious metals and gemstones or plated with silver or gold, but these must be declared in detail on their customs forms.* » ; Cf <http://www.vietnam-visa.com/info/vietnam-customs-procedures/22.html>.

privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme ». L'ordonnance de 2009 a procédé à une généralisation de l'infraction d'origine²⁸⁶⁰.

La 1^{ère} directive de lutte contre le blanchiment du 10 juin 1991 définissait les activités susceptibles de déclaration de soupçon comme celles relevant du trafic de stupéfiants et les activités criminelles organisées²⁸⁶¹. Ces termes avaient été repris par le législateur dans l'ancien article L562-2 du CMF²⁸⁶². La directive de 2001 avait, une première fois, élargi le domaine des infractions d'origine. La loi du 11 février 2004²⁸⁶³, conformément aux dispositions de la directive, prévoyait que les assujettis devaient déclarer les sommes ou opérations qui pouvaient provenir du « *trafic de stupéfiants, de la fraude aux intérêts financiers des communautés européennes, de la corruption, d'activités criminelles organisées* » ou qui pouvaient participer du financement du terrorisme²⁸⁶⁴. Avant la généralisation de l'infraction d'origine opérée par la 3^{ème} directive et son ordonnance de transposition, le législateur français considérait déjà la corruption comme l'une des infractions principales majeures en matière de blanchiment.

Cette situation engendrait toutefois l'obligation, pour les assujettis, d'effectuer une opération de qualification de l'infraction principale. Ils devaient se livrer à une analyse personnelle des faits et caractéristiques intrinsèques des opérations qui se présentaient à eux²⁸⁶⁵. Cette situation était loin d'être optimale puisqu'elles imposaient « *aux personnes assujetties de se livrer à un exercice de qualification pour lequel elles ne [disposaient] d'aucune compétence* »²⁸⁶⁶. La jurisprudence avait toutefois assoupli cette exigence en considérant que l'assujetti avait correctement exécuté son obligation déclarative lorsqu'il jugeait que l'opération « *ne permettait pas d'établir l'origine licite des sommes* » et qu'il ne pouvait « *exclure que ces sommes [provenaient] du trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles* »²⁸⁶⁷.

En outre, l'élargissement du domaine de la déclaration de soupçon permet de mettre le système préventif en « conformité » avec l'incrimination du blanchiment dont l'article 324-1 du code pénal vise, depuis 1996, le « *produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* ».

Depuis lors, le soupçon existe dès que l'origine licite des fonds n'a pu être établie. Lorsque l'organisme assujetti, après toutes les diligences prises au regard de la vigilance, n'arrive pas à lever le doute sur la licéité de l'opération²⁸⁶⁸, ce dernier doit considérer *ipso facto* qu'il y a soupçon. A partir de ce moment, l'opportunité d'effectuer ou non une déclaration de soupçons s'efface au profit d'une obligation.

1159. En droit vietnamien, deux catégories d'opérations ont été identifiées comme présentant un fort risque de blanchiment.

²⁸⁶⁰ Cf. C. Mascala, « Le blanchiment. Les évolutions en matière de blanchiment », *op. cit.*

²⁸⁶¹ E. Gastebled, « Etat du dispositif juridique préventif de lutte contre le blanchiment au lendemain de l'adoption de la 3^e directive européenne », *op. cit.*, p. 5.

²⁸⁶² C. Mascala, « Le blanchiment. Les évolutions en matière de blanchiment », *op. cit.*

²⁸⁶³ Loi, n°2004-130, « Loi réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques », 11 février 2004, *JORF*, n°36, 12 février 2004, p.2847.

²⁸⁶⁴ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires, LGDJ*, 2^{ème} édition, 2009, p. 165 ; C. Mascala, « Lutte contre le blanchiment : une nouvelle directive en attente de transposition », *op. cit.*, n°10 ; C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *op. cit.*, 2009, p. 1733 ; C. Mascala, « Le blanchiment. Les évolutions en matière de blanchiment », *op. cit.*

²⁸⁶⁵ J. Lasserre Capdeville, « L'évolution des obligations du banquier », *AJ Pénal*, 2006, p. 429.

²⁸⁶⁶ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *op. cit.*, n°161, p. 36.

²⁸⁶⁷ C.E, 31 mars 2004, « Nextup SA », *Bull. Joly bourse*, 2004, §121, note C. Cutajar.

²⁸⁶⁸ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *op. cit.*, n°161, p. 36.

D'une part, la loi de 2012 évoque les opérations dites « de grande valeur »²⁸⁶⁹. Il ne s'agit donc pas du seul dépôt en espèces mais également de toutes les transactions financières ou bancaires portant sur des sommes considérées comme importantes. Le seuil est fixé et régulièrement révisé par le Premier Ministre en fonction du développement socio-économique du pays. Le décret ne fixe donc pas directement le seuil à partir duquel le montant doit être considéré comme élevé. Il prévoit toutefois qu'un dépôt en espèces émis par un client occasionnel au-delà de 3 millions de VND doit être considéré comme un montant « de grande valeur » aux yeux de la loi²⁸⁷⁰.

D'autre part, la loi vise les transactions pour lesquelles il existe des « raisons plausibles de soupçonner que les biens impliqués dans la transactions proviennent d'une activité criminelle ou sont en relation avec le blanchiment de capitaux ». L'article 22 de la loi fournit une définition de la notion « d'opération suspecte » en donnant une liste des opérations devant être considérées comme tel.

Les assujettis doivent déclarer les transactions portant sur des biens « provenant d'une activité criminelle ». L'article 14 du « décret 116 » considère que l'on se trouve dans cette situation lorsque le donneur d'ordre est « l'accusé, le défendeur ou le condamné à une sentence pénale » et que le bien impliqué dans la transaction est le bien « appartenant ou contrôlé par cet individu ou une organisation en relation avec cet individu pendant et après la commission du crime ». Le bien provenant d'une activité criminelle peut donc être distinct, en droit vietnamien, du produit d'une infraction susceptible de blanchiment. Cette disposition suppose que les assujettis soient au fait de la situation judiciaire de chacun de leur client.

Ils doivent aussi déclarer les opérations « en relation avec le blanchiment ». L'article 22 fournit ici une liste détaillée des « signes suspects » devant être pris en compte par les assujettis pour qualifier une opération comme relevant du blanchiment. Des signes spécifiques ont été établis pour chacun des domaines professionnels, tels que les banques, les assurances, les jeux de hasard et les casinos. Le droit vietnamien, au contraire du droit français, ne semble pas laisser de réel pouvoir d'appréciation aux assujettis quant à l'origine suspecte de l'opération. Les signes sont alternatifs de sorte qu'un seul d'entre eux suffit à considérer l'opération comme suspecte.

L'établissement d'une telle liste laisse craindre quant au manque d'effectivité. Comme cela l'a déjà été mentionné dans cette étude, une liste exhaustive de comportements fait naître le risque de rendre le texte très vite obsolète eu égard à l'évolution constante de la pratique. La rapidité d'évolution des techniques est notamment constatée en matière de corruption et de blanchiment. L'article 22§8 de la loi semble toutefois laisser une certaine latitude aux assujettis qui ont la possibilité de détecter d'autres « signes » suspects autres que ceux mentionnés au paragraphe 2 du même article.

Mais cette disposition nous laisse quelque peu circonspects. Il semble, en effet, que si d'autres signes sont effectivement identifiés, ils doivent en faire part à la BEV qui, à son tour, demandera au Premier Ministre d'adopter une décision dans laquelle seront inscrits ces « nouveaux signes ». En conséquence, il ne semble pas qu'une déclaration de soupçons puisse directement naître d'une opération présentant des signes suspects autres que ceux prévus par la loi.

²⁸⁶⁹ Loi, n°07/2012/QH13, « Loi de prévention du blanchiment », *op. cit.*, art.21.

²⁸⁷⁰ Décret, n° 116/2013/ND-CP, « Decree detailing a number of articles of the law on prevention and combat of Money laundering », *op. cit.*, art. 3§1 c).

1160. Lorsqu'une opération suspecte est détectée par un professionnel assujetti, il est dans l'obligation d'en faire part à un organisme spécialisé. Cet organisme, chargé de centraliser toutes les déclarations nationales, va être en mesure de mener des « enquêtes » pour vérifier si la déclaration est fondée. Il va, en outre, rechercher l'infraction principale à l'origine des fonds douteux. En tant qu'organisme spécialisé, la CRF nationale semble donc être la « mieux placée » pour détecter les opérations de corruption pouvant être à l'origine d'un blanchiment et les porter à la connaissance des autorités judiciaires répressives²⁸⁷¹.

2. Le rôle fondamental des cellules de renseignement financier

1161. Le groupe Egmont, organisation internationale « informelle » créé en 1995 dans le but d'améliorer la coopération internationale entre les cellules de renseignement financier (CRF)²⁸⁷², définit un service de renseignement financier comme « *un organisme central et national chargé, aux fins de lutter contre le blanchiment de capitaux, de recueillir (et, dans les cas prévus, de solliciter), d'analyser et de transmettre aux autorités compétentes les communications d'informations financières: a) concernant les produits d'origine criminelle présumée; ou b) requises par la législation ou la réglementation nationale* »²⁸⁷³. Une CRF est donc un organisme chargé, à échelle nationale, de centraliser toutes les informations relatives aux déclarations de soupçon effectuées par les professionnels assujettis. La création d'une CRF sur chaque territoire national est essentielle à une prévention et une répression efficaces des activités de blanchiment et des infractions principales qui en sont à l'origine.

Une activité de blanchiment peut, en pratique, donner lieu à trois voire quatre déclarations. Seule une centralisation de toutes les déclarations au sein d'une cellule spécialisée permet une analyse efficace des informations. Les CRF sont au cœur de tout système de prévention. Elles représentent à ce titre « *le maillage international du renseignement financier, du contrôle de la vigilance et de la répression* »²⁸⁷⁴ de la délinquance économique et financière.

La création de CRF nationales figure au cœur des dispositions internationales et européennes spécifiques à la lutte contre le blanchiment, notamment du produit de la corruption.

1162. La Convention des Nations Unies contre la corruption contient des dispositions relatives à la création de CRF nationales. Selon l'article 14§1 b) du texte, les Etats doivent envisager « *la création d'un service de renseignement financier faisant office de centre national de collecte* ». Cette disposition n'est pas absolument impérative. Toutefois cette création s'avère nécessaire pour que les Etats soient en mesure de respecter les autres dispositions obligatoires relatives à la lutte contre le blanchiment du produit de la corruption.

D'une part, la Convention fait obligation aux Etats de mettre en place des procédures déclaratives à destination des assujettis²⁸⁷⁵ dans le but de « *prévenir et combattre le transfert du produit des infractions* »²⁸⁷⁶ de corruption. Or le signalement de toute opération suspecte

²⁸⁷¹ Cf. C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *op. cit.*, p. 76.

²⁸⁷² Cf. C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *op. cit.*, n°55, p. 16 ; D.-G. Hotte et V. Heem, *La lutte contre le blanchiment de capitaux*, LGDJ, 2004, p. 60.

²⁸⁷³ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §158, p.54.

²⁸⁷⁴ M. Beaussier et H. Quintard, *Blanchiment de capitaux et financement du Terrorisme, Analyse et mise en œuvre pratique de la troisième directive européenne*, *op. cit.*, p. 252.

²⁸⁷⁵ Convention des Nations Unies contre la corruption, *op. cit.*, art. 14§1 a).

²⁸⁷⁶ *Ibid.*, art. 58.

implique la création d'une CRF chargée de les recevoir et de les analyser de manière effective²⁸⁷⁷.

D'autre part, les articles 14§1b) et 58 de la Convention prévoient l'obligation pour les Etats parties de s'accorder la plus coopération la plus large possible en matière de blanchiment et de recouvrement des avoirs. La création d'une CRF permet d'assurer une plus grande efficacité de cette coopération.

1163. Le GAFI, de son côté, mentionne la nécessité de créer des CRF dans ses recommandations. A ce titre, la nouvelle recommandation 29 prévoit que « *les pays devraient instituer une cellule de renseignements financiers (CRF) servant de centre national pour la réception et l'analyse (a) des déclarations d'opérations suspectes et (b) des autres informations concernant le blanchiment de capitaux, les infractions sous-jacentes associées et le financement du terrorisme, et pour la dissémination du résultat de cette analyse* »²⁸⁷⁸. Selon le GAFI, l'objectif principal des CRF est avant tout de recevoir et d'analyser toutes les déclarations de soupçons et de faire la lumière sur les infractions qui en sont à l'origine. Tout comme la Convention, le GAFI ne prévoit pas l'obligation de créer une CRF. La recommandation incite néanmoins fortement les Etats à le faire.

1164. Le Conseil de l'Europe prévoit à son tour, la création de CRF nationales dans la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme de 2005²⁸⁷⁹. Contrairement aux deux autres textes, les dispositions sont ici impératives. La Convention donne une définition de la CRF relativement proche de celle dégagée par le groupe Egmont. Mais le Conseil de l'Europe semble ici vouloir renforcer le rôle de ces entités. Il fait obligation aux Etats parties de les doter d'un véritable pouvoir d'investigation en leur assurant un « *accès, direct ou indirect et en temps voulu, aux informations financières, administratives et en provenance des autorités de poursuite pénale pour exercer correctement ses fonctions et notamment analyser les déclarations d'opérations suspectes.* »²⁸⁸⁰. En outre, le Conseil prévoit également une obligation de coopération entre les entités nationales.

1165. Enfin, l'Union Européenne aussi s'est positionnée en faveur de la création de CRF nationales dans chacun de ses Etats membres. Pour ce faire, la 3^{ème} directive anti-blanchiment met en avant le rôle fondamental de ces unités pour la centralisation et l'analyse des déclarations de soupçons. Elle met également en avant l'importance de la coopération entre les entités nationales pour une prévention efficace de toutes les activités de blanchiment à l'échelle européenne²⁸⁸¹. De ce fait, l'article 21 de la directive fait obligation aux Etats Membres de créer une CRF. Chacune doit être établie sous la forme d'une cellule nationale centrale et doit être chargée de recevoir (ou de requérir), d'analyser et de communiquer aux autorités compétentes, les informations concernant un éventuel blanchiment de capitaux, un

²⁸⁷⁷ ONUDC, « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », *op. cit.*, §147, p.51.

²⁸⁷⁸ GAFI, « Les recommandations du GAFI », *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, *op. cit.*, R29.

²⁸⁷⁹ Conseil de l'Europe, « Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme », *Conseil de l'Europe*, Varsovie, 16 mai 2005.

²⁸⁸⁰ *Ibid.*, art. 12.

²⁸⁸¹ Directive du Parlement européen et du Conseil, n°2005/60/CE, « Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », 26 octobre 2005, *op. cit.*, considérant n°29 : « Les transactions suspectes devraient être déclarées à la cellule de renseignement financier (CRF), qui agit en tant que centre national chargé de recevoir, d'analyser et de communiquer aux autorités compétentes les déclarations de transactions suspectes et d'autres informations relatives à un éventuel blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme. Cette disposition ne devrait pas obliger les Etats membres à modifier leurs systèmes de déclaration existants lorsque la déclaration est effectuée par le biais d'un procureur ou une autre autorité répressive, dans la mesure où les informations sont transmises rapidement et de manière non filtrée aux CRF de façon à leur permettre d'exercer correctement leur activité, notamment en recourant à la coopération internationale avec d'autres CRF. ».

éventuel financement du terrorisme ou toute autre information requise. Le texte exige des Etats qu'ils mettent tout en œuvre pour que les CRF reçoivent, en temps « *opportun* », toutes les informations dont elles ont besoin pour remplir correctement leurs missions. En outre, la directive confère aux cellules, un véritable pouvoir d'investigation. Pour mener à bien leurs missions, le texte prévoit qu'aucun secret bancaire ou professionnel ne peut leur être opposé. En retour, les CRF sont soumises à un régime de protection des données personnelles et de confidentialité de certaines informations. La directive s'attache, enfin, à souligner le caractère essentiel de la coopération entre les CRF. Pour ce faire, elle fait directement référence à la décision-cadre du 17 octobre 2000²⁸⁸² qui fixe les modalités pour une coopération efficace entre les CRF nationales dans le cadre de l'échange et la transmission des informations pertinentes.

1166. Pour favoriser la « rencontre » entre les CRF nationales, des structures ont été mises en place à l'échelle supranationale. A l'échelle européenne, d'abord, la Financial Intelligence Units platform (FIU *platform*) a été créée par la commission européenne en 2005 dans le but d'établir « *un forum de discussion entre les cellules de renseignement financier*. A l'échelle internationale, le groupe Egmont a été instauré en 1995 à l'initiative de la Cellule de Traitement des Informations Financières (CTIF), CRF belge et du centre financier américain, le Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN). Son but est « *d'améliorer la coopération internationale entre les cellules de renseignement financier chargées, dans les Etats membres du GAFI, de centraliser et de traiter l'information financière [...]* »²⁸⁸³. Aujourd'hui, le groupe Egmont est devenu le principal cadre de coopération des CRF à l'échelle internationale²⁸⁸⁴. Cette coopération directe entre les CRF s'opère essentiellement en matière de blanchiment mais concerne nécessairement les infractions qui en sont à l'origine. Par conséquent, les pratiques corruptrices à l'origine d'une activité de blanchiment pourront faire l'objet d'une coopération internationale beaucoup plus directe par l'intervention des CRF.

A ce titre, l'établissement d'une cellule de renseignement financier au niveau national apparaît fondamental. En tant qu'entité spécialisée en matière économique et financière, elle sera en mesure de détecter toutes les infractions de corruption à l'origine des activités de blanchiment qui ont été portées à sa connaissance. Lorsque la corruption s'avère « internationale », la CRF sera, en outre, en mesure de coopérer directement avec d'autres CRF au sein de la FIU *platform* ou du groupe Egmont. Par cette action, elle contournera l'inertie et la lourdeur d'une demande de coopération inter-étatique.

1167. TRACFIN. En droit français, la loi du 12 juillet 1990²⁸⁸⁵ a porté création d'un service spécifique chargé de recevoir les déclarations de soupçons émises par les assujettis. Le service a été mis en place par le décret du 9 mai 1990²⁸⁸⁶ portant création de la cellule traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins, plus connue sous le nom de TRACFIN²⁸⁸⁷. L'autorité publique a donc pris le parti de créer une CRF française, destinataire unique de toutes les déclarations de soupçons portant sur des opérations « *susceptibles de*

²⁸⁸² Décision du Conseil, n°2000/642/JAI, « Décision du Conseil relative aux modalités de coopération entre les cellules de renseignement financier des états membres en ce qui concerne l'échange d'information », 17 octobre 2000, *JOCE*, n° L271, 24 novembre 2000, p. 4.

²⁸⁸³ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *op. cit.*, n°55, p. 16.

²⁸⁸⁴ D.-G. Hotte et V. Heem, *La lutte contre le blanchiment de capitaux*, *op. cit.*, p. 60.

²⁸⁸⁵ Loi, n°90-614, « Loi relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants », *JORF*, n°162, 14 juillet 1990, p. 8329.

²⁸⁸⁶ Décret, « Décret portant création d'une cellule de coordination chargée du traitement du renseignement et de l'action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN) », 9 mai 1990, *JORF*, n°108, 10 mai 1990, p. 5554.

²⁸⁸⁷ J. Lasserre Capdeville, « L'évolution des obligations du banquier », *op. cit.*

trouver une qualification pénale »²⁸⁸⁸. Il a été doté, par ailleurs, de trois missions complémentaires : le recueil du renseignement sur les circuits financiers clandestins et le blanchiment d'argent, son traitement et son enrichissement, enfin sa diffusion²⁸⁸⁹.

1168. TRACFIN est devenu, avec le décret du 6 décembre 2006²⁸⁹⁰, un service à compétence nationale (SCN)²⁸⁹¹. Son érection au statut de SCN a permis de renforcer et d'étendre ses pouvoirs. Plus qu'un simple organisme central de recueil de déclarations, le service a également été doté d'une compétence renforcée pour mettre en échec les circuits financiers clandestins²⁸⁹².

1169. En tant que destinataire des déclarations de soupçon, le champ d'application de sa mission à ce niveau a été profondément modifié par l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2009 qui a élargi considérablement le domaine *rationae materiae* de la déclaration. Depuis lors, au regard de l'article L561-15 du CMF, TRACFIN reçoit toutes les déclarations émises par les assujettis à propos de sommes ou d'opérations dont ils « *savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme* ». En d'autres termes, il n'appartient plus aux assujettis mais bien à TRACFIN de déterminer, si possible, l'infraction à l'origine des activités de blanchiment détectées.

1170. La mission principale de TRACFIN est donc de recueillir les déclarations émises par les professionnels assujettis²⁸⁹³. Une fois la déclaration reçue, le service procède à la vérification de la déclaration pour établir l'origine des sommes ou la nature des opérations grâce aux moyens d'enquête qui sont mis à sa disposition. Pour ce faire, il peut échanger les informations avec l'office central de la répression et la grande délinquance financière (OCRGDF)²⁸⁹⁴, les services douaniers, les autorités de contrôle des professions impliquées dans le dispositif et toute autre administration publique. Si le service estime que les faits sont établis, il transmet le dossier au Ministère public qui doit se saisir de l'affaire. En d'autres termes, le parquet déclenche l'action publique ou décidera d'un classement sans suite selon les règles classiques de la procédure pénale²⁸⁹⁵.

Dans le cadre de cette mission principale, TRACFIN est donc chargé de déterminer l'origine des sommes « litigieuses ». Grâce à ses moyens étendus d'investigation, il représente en ce sens un allié considérable des autorités judiciaires pour la poursuite et la condamnation des infractions de corruption ayant fait l'objet d'un blanchiment. Les enquêteurs pourront, en effet, compter sur TRACFIN pour « retracer » le circuit emprunté par les produits de pratiques corruptrices et remonter jusqu'à leur origine. Il s'agit d'un atout qui peut réduire un temps soit peu les difficultés liées à la preuve des pratiques de corruption²⁸⁹⁶.

1171. Pour mener à bien sa mission, TRACFIN détient le pouvoir de retarder, si possible, l'exécution d'une opération suspecte qui lui a été notifiée. Les pouvoirs du service ont été renforcés à cet égard. Avant l'ordonnance de 2009, l'ancien article L562-5 du CMF prévoyait

²⁸⁸⁸ H. Robert, « TRACFIN : du soupçon déclaré d'opération illicite à la présomption d'infraction », *AJ Pénal*, 2006, p. 437.

²⁸⁸⁹ *Ibid.*

²⁸⁹⁰ Décret, n°2006-1541, « Décret érigeant la cellule TRACFIN en service à compétence nationale et modifiant le code monétaire et financier (partie réglementaire) », *JORF*, n°284, 8 décembre 2006, texte n°17.

²⁸⁹¹ C. Cutajar, « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *op. cit.*, n°60, p. 17.

²⁸⁹² M. Beaussier et H. Quintard, *Blanchiment de capitaux et financement du Terrorisme, Analyse et mise en œuvre pratique de la troisième directive européenne*, *op. cit.*, p. 260.

²⁸⁹³ G. Notté, « Transposition de la 3^e directive anti-blanchiment. – Ord. n°2009-104, 30 janvier 2009 », *op. cit.*

²⁸⁹⁴ J. Lasserre Capdeville, « L'évolution des obligations du banquier », *op. cit.*

²⁸⁹⁵ C. Mascala, « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *op. cit.*, p. 78.

²⁸⁹⁶ Voir *supra* n°462 et s.

la possibilité pour TRACFIN de retarder l'exécution d'une opération pour un délai maximal de 12h, renouvelable une fois. Depuis la loi du 28 juillet 2013 le service peut s'opposer à l'exécution d'une opération pendant cinq jours ouvrables²⁸⁹⁷.

1172. La disparition d'AMLIC. En droit vietnamien, le « décret 74 » de 2005²⁸⁹⁸ avait créé le « Anti Money laundering information center » (AMLIC). Cette unité, à l'image de TRACFIN, avait été créée pour recevoir et analyser les déclarations de soupçons effectuées par les professionnels assujettis dans le cadre de leurs obligations préventives. Selon l'article 14 du décret, AMLIC était conçu comme une véritable CRF chargée de recevoir et de centraliser toutes les déclarations de soupçons. Il était doté, en outre, du pouvoir de demander la communication de tout document ou information supplémentaire auprès des professionnels assujettis sans que le secret professionnel ne puisse lui être opposé. Enfin, placé sous la tutelle de la Banque d'Etat du Vietnam, le service devait assister le « gouverneur » de la BEV dans ses missions relatives à la prévention et à la lutte contre le blanchiment d'argent.

1173. Malgré cette apparente innovation qui aurait placé le Vietnam parmi les Etats asiatiques les plus actifs dans la lutte contre le blanchiment, le pays n'a pas fourni suffisamment de moyens au service pour mener à bien sa mission. Premièrement, AMLIC n'a concrètement été mis en place qu'à partir du mois de février 2006 et le personnel a été divisé géographiquement en deux offices distincts avec seulement un ordinateur pour chacun des deux « services » créés²⁸⁹⁹. Deuxièmement, le directeur d'AMLIC avait été nommé par le gouverneur de la banque d'Etat du Vietnam et ne faisait ses rapports qu'à ce dernier. Il ressortait de son fonctionnement, un manque de transparence évident.

Il ressort des études menées par différents organismes, notamment américains, que le service manquait non seulement de moyens mais aussi de compétences. Les treize agents employés pour intégrer AMLIC n'avait pas été formés à la lutte contre le blanchiment et aux analyses financières. Ils n'étaient donc pas en mesure d'analyser correctement les opérations et encore moins de détecter les infractions qui en étaient à l'origine, en particulier les infractions de corruption. En outre, avec seulement deux ordinateurs pour la totalité du personnel, très peu de déclarations pouvaient en réalité être analysées et transmises. Il ressort des études qu'en 2008, seulement vingt déclarations avaient été transmises à AMLIC. Parmi elle, six seulement ont été transférées au parquet qui, par manque d'information et de spécialisation, n'a déclenché aucune poursuite pour infractions de blanchiment²⁹⁰⁰.

1174. Pourtant, dès décembre 2005, des aides internationales avaient été levées pour aider le Vietnam à développer AMLIC. La Banque Asiatique de développement (BAD), en partenariat avec l'agence française de développement (AFD), avait lancé un programme d'aide dans le secteur financier (FSPL) dont un volet était consacré à l'assistance technique pour la mise en place d'AMLIC. Cette assistance visait à la fois l'équipement, l'infrastructure et la formation du « futur » personnel du service. A ce titre, l'ONUDC avait procuré des formations spécifiques relatives à la lutte et à la prévention du blanchiment, notamment dans le cadre de l'analyse financière. La BAD, quant à elle, avait levé des fonds pour permettre de doter le service d'un équipement informatique conséquent et de logiciels performants²⁹⁰¹.

²⁸⁹⁷ CMF, art. L561-25.

²⁸⁹⁸ Décret, n°74/2005/ND-CP, « Décret relatif à la prévention et la lutte contre le blanchiment d'argent », *op. cit.*

²⁸⁹⁹ Cf United States Department of State, *International Narcotic Control Strategy report*, Volume II, « Money laundering and Financial Crime », *Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs*, mars 2008, p. 488

²⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 489.

²⁹⁰¹ Asian Bank of Development (ADB), « Technical Assistance. Socialist Republic of Viet Nam: Support to Implement the Anti-Money Laundering Decree (Financed by the Japan Special Fund) », *ADB, technical support report*, Décembre 2005, n°6, p. 2.

Ensuite, comme le souligne très justement le GAFI, les mesures préventives contre le blanchiment permettent de mettre en place de hauts standards professionnels, de garantir la transparence des activités économiques et financières d'un pays, de lutter contre les places financières opaques et non coopératives. En s'attaquant à l'opacité et aux circuits de la corruption, ces mesures en dissuadent la commission²⁹⁰². Plus un pays intégrera des mesures strictes pour prévenir et lutter contre le blanchiment, plus il présentera un aspect dissuasif pour les auteurs de pratiques corruptrices.

Enfin, la mise en œuvre des obligations préventives et déclaratives en matière de blanchiment, facilitera la détection des éventuelles pratiques de corruption qui en seraient à l'origine. Par conséquent, le système préventif du blanchiment facilite la poursuite des infractions principales, en particulier les pratiques corruptrices.

1178. En outre, lorsque les pratiques corruptrices ainsi révélées ne peuvent pas être poursuivies, soit par manque de preuve, soit parce qu'elles sont prescrites, les auteurs pourront toujours être poursuivis pour blanchiment. Or, loin d'être un simple palliatif à l'impossibilité de poursuivre pour corruption, les mesures anti-blanchiment s'avèrent en réalité particulièrement sévères et extrêmement dissuasives.

En France, par exemple, des auteurs de corruption étrangers ont pu être condamnés pour blanchiment alors qu'ils bénéficiaient d'une immunité pour les infractions de corruption. La possibilité, en outre, de procéder à une mesure de confiscation générale pour la condamnation des activités de blanchiment apparaît comme particulièrement dissuasive comparé à la mesure de confiscation prévue pour la répression des infractions de corruption. Certaines de ces mesures nous amènent même à penser qu'il peut être parfois préférable, du point de vue de la répression, de condamner les pratiques corruptrices sous l'angle du blanchiment tant les mesures prises pour lutter contre ce phénomène apparaissent efficaces.

SECTION 2: L'EFFICACITE DES MESURES ANTI-BLANCHIMENT

1179. La condamnation des auteurs de corruption à travers le prisme de l'infraction de blanchiment ne revêt pas d'intérêt spécifique d'un point de vue purement répressif. En droit français, par exemple, la majeure partie des délits de corruption sont punis d'une peine d'emprisonnement de dix ans contre maximum cinq ans en matière de blanchiment. Mais comme soulevé, l'emprisonnement n'apparaît pas comme la mesure la plus efficace ni la plus dissuasive en matière de délinquance économique et financière²⁹⁰³. L'important est de priver les auteurs de la jouissance des bénéfices illégaux.

1180. Dans cette optique, les mesures anti-blanchiment se révèlent donc particulièrement dissuasives, bien plus en réalité que les mesures applicables en matière de corruption.

L'article 324-7 12° du code pénal français prévoit la possibilité, pour le juge, de prononcer une peine complémentaire de confiscation générale de tous les biens du condamné en matière de blanchiment. Cette peine de confiscation est bien plus sévère que celle applicable en matière de corruption. En outre, une telle condamnation peut survenir lorsque les activités de blanchiment ont été commises sur le territoire français alors même que l'infraction principale

²⁹⁰² FAFT, « Corruption, a reference guide and information note on the use of FATF recommendations to support the fight against corruption », *op. cit.*

²⁹⁰³ Voir *supra*, notamment, n°577.

de corruption a été commise à l'étranger et hors de la compétence des juridictions nationales. La saisie et la confiscation de ce que l'on appelle communément « les biens mal acquis » apparaissent comme des mesures particulièrement dissuasives de la corruption (§1).

Pour sécuriser la saisie et la confiscation du patrimoine des blanchisseurs, il n'est pas rare en outre, que les autorités procèdent à un gel des avoirs de la personne soupçonnée. Il permet à une juridiction de rendre tous les avoirs d'une personne indisponibles, pendant un temps plus ou moins déterminé. Prononcée à titre purement conservatoire, cette mesure peut s'apparenter toutefois à une véritable sanction car elle prive la personne concernée de la libre disposition de ses biens et revenus. Elle touche en outre à l'essence même de la délinquance économique, en particulier des activités de corruption qui ont pour unique objectif de procurer des profits à leur auteur. Le gel des avoirs produit donc un effet très dissuasif sur les auteurs de corruption (§2).

§1 – LA SAISIE DES BIENS MAL ACQUIS

1181. En droit français, la saisie des « biens mal acquis » connaît une actualité florissante. De nombreuses actions ont été entreprises pour permettre la saisie et la confiscation des biens acquis sur le territoire français par des hommes politiques étrangers et payés avec le produit d'activités corruptrices commises à l'étranger. La position adoptée par les juridictions françaises démontre la sévérité des mesures anti-blanchiment et la volonté ferme de condamner sévèrement toutes les activités de corruption, y compris par le biais du blanchiment de leur produit lorsqu'elles ne peuvent trouver directement de réponse pénale.

Il ressort donc de cette actualité qu'il est aujourd'hui possible de condamner certaines pratiques corruptrices échappant normalement à la compétence des juridictions françaises, sous l'angle du blanchiment de leur produit. Cette condamnation est même parfois plus sévère que la seule répression des pratiques corruptrices. Les sanctions de confiscation en matière de blanchiment apparaissent, en effet, beaucoup plus sévères que celles applicables aux infractions de corruption.

Mais si les mesures de confiscation des « biens mal acquis » apparaissent si dissuasives de la corruption (B), c'est parce que l'autonomie de l'infraction de blanchiment par rapport à son infraction principale a été préalablement consacrée (A).

A - L'avantage de la consécration d'une autonomie du blanchiment par rapport à l'infraction principale

1182. Le blanchiment est, comme soulevé en première partie de cette étude, une infraction de conséquence. Pour être consommé, une infraction principale doit donc avoir été préalablement commise. Considéré pendant longtemps comme l'infraction « sœur » du recel, le délit de blanchiment n'était pas, au départ, applicable à l'auteur de l'infraction principale. Son intérêt en matière de corruption était limité.

Mais la jurisprudence a par la suite modifié sa position. Dans un arrêt du 14 janvier 2004²⁹⁰⁴, la Cour de Cassation a consacré une première fois son autonomie, considérant que « *l'article 324-1 alinéa 2 [était] applicable à l'auteur du blanchiment d'une infraction qu'il a lui-même commise* ». Cette position a été réaffirmée dans un arrêt du 20 février 2008²⁹⁰⁵ qui a semblé étendre l'autonomie à toutes les formes de blanchiment, y compris le blanchiment par justification²⁹⁰⁶.

La qualification de blanchiment est depuis lors applicable à l'auteur de l'infraction principale. Cet aspect présente un intérêt particulier car l'auteur de pratiques corruptrices pourra toujours être poursuivi pour blanchiment, y compris lorsque des poursuites pour corruption s'avèrent impossibles à son égard.

1183. La consécration de l'autonomie du blanchiment en droit français a, en effet, été prioritairement une consécration par rapport à l'infraction principale. Dans son arrêt du 20 février 2008, la Cour précise que le blanchiment est une infraction « *générale, distincte et autonome* ». Par conséquent, les poursuites pour blanchiment restent possibles même lorsque celles pour l'infraction principale ne le sont pas pour des raisons tenant à l'auteur ou à l'infraction elle-même.

1184. De ce fait, les poursuites pour blanchiment restent possibles alors que l'infraction principale est déjà prescrite. Comme soulevé, un arrêt du 31 mai 2012²⁹⁰⁷ consacre l'autonomie du blanchiment à cet égard. La Haute Cour a affirmé très clairement « *le blanchiment constituant un délit distinct, la prescription qui le concerne est indépendante de celle qui s'applique à l'infraction originaire* ».

1185. Plus intéressant encore, les poursuites pour blanchiment restent possible même lorsqu'il porte sur le produit de pratiques corruptrices « internationales ».

D'une part, les juridictions françaises considèrent que le blanchiment reste condamnable lorsqu'il a été commis sur le territoire français alors même que l'infraction principale a été commise à l'étranger et en dehors du ressort de compétence des juridictions françaises. C'est notamment la position de la Cour de Cassation qui l'a affirmé dans un arrêt du 24 février 2010²⁹⁰⁸. Dans cette affaire, un ministre nigérian était poursuivi en France pour y avoir fait transiter, circuler et convertir, de façon habituelle, le produit d'activités corruptrices commises au Nigéria. Le prévenu soutenait que sa poursuite n'était pas fondée étant donné que les actes de corruption avait été commis en dehors du territoire français²⁹⁰⁹. En outre, à l'époque des faits, ces activités ne représentaient pas une infraction au regard du droit pénal français qui n'avait pas encore ratifié la Convention de l'OCDE²⁹¹⁰. Mais la Cour de Cassation en a décidé autrement. Elle s'est positionnée en faveur du maintien des poursuites à l'encontre des prévenus sous les chefs de blanchiment aux motifs que cette infraction était « *générale, distincte et autonome* ». Elle n'était donc pas soumise au même régime que l'infraction principale de corruption. En outre, si l'infraction de corruption à l'origine du

²⁹⁰⁴ Cass. Crim., 14 janvier 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°12 ; *JCP G*, 2004, II, 10081, note H. Matsopoulou ; *Dalloz*, 2004, p. 1377, note C. Cutajar ; *Droit pénal*, 2004, comm. n°48, note M. Véron ; *RSC*, 2004, p. 350, obs. R. Ottenhof ; *JCP G*, 2004, IV, 1487 ; *Gazette du Palais*, 2004, obs. O. Raynaud.

²⁹⁰⁵ Cass. Crim., 20 février 2008, *Bull. Crim.*, 2008, n°43 ; *Dalloz*, 2008, p. 1573, obs. C. Mascala ; *Droit pénal*, 2008, obs. M. Véron ; *JCP G*, 2008, II, 10103, note J. Lasserre-Capdeville ; *Dalloz*, 2008, note. C. Cutajar

²⁹⁰⁶ Voir *supra* n°264.

²⁹⁰⁷ Cass. Crim., 31 mai 2012, n°12-80715 ; *Dalloz actualité*, 22 juin 2012, note S. Lavric.

²⁹⁰⁸ Cass. Crim., 24 février 2010, n°09-82857 ; *JCP G*, 2010, n°23, 629, note C. Cutajar ; *Droit pénal*, 2010, n°4, comm. 42, obs. M. Véron.

²⁹⁰⁹ M. Véron, « Infractions diverses et compétences des juridictions françaises », *Droit pénal*, 2003, comm. 142.

²⁹¹⁰ C. Cutajar, « Autonomie du blanchiment dans un contexte international », note sous arrêt du 24 février 2010, *op. cit.*

blanchiment n'était pas encore directement incriminée en droit français, les fonds devaient tout de même être considérés comme illicites puisque les activités du prévenu, si elles avaient été commises en France, seraient tombées sous le coup de l'article 432-11 du code pénal.

1186. D'autre part, la jurisprudence a considéré que l'immunité attachée à certaines personnes ne jouait pas en matière de blanchiment. C'est du moins la position de la Cour de Cassation dans un arrêt du 16 janvier 2013²⁹¹¹. Dans cette affaire, les prévenus cumulaient des activités de commerce illégal d'armes effectuées au nom et pour le compte de l'Etat angolais et de blanchiment dans le cadre de diverses opérations immobilières, notamment l'achat d'immeubles de grand standing à Paris. Lors de leur condamnation pour blanchiment, les prévenus ont fait valoir leur immunité diplomatique et soutenaient « *que leurs actes relevaient du droit international et non des tribunaux français* ». La Cour a fermement rejeté cette argumentation. Selon elle, il convenait de faire une distinction très nette entre les activités relatives à la vente d'armes relevant du droit international et pour lesquelles l'immunité se maintenait et les activités de blanchiment de ces infractions principales, relevant du « droit commun »²⁹¹². En d'autres termes, si une immunité peut faire obstacle aux poursuites de l'auteur pour l'infraction principale, ce n'est en revanche pas le cas pour le blanchiment du produit de ces activités qui, relevant du droit commun, n'est soumis à aucune immunité.

Cette position est très intéressante en matière de corruption puisque, comme soulevé²⁹¹³, l'immunité représente un obstacle important à la répression des pratiques corruptrices. Si cette position jurisprudentielle vient à se confirmer, il sera donc possible de condamner les auteurs de corruption bénéficiant d'une immunité dès lors qu'ils auront procédé au blanchiment de ces activités sur le territoire national.

1187. La condamnation d'auteurs de corruption, nationaux ou étrangers, reste donc possible par le biais du blanchiment lorsque les poursuites pour l'infraction principale s'avèrent impossibles ou prescrites. Même si la condamnation pour corruption n'est pas directe, l'autonomie du blanchiment fait obstacle à l'impunité totale d'une partie des auteurs de pratiques corruptrices. Mais si cet aspect apparaît déjà dissuasif, ce n'est pas le plus sévère.

Lorsque les activités corruptrices sont poursuivies sous la qualification de blanchiment du produit de la corruption, ce sont les peines prévues en matière de blanchiment qui trouvent à s'appliquer et non celles prévues pour les délits de corruption. Or, il s'avère que les mesures anti-blanchiment sont beaucoup plus sévères. Tel est le cas, notamment, des peines de confiscation et de saisie des « biens mal acquis ».

B - L'aspect dissuasif des mesures de confiscation des « biens mal acquis »

1188. Les peines principales prévues pour le délit de blanchiment sont de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende. Elles sont moins lourdes que celles applicables pour les délits de corruption. Pour rappel, en droit français, les délits de corruption interne et de corruption transnationale sont punis d'une peine de dix ans d'emprisonnement et d'un million d'euros dont le montant peut être porté au double du produit tiré de

²⁹¹¹ Cass. Crim, 16 janvier 2013, n°11-83689 ; *Droit pénal*, 2013, comm. 34, obs. M. Véron ; *Lamy droit pénal des affaires*, février 2013, p. 15 ; *Dalloz*, 2013, p. 1656, obs. C. Mascala.

²⁹¹² C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Dalloz*, panorama, 2013, p. 1657.

²⁹¹³ Voir *supra* n°471 et s.

l'infraction²⁹¹⁴. Les délits de corruption privée, quant à eux, sont punis d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 euros d'amende dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction²⁹¹⁵.

A première vue, la condamnation des infractions de corruption au travers du délit de blanchiment de leur produit semble nettement moins punitive, notamment au regard de l'amende encourue. Toutefois, comme soulevé, les peines principales ne sont pas celles qui revêtent le caractère le plus dissuasif à l'égard des auteurs de corruption²⁹¹⁶. L'emprisonnement est, en effet, vécu comme un risque acceptable dans la mesure où l'auteur peut continuer de bénéficier du produit de ses activités à l'issue de la peine. Sur ce point, la peine de confiscation apparaît bien plus dissuasive car elle a pour vocation de priver l'auteur de tous ses revenus issus des pratiques corruptrices, voire de tout ou partie de ses biens. Or la peine complémentaire de confiscation applicable en matière de blanchiment est beaucoup plus sévère que celle prévue pour la répression des pratiques de corruption. En outre, la procédure applicable en matière de saisie à des fins de confiscation apparaît bien plus effective en matière de blanchiment. Elle s'affranchit des obstacles liés à la poursuite des infractions de corruption.

1189. L'article 324-7 12° du code pénal prévoit une peine complémentaire de confiscation générale pour le blanchiment. Contrairement à ce qui est établi en matière de corruption, le législateur confère ici la possibilité au juge de prononcer la confiscation de tout ou partie des biens du condamné. La confiscation peut concerner les biens dont l'auteur est le propriétaire personnel ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, ceux dont il a la libre disposition, quelle qu'en soit la nature : meuble ou immeuble, divis ou indivis.

Cette peine permet d'atteindre directement le patrimoine du condamné²⁹¹⁷ et de manière conséquente. La confiscation peut, en outre, s'effectuer en « valeur » selon les dispositions de l'article 131-21 du code pénal, ce qui permet de saisir des biens dont la valeur correspond au montant des capitaux blanchis. Cette technique permet « *d'éviter que la saisie soit paralysée par la dissimulation ou la dissipation des biens provenant de l'infraction* »²⁹¹⁸. Cet aspect ne représente toutefois pas une innovation en comparaison du dispositif applicable en matière de corruption qui prévoit cette même possibilité.

1190. La loi du 6 décembre 2013 a en revanche élargi considérablement le domaine de la confiscation générale en y incluant sans ambiguïté, les personnes morales²⁹¹⁹. Cet aspect est très important en matière de corruption puisqu'il n'est plus un secret que les personnes morales sont régulièrement auteurs d'activités corruptrices. Or, comme soulevé, les juges restent encore frileux à prononcer des peines de confiscation à leur égard lorsqu'ils les condamnent pour corruption.

1191. La loi du 6 décembre 2013 a également facilité la preuve du blanchiment. Le législateur a créé un nouvel article 324-1-1 du code pénal qui dispose : « *pour l'application de l'article 324-1, les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de*

²⁹¹⁴ C. Pén., art. 432-11, 433-1, 435-1, 435-3.

²⁹¹⁵ C. Pén., art. 445-1 et 445-2.

²⁹¹⁶ Voir *supra*, en particulier, n°577.

²⁹¹⁷ C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Dalloz*, panorama, 2014, p. 1567.

²⁹¹⁸ *Ibid.*

²⁹¹⁹ H. Robert, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. – A propos de la loi du 6 décembre 2013 », *JCP E*, 2014, n°6, doct. 182, n°34 ; C. Cutajar, « Le nouvel arsenal de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *JCP E*, 2013, n°52, 1366 ; C. Mascala, *Ibid.*

placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus. ».

La loi consacre donc une présomption d'illicéité des biens ou revenus « *dès lors qu'une opération de placement, de dissimulation ou de conversion portant sur eux ne se conçoit pas autrement que pour en effacer l'origine* »²⁹²⁰. Contrairement au régime applicable en matière de corruption, le législateur a établi une présomption de blanchiment. Cette disposition a pour dessein indiscutable de lever l'exigence de caractérisation de l'infraction principale²⁹²¹. Rappelons, ici, que la preuve de l'infraction principale avait déjà été fortement assouplie par la jurisprudence qui avait qualifié le blanchiment d'infraction « *générale, distincte et autonome* »²⁹²². Toutefois, cette solution n'exonérait pas totalement de la qualification de l'infraction principale puisqu'elle reste un élément constitutif du délit. Ce nouvel article permet donc de s'affranchir de l'exercice difficile de qualification. En outre, cette disposition opère un renversement de la charge de la preuve. En d'autres termes, elle établit une présomption de culpabilité et il appartiendra à celui qui est présumé être l'auteur d'un délit de blanchiment d'apporter la preuve de la nature et de la licéité de l'opération réalisée²⁹²³.

Une telle présomption rend la condamnation pour blanchiment plus aisée et permet au juge de prononcer plus facilement une peine de confiscation. Elle est, toutefois, manifestement limitée à la deuxième forme de blanchiment incriminée à l'article 324-1 al. 2. Si cette limitation peut se comprendre au regard de la difficulté d'apporter la preuve des opérations de blanchiment dans le cadre de montages très complexes et opaques, il aurait été souhaitable pour certains auteurs que le législateur précise expressément la limitation dans un souci de respect du principe de légalité²⁹²⁴.

1192. Une critique peut néanmoins être formulée quant au dispositif applicable en matière de confiscation pour le délit de blanchiment. Le législateur attache encore trop d'importance à la propriété personnelle. La notion d'ayant droit économique ou de bénéficiaire effectif n'est toujours pas venue remplacer celle de « libre disposition ». Cela apparaît d'autant plus regrettable que l'objectif même du blanchiment est de détacher la personne de la propriété des biens blanchis au moyen de montages juridico-financiers très complexes²⁹²⁵.

1193. Les mesures de confiscation en matière de blanchiment semblent, en outre, pouvoir bénéficier d'une exécution plus aisée qu'en matière de corruption. Cette aptitude se retrouve notamment dans le cadre d'affaires de blanchiment transnational. Comme soulevé, les mesures de confiscations ne peuvent être effectives que par la mise en œuvre de procédures de saisies. Or une procédure de saisie est organisée à des fins conservatoires et non répressifs. Par conséquent, elle est plus facile à mettre en œuvre qu'une condamnation pénale dans le cadre d'une coopération internationale²⁹²⁶.

1194. L'Union Européenne, d'abord, a adopté une décision-cadre en 2006²⁹²⁷ relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation. Le principe a vocation à s'appliquer tant aux décisions répressives de confiscation qu'aux

²⁹²⁰ C. Mascala, *Ibid.*

²⁹²¹ H. Robert, « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. – A propos de la loi du 6 décembre 2013 », *op. cit.*, n°8.

²⁹²² Voir *supra* n°262 et s.

²⁹²³ C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *op. cit.*, 2014, p. 1567.

²⁹²⁴ *Ibid.*

²⁹²⁵ Cf En ce sens, C. Cutajar, « Le nouveau droit des saisies pénales », *AJ Pénal*, 2012, p. 124.

²⁹²⁶ Pour le caractère conservatoire de la mesure de saisie pénale, Voir *supra* n°492 et s.

²⁹²⁷ Décision-cadre, n°2006/783/JAI, « Décision-cadre du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation », 6 octobre 2006, *JOCE*, n° L 32, 24 novembre, pp. 0059 – 0078.

mesures conservatoires relative à la saisie des produits d'origine criminelle. Selon le texte, une décision de saisie ou de confiscation émanant d'un Etat membre de l'UE a vocation à être directement appliqué par les autorités judiciaires de l'Etat membre requis. L'exécution d'une mesure de confiscation peut concerner tous les biens et revenus, y compris la résidence habituelle ou le siège social, que possède l'auteur poursuivi ou condamné²⁹²⁸.

1195. Dans le cadre d'une coopération interétatique en dehors des frontières de l'UE, la mesure de confiscation et de saisie conservatoire apparaît, ensuite, plus aisée à mettre en œuvre. Etant donné qu'il ne s'agit que d'une mesure conservatoire, la demande de coopération entre dans le cadre de l'entraide judiciaire et non de l'extradition ou autre mesure relative à l'exéquat d'une décision répressive.

Le principe de double incrimination reste cependant une condition à l'exécution d'une mesure d'entraide. Toutefois ce il semble assoupli en comparaison avec les infractions de corruption.

Le blanchiment des produits de la corruption est incriminé par la Convention de Mérida. Par conséquent, toutes les dispositions prévues par la Convention pour faciliter les mesures de coopération en matière de corruption sont applicable au blanchiment de son produit. Tel est notamment le cas de l'article 46§9 qui encourage les Etats à accepter la fourniture d'une assistance sans double incrimination.

Lorsque la demande porte sur l'infraction de blanchiment, le principe de double incrimination est beaucoup plus aisément respecté. Les deux législations incriminent indiscutablement le blanchiment ce qui permet de contourner les difficultés liées à la double incrimination des infractions principales de corruption. A titre d'exemple, une demande de coopération formulée par la France au Vietnam relative au délit de corruption passive transnationale a peu de chance d'aboutir puisque le Vietnam n'incrimine pas ces agissements. En revanche, une demande de coopération pour le blanchiment du produit de ces agissements peut aboutir dans la mesure où le Vietnam incrimine aussi le blanchiment.

1196. En tant que mesure conservatoire, la saisie du produit d'une corruption aux fins de confiscation n'est pas considérée comme une atteinte au droit de propriété. C'est du moins la position de la Cour de Cassation qui considère qu'en tant que mesure conservatoire, la saisie de biens aux fins de confiscation ne représente pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété.

C'est du moins la solution dégagée dans un arrêt du 11 juin 2008²⁹²⁹. Dans cette affaire, la justice française agissait en exécution d'une commission rogatoire internationale délivrée par le Guatemala à l'encontre de l'ancien président et de son ex-épouse. Le juge d'instruction avait fait procéder à la saisie d'un compte bancaire ouvert au nom de l'ex-épouse et de sa fille. Ces dernières ont critiqué de cette décision en arguant une atteinte au droit de propriété résultant de l'entrave portée au libre usage du bien²⁹³⁰. La Cour de Cassation a clairement rejeté cette argumentation et a considéré que la mesure ne représentait pas une atteinte au droit de propriété en ce qu'elle « *suivait un objectif d'intérêt général résidant dans l'exécution par l'Etat français de ses obligations résultant de la Convention des Nations Unies contre la corruption* »²⁹³¹.

²⁹²⁸ Y. Charpenel, « L'appréhension française de la confiscation des avoirs criminels », in International Association of Anti-Corruption Authorities (IAACA), *Fourth seminar of IAACA*, 25 à 28 juin 2012, Dalian, China, p. 2.

²⁹²⁹ Cass. Crim, 11 juin 2008, *op. cit.*

²⁹³⁰ Cf S. Lavric, « Corruption : entraide judiciaire internationale », *op cit.*

²⁹³¹ Cf A.-C. Fortas, « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *op. cit.*

Cette position a été réitérée dans un arrêt du 4 juin 2009²⁹³² relatif à l'exécution d'une demande de saisie formulée par le Tribunal de Milan. Dans cette affaire, la difficulté s'est posée autour de la notion française relative à la « libre disposition » qui était en contradiction avec la demande des autorités milanaise. Mais la Cour n'a pas relevé l'argument soulevé relatif à l'atteinte à la propriété. Elle y a, cependant, répondu de manière détournée en considérant que l'exécution de la demande ne pouvait porter atteinte à l'ordre public dès lors que la requête tendait à la confiscation d'un immeuble acquis par le blanchiment des sommes issues d'une organisation criminelle²⁹³³.

1197. Enfin, A l'image de la position adoptée en matière de condamnation pour blanchiment, la Cour de Cassation ne retient pas l'argument relatif à l'immunité dont bénéficie le « propriétaire » des biens saisis aux fins de confiscation. La Cour énonce très clairement cette position dans un arrêt du 5 mars 2014²⁹³⁴ relatif à la fameuse affaire des « *biens mal acquis* ». Dans cet arrêt, le fils du Président en exercice de la Guinée équatoriale, Monsieur Teodoro A., contestait la saisie de biens dont il avait acquis la propriété après la cession effectuée par son père en sa faveur. Parmi les arguments pris en l'appui de sa demande, il invoquait le bénéfice de son immunité considérant que les locaux étaient la propriété de l'Etat de Guinée équatoriale. Mais la Cour de Cassation a fermement rejeté cet argument. Elle a énoncé que l'ensemble immobilier saisi n'était pas un « *local de la mission diplomatique de la Guinée équatoriale* ». En conséquence, Monsieur Teodoro A. « *ne bénéficiait pas de l'immunité invoquée* »²⁹³⁵.

1198. L'affaire des biens mal acquis est d'ailleurs une très bonne illustration de l'efficacité des mesures de saisie en matière de blanchiment et de l'effet dissuasif qu'elles peuvent avoir pour les auteurs de corruption.

Pour rappel, cette affaire a débuté par le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile formulée par les ONG Sherpa et Transparency international France contre les chefs d'Etat du Congo-Brazzaville, du Gabon et de la Guinée équatoriale ainsi que leur proche famille²⁹³⁶ pour détournement de fonds publics, abus de biens sociaux, blanchiment, complicité de ces délits, abus de confiance et recel²⁹³⁷. Ce dépôt a fait de nombreux débats, notamment relatifs à la capacité pour ces associations de se constituer partie civile. Mais, outre la déclaration de recevabilité de partie civile d'une association non agréée, l'arrêt de la Cour de Cassation du 9 novembre 2010²⁹³⁸ et les arrêts suivants relatifs à cette affaire fournissent de nombreux autres apports.

1199. La Cour se positionne, d'abord, sur la recevabilité même d'une demande de saisie de biens acquis par de hauts dignitaires étrangers au moyen de pratiques corruptrices. Dans ses conclusions, le parquet avait invoqué l'article 435-6 du code pénal qui, à l'époque, prévoyait qu'il détenait le monopole des poursuites à l'encontre des affaires de corruption transnationale. Pour répondre à cet argument par la négative, la Cour a précisé que, « *même s'ils sont favorisés par des pratiques de corruption, les délits de recel et de blanchiment [...] sont distincts de cette infraction.* »²⁹³⁹. En d'autres termes, la Haute Cour a de nouveau

²⁹³² Cass. Civ. 2^{ème}, 4 juin 2009, *Dalloz*, 2009, p. 2250, note C. Cutajar.

²⁹³³ C. Cutajar, « La saisie du produit du blanchiment sur le territoire français », note sous arrêt Cass. Civ. 2^{ème}, 4 juin 2009, *Dalloz*, 2009, p. 2252.

²⁹³⁴ Cass. Crim. 5 mars 2014, *Dalloz actualité*, 3 avril 2014, obs. C. Fonteix ; *Dalloz*, 2014, p. 613.

²⁹³⁵ « Saisie pénale (affaire des « biens mal acquis ») : immunité diplomatique de la République de Guinée équatoriale », *Dalloz*, 2014, p. 613 ; C. Fonteix, « Biens mal acquis, une illustration de l'efficacité des saisies pénales », *Dalloz actualité*, 3 avril 2014.

²⁹³⁶ Cf TI France, « « Biens mal acquis », la Cour de Cassation juge recevable la plainte de TI France », *TI France*, site officiel.

²⁹³⁷ S. Lavric, « Affaire des « biens mal acquis » : recevabilité de la constitution de partie civile », *op. cit.*, p. 2707.

²⁹³⁸ Cass. Crim. 9 novembre 2010, *op. cit.*

²⁹³⁹ M. Pedriel-Vaissière, « La poursuite des faits de corruption à la lumière des « biens mal acquis » », *Dalloz*, 2011, p. 112.

consacré l'autonomie du blanchiment par rapport à la corruption. Par conséquent, bénéficiant d'un régime propre, les poursuites pour blanchiment n'étaient pas soumises aux dispositions de l'ancien article 435-6 du code pénal.

1200. La Cour a, ensuite, rendu un arrêt de cassation sans renvoi en déclarant la constitution de partie civile de l'ONG recevable. Elle a implicitement admis qu'une condamnation pour blanchiment de hauts dignitaires étrangers était envisageable dans la mesure où les autorités de poursuites parvenaient à recueillir les preuves nécessaires à une telle condamnation. La Cour aurait très bien pu rejeter d'office la demande au regard de l'immunité dont bénéficiaient les chefs d'Etats concernés qui, précisons-le, sont toujours en exercice²⁹⁴⁰. En ne soulevant pas ce point, la Cour a donc considéré que l'immunité était susceptible de ne pas jouer en matière de blanchiment. Cette position, la Cour l'affirmera très clairement en 2013²⁹⁴¹.

1201. A la suite de l'arrêt de 2010, les autorités ont continué leurs actes de poursuite. Le 19 juillet 2012, le juge d'instruction en charge de l'affaire a procédé à la saisie, à titre conservatoire, d'un ensemble immobilier situé à Paris détenu par le président guinéen et dont la propriété avait visiblement été transférée à son fils²⁹⁴². Toutefois, les locaux avaient été officiellement affectés à sa mission diplomatique. Par conséquent, en apparence, ils étaient la propriété de l'Etat de Guinée équatoriale. Loin de se laisser impressionner par une propriété étatique d'apparence, la Cour de Cassation confirme la validité de la saisie. Cette nouvelle décision donne, une fois de plus, des indications sur l'efficacité des mesures de saisie et de confiscation en matière de blanchiment.

D'une part, Le pourvoi invoquait que la République de Guinée équatoriale, propriétaire officiel des biens immobiliers, était un « tiers de bonne foi ». Par conséquent, la saisie n'était pas valable au regard des dispositions de l'article 131-21 du code pénal, protectrices du droit de propriété des tiers de bonne foi. Toutefois, la Cour de Cassation a invalidé ces arguments en considérant que les personnes poursuivies avaient usé de manœuvres. Toutes les pièces étant réservées à un usage exclusif d'habitation privée, il ne faisait aucun doute que les prévenus en avaient la libre disposition²⁹⁴³. La clause relative à la bonne foi ne saurait donc jouer même lorsque le propriétaire « apparent » n'est autre qu'un Etat.

D'autre part, le pourvoi invoquait, comme soulevé, l'immunité dont bénéficiait le demandeur. Il invoquait que le bien avait été grevé à sa mission diplomatique. Par conséquent, la saisie était invalide au regard de l'immunité dont il bénéficiait. La Cour a encore invalidé ces arguments. La propriété « étatique » n'était qu'apparente et le prévenu avait la libre disposition du bien. De ce fait, il ne pouvait bénéficier de l'immunité invoquée²⁹⁴⁴.

Enfin, la mesure de saisie ayant été appliquée afin de garantir une confiscation générale du patrimoine des personnes poursuivies, le demandeur au pourvoi invoquait le fait que la procédure n'avait pas respecté les dispositions de l'article 324-7 du code pénal imposant que le juge d'instruction recueille au préalable l'avis du Ministère public. Une fois de plus, la Cour a rejeté ces arguments en considérant que la mesure de saisie était une mesure

²⁹⁴⁰ Sur l'immunité absolue de principe des chefs d'Etats en exercice, voir *supra* n°496.

²⁹⁴¹ Cass. Crim, 16 janvier 2013, *op. cit.*

²⁹⁴² C. Fonteix, « Biens mal acquis, une illustration de l'efficacité des saisies pénales », *op. cit.*

²⁹⁴³ *Ibid.*

²⁹⁴⁴ Dalloz, « Saisie pénale (affaire des « biens mal acquis ») : immunité diplomatique de la République de Guinée équatoriale », *Dalloz*, 2014, p. 613.

conservatoire. A ce titre, elle n'avait pas de vocation répressive et ne devait pas être soumise au même formalisme que la confiscation prévue à titre de peine complémentaire²⁹⁴⁵.

1202. Toutes les décisions prises par les autorités juridictionnelles relatives à l'affaire des « *biens mal acquis* » nous démontrent l'intérêt des mesures de saisie et de confiscation en matière de blanchiment. Elles semblent s'affranchir de tous les obstacles identifiés dans le cadre de la lutte contre la corruption, qu'il s'agisse de la notion de double incrimination ou du problème soulevé par l'immunité. Même si ces mesures ne sauraient permettre une condamnation directe des auteurs de corruption, elles apparaissent comme particulièrement dissuasives en ce qu'elles s'attaquent directement aux bénéficiaires issus de la corruption.

Comme soulevé, l'aspect dissuasif de ces mesures ressort de la possibilité, pour les autorités, de poursuivre et condamner certaines pratiques corruptrices par le biais de leur blanchiment. Mais la dissuasion est d'autant plus forte lorsqu'on s'intéresse à la possibilité du cumul des poursuites. Cette possibilité est ouverte en France sans contrevenir au principe *non bis in idem* puisque les faits à l'origine de chacune des qualifications restent distincts. Un cumul de condamnation permet d'assurer une condamnation directe des pratiques corruptrices et un anéantissement total des bénéficiaires issus de la corruption par leur confiscation.

L'autre mesure anti-blanchiment qui peut s'avérer tout aussi dissuasive, voire plus, est le gel des avoirs. Son potentiel dissuasif peut apparaître plus élevé que dans le cadre de la saisie des « biens mal acquis » car il peut parfois intervenir à titre purement conservatoire et en dehors de toute procédure relative à la poursuite ou au jugement de l'auteur.

§2 – LE GEL DES AVOIRS

1203. Le terme général de « gel » désigne « *toute mesure prise afin d'empêcher provisoirement la destruction, la transformation, le déplacement ou l'aliénation d'un bien* »²⁹⁴⁶. Le gel des avoirs est donc une mesure provisoire visant à empêcher tout mouvement, transfert ou utilisation de fonds, d'instruments financiers ou de ressources économiques²⁹⁴⁷. Techniquement, une procédure de gel va souvent se traduire par un blocage des comptes bancaires de la personne concernée. Cette mesure est régulièrement associée, du moins en droit français, au dispositif visant à combattre les activités de blanchiment et de financement du terrorisme.

1204. Toutefois, l'analyse du droit international et du droit français de transposition nous permet de distinguer deux procédures relatives au gel.

La première procédure est une mesure de coopération. Elle vise, pour un pays requis, de procéder au gel d'un bien ou d'un avoir à la demande l'Etat requérant à des fins conservatoires ou probatoires. Cette procédure n'est pas spécifique au blanchiment mais elle s'y attaque en pratique puisque la majorité des demandes de gel portent sur le produit d'infractions (A).

La deuxième procédure est en revanche très spécifique et prononcée à titre de sanction « internationale ». En droit français, cette mesure est prévue aux articles L562-1 et suivants du

²⁹⁴⁵ C. Fonteix, « Biens mal acquis, une illustration de l'efficacité des saisies pénales », *op. cit.*

²⁹⁴⁶ M. Massé, « L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation », *RSC*, 2006, p. 463, n°3.

²⁹⁴⁷ A. Belayachi et M. Bureau, *Lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux*, *op. cit.*, 55.

code monétaire et financier. La loi du 23 janvier 2006²⁹⁴⁸ avait l'aurait limité au seul domaine de la lutte contre le terrorisme, mais l'ordonnance de 2009 relative à la transposition de la 3^{ème} directive anti-blanchiment, a étendu le domaine d'application aux cas de sanctions financières internationales. Depuis lors, cette mesure très sévère et considérée comme une sanction internationale est susceptible de s'appliquer à des situations de blanchiment ou de corruption. Il s'agit de la procédure de gel des avoirs dans le cadre des sanctions financières internationales (B).

A -Le gel applicable dans un contexte de coopération

1205. La notion de gel est associée au blanchiment puisque son texte fondateur n'est autre que la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants du 19 décembre 1988²⁹⁴⁹. C'est aussi cette Convention qui a, pour la première fois, incriminé le blanchiment associé au produit du trafic de stupéfiant. Le texte vise non seulement les stupéfiants à l'origine du trafic mais également leurs produits, c'est-à-dire les revenus générés par le trafic²⁹⁵⁰.

1206. Cantonnée au départ à la lutte contre le trafic de stupéfiants, la nécessité du gel des biens et de leur confiscation ultérieure s'est ensuite étendue à toutes les formes de la criminalité organisée, avec une insistance sur le financement du terrorisme et la corruption²⁹⁵¹. La Convention de Mérida prévoit effectivement, en son article 31, l'obligation de mettre en place des mesures visant au gel, à la saisie et à la confiscation des produits issus des activités corruptrices et de leur blanchiment. La notion de gel se retrouve également à l'article 46 du texte relatif aux mesures d'entraides que les Etats parties doivent s'accorder. Mais si la mesure de gel semble être importante pour la Convention, elle ne lui consacre pas pour autant un article entier. La notion est toujours accolée à celle de confiscation. Par conséquent, le texte ne lui donne pas de définition propre et autonome.

1207. La Convention du Conseil de l'Europe de 1990²⁹⁵² relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime est le premier instrument international spécifique à la lutte contre le blanchiment. Le texte associe définitivement, ne serait-ce que dans son titre, les notions de blanchiment et de gel. Toutefois, il ne prévoit aucune définition de la notion de « gel ». Selon l'article 11, le gel est un synonyme de saisie et les deux termes s'entendent d'une mesure visant à « *prévenir toute opération, tout transfert ou toute aliénation relativement à tout bien qui, par la suite, pourrait faire l'objet d'une demande de confiscation ou qui pourrait permettre de faire droit à une telle demande* ». Dans la deuxième Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, celle du 26 mai 2005²⁹⁵³, on trouve une définition plus précise de la notion de gel. Selon l'article 1^{er} du texte, le gel reste encore parfaitement synonyme de saisie et les deux termes désignent « *l'interdiction temporaire du transfert, de la destruction, de la conversion, de la disposition ou du mouvement de biens ou le fait d'assumer temporairement la garde ou le contrôle de biens, sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente* ».

²⁹⁴⁸ Loi, n°2006-64, « Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers », *JORF*, n°0020, 24 janvier 2006, p. 1129.

²⁹⁴⁹ Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, *Nations Unies*, 20 décembre 1988.

²⁹⁵⁰ *Ibid.*, art. 5.

²⁹⁵¹ M. Massé, « L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation », *op. cit.*, n°5.

²⁹⁵² Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strasbourg, *STE*, n°141,8 novembre 1990.

²⁹⁵³ Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, 26 mai 2005.

1208. Pour se mettre en accord avec ces dispositions internationales, l'UE a adopté une première action commune du 3 décembre 1998²⁹⁵⁴ concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime. Elle visait à obliger les Etats membres à renforcer leur coopération dans ce domaine. Ces mesures ont été reprises par une décision-cadre du 26 juin 2001²⁹⁵⁵ qui les a quelque peu renforcées. Ces textes avaient pour objectif que les Etats renoncent à certains motifs de refus classiques applicables à la procédure générale d'entraide judiciaire.

Le 22 juillet 2003, l'UE a adopté une décision cadre relative à l'exécution des décisions de gel des avoirs ou des éléments de preuve²⁹⁵⁶. Ce texte marque une étape décisive car il s'écarte du « modèle précédent » en faisant une dissociation très nette entre les notions de gel et de confiscation. Ici, la décision ne s'applique qu'aux mesures relatives au gel et fonde un nouveau principe de coopération pénale en la matière²⁹⁵⁷.

Cette décision-cadre a été transposée en droit français par la loi du 4 juillet 2005²⁹⁵⁸. Depuis lors, les dispositions relatives aux mesures de coopération en matière de gel sont intégrées aux articles 695-9-1 et suivants du code de procédure pénale.

1209. Aux termes de l'article 695-9-1 du code de procédure pénale, une décision de gel s'entend d'une décision prise par une autorité judiciaire de l'Etat membre de l'UE d'exécution, sur demande d'un Etat d'émission, « afin d'empêcher la destruction, la transformation, le déplacement, le transfert ou l'aliénation d'un bien susceptible de faire l'objet d'une confiscation ou de constituer un élément de preuve ». Utilisé comme un instrument de coopération internationale, le gel vise donc toutes les mesures relatives à l'immobilisation ou à la conservation d'éléments de preuves, de biens ou d'avoirs et permet de couvrir un ensemble de mesures plus large que le domaine de la saisie *stricto sensu*²⁹⁵⁹.

Selon l'article 695-9-2 du code de procédure pénale, les biens pouvant donner lieu à la prise d'une décision de gel sont « tout bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel, ainsi que tout acte juridique attestant d'une titre ou d'un droit sur ce bien » dont l'Etat d'émission estime qu'il est le produit d'une infraction, constitue l'instrument ou l'objet de l'infraction ou est susceptible de faire l'objet de pièce à conviction. Lorsque le bien concerné est le produit de l'infraction, le législateur précise que la mesure de gel peut porter sur d'autres biens « correspondant en tout ou partie à la valeur de ce produit ».

Ces dispositions démontrent que la mesure de gel s'attaque en priorité au blanchiment en ce qu'elle vise en priorité le produit d'une infraction. La possibilité de geler des avoirs à hauteur de la valeur du produit d'une infraction permet de geler les comptes bancaires de l'auteur d'un acte de corruption ou de blanchiment du produit d'une corruption.

Cette procédure de gel ne saurait toutefois être une procédure purement interne. Elle s'inscrit dans le cadre d'une coopération internationale lorsque l'Etat d'émission souhaite procéder

²⁹⁵⁴ Action commune, n°98/699/JAI, « Action commune adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime », 3 décembre 1998, JOCE, L333, 9 décembre 1998, p. 1.

²⁹⁵⁵ Décision-cadre, n°2001/500/JAI, « Décision-cadre du Conseil concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime », 26 juin 2001, JOCE, L182, 5 juillet 2001, p. 1.

²⁹⁵⁶ *Ibid.*

²⁹⁵⁷ M. Massé, « L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation », *op. cit.*, n°8.

²⁹⁵⁸ Loi, n°2005-750, « Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice », 4 juillet 2005, JORF, n°156, 6 juillet 2005, p.11136. Cette loi a également créé, en droit français, le délit de corruption privée.

²⁹⁵⁹ A. Beziz-Ayache, « La nouvelle procédure de gel de biens ou d'éléments de preuves », *AJ Pénal*, 2005, p. 410.

directement à la saisie. Dans le cadre d'une procédure interne, lorsqu'une autorité judiciaire souhaite empêcher la libre disposition d'un bien, elle procèdera directement à une saisie. Dans ce contexte, le gel s'apparente à une mesure préalable à une saisie, qu'elle ait lieu à des fins probatoires ou conservatoires.

1210. En tant que mesure de coopération, la procédure de gel répond à un certain nombre de conditions. Elles varient selon que la France est l'Etat d'émission ou d'exécution de la demande.

Lorsque la France est à l'origine de la demande, ce sont les autorités judiciaires normalement compétentes pour ordonner une saisie qui le sont également pour prendre une décision de gel et la transmettre aux autorités judiciaires compétentes de l'Etat membre d'exécution²⁹⁶⁰. Un certificat doit être établi sur le fondement de la décision de gel par l'autorité judiciaire l'ayant ordonné. Ce certificat doit respecter un certain formalisme et notamment neuf mentions décrites à l'article 695-9-3 du code de procédure pénale.

Lorsque la France est l'Etat d'exécution, la mesure est assortie de certaines conditions. Elles sont prévues à l'article 695-9-17 du code de procédure pénale.

La France abandonne partiellement le principe de double incrimination conformément aux dispositions de la directive de 2003²⁹⁶¹. Selon l'article 695-9-17 4° du code de procédure pénale, les autorités judiciaires doivent en principe refuser l'exécution d'une mesure de gel « *si la décision a été prise à des fins de confiscation ultérieure d'un bien et que les faits qui la justifient ne constituent pas une infraction permettant, selon la loi française, d'ordonner la saisie de ce bien* ». Toutefois, ce principe ne s'applique pas pour les trente-deux catégories d'infractions listées à l'article 695-23 du code de procédure pénale, dont font partie les infractions de corruption et de blanchiment.

La France conserve ses conditions traditionnelles relatives au principe de *non bis in idem* et à la clause de non-discrimination. Elle rajoute toutefois une condition relative à l'immunité de la personne ou le caractère insaisissable du bien au regard de la loi française. La condition relative à l'immunité est curieuse, notamment en matière de blanchiment, puisque dans son droit national la France ne considère pas l'immunité comme représentant un obstacle à la saisie du produit d'infractions. Cette condition de refus est toutefois conforme aux dispositions de la décision-cadre qui prévoit la possibilité, pour un Etat membre d'exécution, de refuser une demande de gel en cas d'immunité ou de privilège²⁹⁶².

1211. Comme pour le mandat d'arrêt²⁹⁶³, la procédure est purement judiciaire et elle ne fait l'objet d'aucun contrôle politique ce qui assure la rapidité de son exécution. Elle peut, en outre, concerner les ressortissants de l'Etat membre d'exécution et elle s'affranchit en partie du principe de double incrimination, en particulier pour les infractions de corruption et de blanchiment.

1212. La procédure de gel des avoirs dans le cadre d'une coopération apparaît donc comme une procédure relativement exceptionnelle réservée aux mesures d'entraide que s'accordent les Etats membres de l'UE. Dans le cadre du droit commun de l'entraide judiciaire, seule la

²⁹⁶⁰ C. Pr. Pén, art. 695-9-7. Ces autorités sont, selon les cas, le procureur de la République, les juridictions d'instruction, le juge des libertés et de la détention ou encore les juridictions de jugement.

²⁹⁶¹ A. Weyembergh, « Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne », *JCL Europe traité*, Fasc. 2720, n°47.

²⁹⁶² Décision-cadre, n°2003.577/JAI, *op. cit.*, art. 7.

²⁹⁶³ M. Massé, « L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation », *op. cit.*, n°16.

saisie est prévue. En matière de corruption et de blanchiment, la procédure de gel apparaît comme particulièrement efficace du fait de sa rapidité. Cela est notamment vrai pour les avoirs détenus sur des comptes bancaires étant donné leur volatilité extrême. Procéder à une mesure de gel de ses avoirs permet d'assurer leur saisie ultérieure sans que leur propriétaire ou bénéficiaire ne soient en mesure de les faire disparaître en un seul « clic ».

1213. L'efficacité de la mesure semble donc indiscutable et présente un sérieux aspect dissuasif. Mais, comme soulevé, il s'agit d'une procédure exceptionnelle limitée *rationae loci* au seul territoire de l'UE. La France ne prévoit pas cette mesure dans ses relations de coopération extra-UE. Le Vietnam, quant à lui, ne semble pas disposer, à première vue, d'une procédure analogue. La loi sur l'entraide judiciaire de 2007²⁹⁶⁴ prévoit comme seule possibilité, dans le cadre d'une demande d'entraide, d'exécuter des demandes de saisie et de confiscation²⁹⁶⁵. La loi sur la prévention du blanchiment de 2012 et son décret d'application, n°116/2013/ND-CP, évoquent toutefois la possibilité de « bloquer les biens de la personne concernée » dans le cadre d'une entraide judiciaire relative au blanchiment de capitaux²⁹⁶⁶. Le gel semblerait donc être une des mesures envisageables pour le Vietnam lorsqu'il est requis d'une demande d'entraide sur le fondement d'activités de blanchiment. Cependant, le décret précise que le « blocage des biens » d'une personne ne peut être mis en œuvre qu'en application de la loi sur l'entraide judiciaire qui n'y fait aucunement référence. En outre, le contrôle politique reste d'actualité puisque le même texte précise que cette demande doit être contrôlée par le Ministère de la justice. Dans les deux législations, toute demande d'entraide judiciaire de droit commun est nécessairement soumise à un contrôle politique en ralentissant nettement l'exécution. Cela permet à la personne concernée de faire disparaître très facilement ses avoirs pendant le temps de la procédure.

1214. Si cette procédure apparaît comme dissuasive, ce n'est cependant pas la mesure de gel la plus dissuasive existante, notamment en droit français. Le législateur a, en effet, créé une procédure relative au gel des avoirs dans le cadre des sanctions financières internationales. En d'autres termes, la France gèle les avoirs « français » de toutes les personnes visées par des résolutions contraignantes prises par le Conseil de Sécurité des Nations Unies (CSNU) sous l'égide du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Cette mesure très répressive était au départ limitée au seul domaine du terrorisme. En 2009, le législateur a ouvert la procédure à d'autres « infractions » visées par les résolutions des Nations Unies. Au contraire de la mesure de gel prévue dans le code de procédure pénale, cette procédure n'est pas assortie à quelque demande de coopération relative à une procédure pénale à l'encontre d'une personne. Elle intervient directement au titre de l'exécution de sanctions décidées à l'international et en dehors de toute procédure pénale. On pourrait qualifier cette procédure de « sanction extra-juridictionnelle » dont l'effet est extrêmement dissuasif.

²⁹⁶⁴ Loi, n°08/2007/QH12, « Loi sur l'entraide judiciaire », *op. cit.*

²⁹⁶⁵ *Ibid.*, art. 19.

²⁹⁶⁶ Loi, n°07/2012/QH13, « Loi de prévention du blanchiment », *op. cit.*, art. 47 et Décret, n°116/2013/ND-CP, « Decree detailing a number of articles of the law on prevention prevention and combat of Money laundering », *op. cit.*, art. 28.

B - Le gel des avoirs dans le cadre des sanctions financières internationales

1215. Depuis la résolution du CSNU n° 1373 adoptée le 28 septembre 2001²⁹⁶⁷, le gel des avoirs constitue un des axes fondamentaux de la politique criminelle de lutte contre le financement du terrorisme²⁹⁶⁸. Tous les Etats sont invités à geler « *sans attendre les fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques des personnes qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, des entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement par elles, et des personnes et entités agissant au nom ou sur instruction de ces personnes et entités, y compris les fonds provenant de biens appartenant à ces personnes, et aux personnes et entités qui leur sont associées, ou contrôlés directement ou indirectement par elles* »²⁹⁶⁹. Pour ce faire, les Nations Unies ont créé le comité 1267²⁹⁷⁰ qui a élaboré une « *black list* » de toutes les personnes à l'encontre desquelles les Etats sont tenus de prendre des mesures de gel des avoirs.

1216. En droit français, la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le financement des activités terroristes²⁹⁷¹ a instauré, pour la première fois, une procédure de gel des avoirs des personnes physiques ou morales qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme²⁹⁷². La première procédure relative au gel des avoirs dans le cadre de sanctions internationales était donc cantonnée au seul domaine du terrorisme conformément aux dispositions impératives de la résolution 1373 et du règlement européen. L'ordonnance du 30 janvier 2009 portant transposition de la 3^{ème} directive anti-blanchiment a élargi le domaine de cette procédure aux cas de sanctions financières internationales – dites d'embargo – adoptées en application des résolutions contraignantes du CSNU prises sous l'égide du Chapitre VII de la Charte des NU.

1217. Dans le cadre de cette procédure, le gel s'entend comme toute action ou abstention dont l'effet est de priver une personne ou une entité de son pouvoir de contrôle sur la chose gelée ou de la possibilité de bénéficier ou de jouir de la chose gelée. Cette mesure prise à titre de sanctions internationale concerne essentiellement les fonds, instruments financiers, ressources économiques. Le gel vise donc à empêcher tout mouvement, transfert ou utilisation de ces avoirs qui aurait pour conséquence d'entraîner un changement de leur montant, de leur localisation, de leur propriété ou de leur nature²⁹⁷³.

1218. La mesure ayant été étendue bien au-delà du domaine du terrorisme, elle a aujourd'hui vocation à s'appliquer à toutes les infractions commises à l'international à l'encontre desquelles les Nations Unies ont pris des sanctions internationales. Par conséquent, elle peut théoriquement s'appliquer aujourd'hui à des auteurs de corruption ou de blanchiment du produit d'activités corruptrices. L'internationalisation de la corruption s'intensifiant, il est parfaitement envisageable que l'ONU prenne des résolutions contraignantes pour sanctionner des pratiques corruptrices.

²⁹⁶⁷ CSNU, « Résolution 1373(2001) », CSNU, A/RES/1373 (2001), 28 septembre 2001.

²⁹⁶⁸ C. Cutajar, « Le gel des avoirs terroristes en application du règlement UE n°2580/2001 », *AJ Pénal*, 2013, p. 455.

²⁹⁶⁹ CSNU, « Résolution 1373(2001) », CSNU, A/RES/1373 (2001), 28 septembre 2001, art. 1.

²⁹⁷⁰ Le comité a été créé par la résolution 1267(1999) ; Cf CSNU, « Résolution 1267(1999) », CSNU, 15 octobre 1999, S/RES/1267 (1999).

²⁹⁷¹ Loi, n°2006-64, « Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers », *op. cit.*

²⁹⁷² M. Beaussier et H. Quintard, *Blanchiment de capitaux et financement du Terrorisme, Analyse et mise en œuvre pratique de la troisième directive européenne*, *op. cit.*, p. 176.

²⁹⁷³ A. Belayachi et M. Bureau, *Lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux*, *op. cit.*, p. 55-56 ; CMF, art. L562-4.

Cela a d'ailleurs été indirectement le cas à l'occasion du fameux « *printemps arabe* ». Cette période a été marquée par une augmentation des mesures de gel mises en œuvre. L'UE a instauré le gel des avoirs de nombreuses personnes liées aux régimes déchu de Ben Ali pour la Tunisie et de Moubarak pour l'Égypte. La raison de ces mesures de gel tenait au fait que ces personnes étaient tenues pour responsables de « *détournements de fonds publics* »²⁹⁷⁴. Ce terme peut être considéré, dans ce contexte, comme un synonyme de corruption.

1219. En droit français, le régime applicable à cette mesure particulière de gel a été inséré aux articles L562-1 et suivants du CMF. Elle est considérée comme faisant partie intégrante des mesures préventives applicables en matière de blanchiment et de financement du terrorisme. Selon l'article L562-3 du CMF, les professionnels assujettis soumis aux obligations préventives et déclaratives sont, en outre, tenus d'appliquer des mesures de gel en application des listes officielles établies au niveau national, international ou européen. Par conséquent, ils doivent redoubler de vigilance et s'assurer que leurs clients ou les bénéficiaires effectifs des opérations ne figurent pas sur ces listes²⁹⁷⁵. Le système mis en place apparaît comme extrêmement sanctionnateur puisqu'il concerne tous les avoirs, quelle que soit leur nature. Dans le cadre de cette mesure, tous les flux de capitaux, entrant ou sortant, doivent être gelés, l'exécution des transactions doit être suspendues et ce, dans la durée²⁹⁷⁶. Selon l'article L562-2 du CMF, la mesure de gel prévue dans le cadre des sanctions financières internationales est prise par le Ministre chargé de l'économie pour une durée de six mois renouvelable.

1220. L'intérêt et, à la fois, l'inconvénient de cette mesure est qu'elle intervient en dehors de toute procédure pénale. Contrairement à la procédure de gel dans le cadre d'une entraide judiciaire européenne, les personnes faisant l'objet d'une mesure de gel internationale ne sont pas nécessairement poursuivies. Nous pouvons prendre l'exemple, notamment, des mesures de gel appliquées aux personnes proches des régimes déchu de Moubarak et Ben Ali. La majorité de ces individus n'ont fait l'objet d'aucune poursuite judiciaire ni même d'investigations tendant à établir quelconque détournement public²⁹⁷⁷. Le seul fait qu'ils soient inscrits sur l'une des listes officielles supranationales ou qu'une résolution du CSNU soit prise à leur encontre justifie à lui seul la mesure de gel.

1221. L'avantage est qu'une telle mesure est extrêmement répressive. Or son applicabilité en dehors de toute procédure judiciaire la rend particulièrement dissuasive pour les auteurs de corruption ou de blanchiment.

1222. L'inconvénient est justement l'aspect extra-judiciaire de la mesure. Les conséquences d'un gel peuvent s'avérer particulièrement punitives pour la personne ou l'entité concernée. Elle la prive de la libre disposition de ses biens et revenus. En ce sens, certains n'hésitent pas à souligner le caractère pénal de la mesure²⁹⁷⁸. Par conséquent, son aspect extra-judiciaire est très critiqué par une partie de la doctrine. Dans le cadre de l'affaire relative aux « *détournements des fonds publics* », certains auteurs ont souligné que cette mesure était, la plupart du temps, prise dans l'urgence sans qu'aucun élément corroborant les accusations ne soient rapportés ni même que des investigations tendant à établir un tel détournement n'aient

²⁹⁷⁴ H. Hammel et B. Grundler, « Le gel des avoirs génère des effets pervers », *Le Monde*, 29 décembre 2011.

²⁹⁷⁵ M. Beaussier et H. Quintard, *Blanchiment de capitaux et financement du Terrorisme, Analyse et mise en œuvre pratique de la troisième directive européenne*, *op. cit.*, p. 178.

²⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 179.

²⁹⁷⁷ H. Hammel et B. Grundler, « Le gel des avoirs génère des effets pervers », *op. cit.*

²⁹⁷⁸ C'est notamment l'argument soulevé par les demandeurs à l'action en justice formée devant le Tribunal de l'Union Européenne contre une mesure de gel appliquée en vertu du Règlement européen de 2001 ; Cf Tribunal de première instance des communautés européennes, T-181/08, 19 mai 2010, *Jurisprudence EU*, n°171.

été menées. En d'autres termes, selon ces auteurs, les mesures de gel sont prises sur la base de suspicions plutôt que de preuves et elles révèlent un caractère politique plus que juridique²⁹⁷⁹. Dans les affaires portées devant le Tribunal de première instance de l'UE, il n'est donc pas rare que les demandeurs invoquent la violation du principe de présomption d'innocence²⁹⁸⁰.

1223. En outre, cette mesure peut s'apparenter comme une violation injustifiée du droit de propriété puisque qu'aucune décision judiciaire n'en est à l'origine. C'est du moins l'argument soulevé le plus souvent dans le cadre des affaires portées devant les juridictions européennes. Dans l'affaire « *Yassin Kadi et Al Barakaat international foundation c/ Conseil de l'Union européenne et commission des communautés européennes* », dont l'arrêt a été rendu par la CJCE le 3 septembre 2008, Les demandeurs avançaient l'argument selon lequel la mesure de gel constituait « *une restriction injustifiée [du] droit de propriété, dès lors que [le] règlement a été adopté sans fournir aucune garantie* »²⁹⁸¹. Tel a été aussi la position des demandeurs dans une autre affaire portée à la connaissance du Tribunal de première instance de l'UE le 19 mai 2010. Selon le demandeur, « *le gel, pour une durée indéterminée, des avoirs d'un particulier constitue une interférence caractérisée dans la jouissance paisible d'un bien* » qui ne se justifie pas au regard de sa situation personnelle²⁹⁸².

1224. Toutefois, la jurisprudence européenne s'attache à rejeter quasi-systématiquement ces arguments. Une partie de la doctrine s'allie avec cette position en considérant que toutes les garanties procédurales sont applicables à ces mesures de sorte qu'elles ne constituent pas une atteinte disproportionnée aux principes fondamentaux.

Premièrement, la mesure de gel garantit le respect des droits fondamentaux de la personne concernée. Elle a le droit d'être informée qu'elle est atteinte par une telle mesure et des voies de recours gracieuses ou contentieuses qui lui sont ouvertes. La mesure ne peut, en outre, avoir pour conséquence d'exposer la personne à un traitement inhumain ou dégradant, ni la « *priver de soins, de nourriture ou d'assistance* ». En ce sens, la direction générale du Trésor, pour la France, peut autoriser certains paiements. Enfin, une mesure de gel ne peut remettre en cause le droit à une défense réelle et effective. Le règlement européen accorde, en ce sens, le dégel des frais liés à la défense juridique²⁹⁸³. Les affaires précitées démontrent le respect des droits de la défense et de la possibilité, pour les personnes concernées, de former un recours contre les mesures précitées.

Deuxièmement, la jurisprudence considère qu'une mesure de gel à titre de sanction internationale ne saurait constituer une atteinte disproportionnée au droit de propriété. Dans l'arrêt du 3 septembre 2008, la CJCE a jugé que si « *le droit de propriété fait partie des principes généraux du droit communautaire* », ce principe « *n'apparaît toutefois pas comme une prérogative absolue, mais doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'usage du droit de propriété, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit ainsi*

²⁹⁷⁹ Cf. H. Hammel et B. Grundler, « Le gel des avoirs génère des effets pervers », *op. cit.*

²⁹⁸⁰ Tribunal de première instance des communautés européennes, T-181/08, *op. cit.*, n°171.

²⁹⁸¹ CJCE, Grande Chambre, affaires jointes C-402/05P et C-415/05P, « *Yassin Kadi et Al Barakaat international foundation c/ Conseil de l'Union européenne et commission des communautés européennes* », §9 ; Dalloz, 2009, p. 1118, note D. Delcourt, *RFDA*, 2008, p. 1204, note P. Cassia et F. Donnat ; *RSC*, 2009, p. 75, étude H. Rouidi ; *RSC*, 2009, p. 197, obs. L. Idot ; *RTD Eur.*, 2009, p. 161, note J.-P. Jacqué ; *AJ Pénal*, 2013, p. 455, obs. C. Cutajar.

²⁹⁸² Tribunal de première instance des communautés européennes, T-181/08, *op. cit.*, 150.

²⁹⁸³ Cf. C. Cutajar, « Le gel des avoirs terroristes en application du règlement UE n°2580/2001 », *AJ Pénal*, 2013, p. 455.

garanti »²⁹⁸⁴. Dans un arrêt du 30 juin 2005, la CJCE avait déjà considéré que si « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens [et que] nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* », ces dispositions « *ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes* »²⁹⁸⁵. Dans les deux affaires, La Cour a estimé que la mesure de gel restait une mesure conservatoire. A ce titre, elle n'avait pas pour vocation de priver définitivement les personnes de leur propriété au contraire d'une mesure de confiscation. La mesure comporte incontestablement une restriction à l'usage du droit de propriété mais elle est temporaire et se justifie au regard du principe de proportionnalité. Dans l'arrêt du 3 septembre 2008, la Cour explique clairement qu'il doit exister un « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Il y a donc lieu de rechercher si l'équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général et l'intérêt du ou des individus concernés.* »²⁹⁸⁶

1225. En conclusion, malgré son caractère pénal, la mesure de gel appliquée à titre de sanction internationale est toujours considérée comme une mesure conservatoire. Elle détient toutefois indéniablement un caractère répressif particulièrement dissuasif qui a désormais vocation à s'appliquer à des affaires de corruption et de blanchiment du produit de cette corruption.

1226. En droit vietnamien, la loi sur la prévention contre le blanchiment de 2012 et son décret d'application de 2013 contiennent des dispositions relatives au « blocage des comptes ». Selon l'article 34 de la loi, les assujettis doivent procéder à des mesures relatives au blocage des comptes, à la mise en place de scellés ou de saisie temporaire des biens d'une personne lorsqu'elles en reçoivent l'ordre de la part des autorités compétentes. Selon l'article 23 du « décret 116 », ces autorités sont les présidents de la Cour populaire Suprême ou de la Cour militaire ainsi que les chefs du Parquet populaire et du Parquet militaire. Une telle décision doit respecter un certain formalisme détaillé dans le même article²⁹⁸⁷. Aucune limite de temps n'est toutefois précisée dans ces dispositions de sorte qu'il ressort de cet article que les autorités compétentes semblent être libres de fixer librement la durée de la mesure.

Cette mesure de gel paraît différente de la mesure française en ce qu'elle semble applicable « au droit commun » de la prévention du blanchiment. Aucun des deux articles précités ne limite sa portée à des activités faisant l'objet de sanctions internationales ou dans le cadre d'une mesure d'entraide internationale. Par déduction, les autorités compétentes précitées semblent pouvoir prononcer la mise en œuvre de mesures de « gel » pour toutes les activités de blanchiment ayant fait l'objet d'une déclaration de soupçons. Pour appui à cette hypothèse, l'article 34 de la loi de 2012 précise à ce titre que la BEV doit être informée lorsqu'une mesure de blocage a été mise en œuvre par l'assujetti concerné.

²⁹⁸⁴ CJCE, grande chambre, affaires jointes C-402/05P et C-415/05P, « *Yassin Kadi et Al Barakaat international fondation c/ Conseil de l'Union européenne et commission des communautés européennes* », *op. cit.*, §355.

²⁹⁸⁵ CEDH, Grande Chambre, n° 45036/98, 30 juin 2005, « *Bosphorus hava yollari turizm ve ticaret anonim sirketi c/ Irlande* », § 139 ; AJDA, 2005, p. 1886, chron. J.-F. Flauss ; RFDA, 2006, p. 566, note J. Andriantsimbazovina ; RTD eur, 2005, p.749, note J.-P. Jacqué.

²⁹⁸⁶ CJCE, Grande Chambre, affaires jointes C-402/05P et C-415/05P, « *Yassin Kadi et Al Barakaat international fondation c/ Conseil de l'Union européenne et commission des communautés européennes* », *op. cit.*, §360.

²⁹⁸⁷ Décret, n°116/2013/ND-CP, « Decree detailing a number of articles of the law on prevention prevention and combat of Money laundering », *op. cit.*, art. 23§3 : « The blocking account decision must be in writing, including the following contents : account number or name of organizations and individuals concerned, name of reporting subject that must take the measures of blocking accounts, time, time limit of application ; reasons for requesting to take measures of blocking accounts ».

potentialité, les Etats semblent éprouver des difficultés à adopter des mesures véritablement efficaces qui concentrent, à la fois, un aspect dissuasif et un aspect éducatif.

L'objectif de la prévention « pure » des pratiques corruptrices n'est pas, en effet, de « faire peur », cet aspect étant du ressort du droit pénal, mais d'éduquer pour que les auteurs renoncent d'eux-mêmes à manquer à leur devoir de probité.

Or, c'est justement cet aspect éducatif des mesures préventives qui semble faire le plus défaut dans les deux législations concernées. Si les mesures mettent en place des systèmes de contrôles plus ou moins efficaces, l'objectif éducatif paraît plus éloigné.

Par conséquent, force est de constater que la meilleure des préventions semble encore être la dissuasion. Or, il apparaît que les mesures dissuasives les plus efficaces pour la lutte des pratiques corruptrices ne découlent pas d'une volonté étatique de prendre la corruption « à bras le corps » mais résultent d'obligations internationales mais aussi et surtout, de l'engagement des Etats à lutter contre un autre phénomène particulièrement corrélé à la corruption, le blanchiment d'argent.

CONCLUSION

1231. En conclusion de cette étude, l'interrogation que pose Mme Ursula Cassani dans son article publié dans son ouvrage en 2011, « La lutte contre la corruption : vouloir c'est pouvoir ? », nous paraît tout à fait pertinente²⁹⁹². C'est effectivement la question qui s'est posée tout au long de cette analyse. Concernant la lutte contre les pratiques corruptrices, la volonté des Etats apparaît véritablement au centre de l'efficacité des mesures adoptées. Toutefois, la volonté ne semble pas toujours suffisante.

1232. En apparence, bien sûr, il ne fait aucun doute que la France et le Vietnam placent la lutte contre la corruption au cœur de leurs préoccupations. A l'heure actuelle, il serait mal venu pour un pays de clamer haut et fort qu'il ne souhaite pas lutter contre la corruption. Nous sommes dans un contexte où les prises de positions nationales sont analysées, scrutées par des instances internationales toujours plus exigeantes. Un pays qui refuserait de lutter contre le « *symbole suprême du mal politique* », le crime de référence de notre époque²⁹⁹³, serait soumis à de très nombreuses conséquences négatives, tant au niveau politique qu'économique. Un fort discrédit international serait jeté sur lui.

1233. Mais dans la réalité, les signes de cette volonté apparaissent plus ambivalents. Certes, les infractions de corruption sont indubitablement incriminées dans le code pénal de chacune des deux législations ; du moins en est-il de la corruption classique d'agents publics nationaux. Mais l'attitude des Etats face à ces infractions est plus frileuse.

La France n'en est pas au même stade que le Vietnam sur le plan de l'incrimination et de la répression. Sans aucun doute, le législateur français est allé beaucoup plus loin que le législateur vietnamien en incriminant d'autres formes de corruption. La loi du 6 décembre 2013²⁹⁹⁴ semble également faire preuve d'un durcissement de la volonté française à lutter contre ces « atteintes à la probité » qui noircissent le tableau de la politique et de la justice française. La création du procureur financier est une parfaite illustration de cette démarche volontaire d'apparence de lutter contre la délinquance économique qui « *nécessite une spécialisation des compétences dans un but d'efficacité* »²⁹⁹⁵.

Pour autant les deux pays se trouvent confrontés aux mêmes « problèmes » qui font douter de leur réelle détermination à faire de la lutte contre la corruption « *une grande cause nationale* »²⁹⁹⁶.

1234. D'une part, les législateurs manquent de cohérence dans leurs lois. Cet éparpillement se retrouve dans les deux systèmes. Les dispositifs mis en place pour la lutte contre la corruption sont « éclatés » dans un grand nombre de dispositions tant en droit français qu'en droit vietnamien. L'encadrement juridique, tant au niveau répressif que préventif, fait preuve d'un manque notoire de clarté. Comme l'énonce très justement Monsieur Emmanuel Dreyer: le

²⁹⁹² U. Cassani, « La lutte contre la corruption : vouloir c'est pouvoir ? » ; in U. Cassani, *La lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, Schulthess, 2011, p. 61.

²⁹⁹³ A. Béja, « Un mal d'époque ? », *Esprit*, février 2014, p. 15.

²⁹⁹⁴ Loi, n° 2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », 6 décembre 2013, *JORF*, n°0284, 7 décembre 2013, p. 19941.

²⁹⁹⁵ C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *Dalloz*, panorama, 2014, p. 1564.

²⁹⁹⁶ Terme utilisé par l'ONG Transparency International ; in TI France, *Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence la démocratie avance*, Rapport, TI France, 2012, pp.1-30.

législateur a agi de manière particulièrement « brouillonne » au risque « *d'insupportables redondances* »²⁹⁹⁷. Il en est de même en droit vietnamien.

Cet égarement pourrait-il trouver explication dans l'attitude de départ des Etats face à la montée de la corruption internationale « d'affaires » ? N'oublions pas que de tels agissements ont très longtemps été tolérés, voire encouragés en France²⁹⁹⁸. Il semble qu'ils le soient encore aujourd'hui au Vietnam. Partant de ce postulat, la volonté de donner à la lutte contre la corruption un encadrement légal cohérent peut effectivement apparaître plus lointaine. Dans tous les cas, les Etats manquent sévèrement d'une stratégie globale contre la corruption. Ce manque s'est particulièrement fait sentir dans la loi du 6 décembre 2013 et la création du parquet financier. D'une volonté de créer enfin un organe unique et spécialisé dans la lutte contre la corruption, nous assistons à la création d'une nouvelle strate venant s'ajouter aux institutions précédemment existantes et disposant d'une compétence concurrente. Le législateur ne fait qu'empiler « *les structures plutôt que d'engager une véritable refonte du système qui serait beaucoup plus efficiente, mais nécessiterait une profonde réflexion de politique criminelle et non une loi de circonstance.* »²⁹⁹⁹.

1235. D'autre part, la corruption souffre d'un manque de réprobation sociale. L'attitude plutôt lymphatique de la société civile vis-à-vis des affaires de corruption n'aide pas les Etats à durcir fermement et définitivement la répression.

La corruption entraîne une réaction sociale très faible dans les deux pays. En France, Monsieur Jean Pierre Zanoto le soulignait déjà en 2002, nous assistons à une assez grande tolérance historique vis-à-vis de la corruption, notamment de la corruption politique³⁰⁰⁰. Le « *cas de Bernard Tapie* » était déjà révélateur « *d'une absence de réprobation sociale* ». Condamné pour corruption à une peine d'emprisonnement ferme, son retour au sein du Club de l'Olympique de Marseille a été réclamé par une très large majorité de supporters³⁰⁰¹. En 2014 encore, les français sont perçus comme « *un peuple qui accepte les scandales, qui font certes de temps en temps la une des journaux, mais qui n'intéressent le grand public que de manière fugace* »³⁰⁰². En droit vietnamien, pire encore, la corruption est vécue comme une « banalité ». C'est un phénomène normal et récurrent toujours ponctué par l'aphorisme du « nous n'avons pas le choix ». Les quelques scandales de corruption que la presse est autorisée à « communiquer » ne sont jamais accueillis par les citoyens sans une certaine dose d'ironie mêlée de fatalité. Plus qu'un manque de réprobation sociale, les vietnamiens ne se sentent pas libres de contester la situation.

1236. Mais il ne faudrait pas terminer cette étude sur une note aussi négative qui, de surcroît, ne reflèterait pas la réalité. La timidité dont font preuve les Etats à engager une lutte acharnée contre la corruption n'est pas définitive. Par l'internationalisation de la lutte contre les pratiques corruptrices, les volontés émergent sous impulsion internationale. Nous l'évoquions en introduction, la tendance semble aujourd'hui s'inverser : avec le développement des échanges économiques internationaux, les législations « modèles » en matière de lutte contre les pratiques de corruption ont vocation à s'exporter. Progressivement, il n'appartient plus aux entreprises de s'adapter à la « culture » du pays d'accueil mais à la loi de ce dernier d'évoluer pour être en conformité avec les principes éthiques des investisseurs.

²⁹⁹⁷ Terme utilisé par E. Dreyer, *Droit pénal spécial, Ellipse*, 2^{ème} édition, 2012, n°1387, p. 625.

²⁹⁹⁸ Voir en ce sens J.-P. Zanoto, « La corruption, un combat sans fin », *Revue pénitentiaire*, 2002, p. 43.

²⁹⁹⁹ C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *op. cit.*

³⁰⁰⁰ Cf J.-P. Zanoto, « La corruption : un combat sans fin », *op. cit.*, p. 46.

³⁰⁰¹ *Ibid.*, p. 47.

³⁰⁰² Cf A.-J. Fulgères, F. Lhomme et F. Monier, « Comment lutter contre la corruption ? », *Esprit, op. cit.*, p. 63.

C'est ainsi, par exemple, qu'une lutte acharnée contre les paradis fiscaux a fait son apparition en 2013. Le président de l'ONG Transparency International France s'était d'ailleurs félicité d'une évolution si rapide et si soudaine en déclarant : « *On a fait plus de chemin en une semaine qu'en vingt ans* »³⁰⁰³. C'est ainsi, également, que le Vietnam a profondément modifié et amélioré son système préventif relatif au blanchiment d'argent. Il a fallu moins de deux ans au pays pour adopter cette nouvelle loi et décider d'un tel basculement. Le chemin vers une lutte acharnée et plus active contre la corruption semble être proche.

En outre, la société civile commence progressivement à acquérir ce « pouvoir » de réprobation. Les législateurs commencent à « donner la parole » aux citoyens. C'est notamment le cas avec la création du système de « *whistleblowing* ». Il faut donc espérer que la société civile utilisera ces moyens pour réprimer plus fortement et à haute voix les pratiques de corruption.

1237. Mais si les pays décident de lutter beaucoup plus activement contre la corruption, ils devront, pour ce faire, adopter une démarche beaucoup plus cohérente et globale. Cela va nécessiter des réformes structurelles majeures dans les deux systèmes, à commencer par la suppression du mille feuilles procédural français et par la création d'une entité spécialisée au Vietnam. S'ils s'engagent vraiment dans la lutte contre la corruption, ils devront également s'engager dans la coopération inter-étatique. Or, paradoxalement, plus le phénomène se complexifie et s'internationalise, plus nous devons y répondre par une répression « *juste, simple et efficace* »³⁰⁰⁴. En matière de coopération, l'efficacité dépend de la simplicité. Par exemple, il est primordial pour les autorités d'un pays requérant de pouvoir déterminer précisément l'autorité judiciaire compétente de l'Etat requis pour traiter la demande. Tel ne saurait être le cas aujourd'hui en France, par exemple, où coexistent plusieurs autorités judiciaires « spécialisées » à compétence concurrente. La question qu'il serait donc plus juste de poser serait donc celle de savoir si vouloir c'est vouloir de pouvoir.

1238. Dans cette conclusion nous essayons de démontrer que les Etats luttent sans nul doute contre la corruption, d'abord indépendamment mais aussi ensemble en essayant de mettre en place des mécanismes permettant l'articulation des systèmes nationaux. Toutefois, l'éradication du phénomène ne pourra se faire sans une réelle volonté de placer la lutte contre les pratiques corruptrices réellement au cœur de leurs préoccupations. Comme le suggère la phrase de Winston Churchill: « *success consist of going from failure to failure without loss of enthusiasm* ». L'échec n'est pas critiquable en soi, du moment que les Etats conservent l'enthousiasme de s'améliorer.

1239. Si certains font preuve d'une forme de fatalité face à la montée de la corruption et les difficultés d'apparence insurmontable pour l'endiguer, telle n'est pas la vision de cette étude. D'abord parce que nous saurions conclure sans souligner les progrès accomplis par les Etats et la communauté internationale dans la lutte contre la corruption. Ensuite, parce qu'il est intolérable d'envisager, ne serait-ce qu'un seul instant, de « baisser les bras » et de laisser le phénomène se propager.

Lutter contre la corruption peut certes s'apparenter au fait de vider l'océan à la petite cuillère tandis que d'autres le remplissent avec des seaux mais si chacun, à son niveau, entreprend de vider sa cuillère chaque jour, l'océan finira par se vider.

³⁰⁰³ Le Monde, « Pas de quartiers contre les paradis fiscaux », *Le Monde*, éditorial, 3 mai 2013.

³⁰⁰⁴ M. Delmas-Marty et S. Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, p. 696.

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES

AMBROISE-CASTEROT C., *Droit pénal spécial et des affaires*, Lextenso – Gualino, 3^{ème} édition, 2012.

ANDRE C., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2013.

ASCIENCIO H., DECAUX E. ET PELET A., *Droit international pénal*, A. Pedone, 2000

BASSIOUNI M.-C., *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, 2002.

BOULOC B. :

- *Droit pénal général*, Dalloz, Précis, 23^{ème} édition, 2013.
- *Procédure pénale*, Dalloz, 24^{ème} édition, 2014.

CONTE P., *Droit pénal spécial*, Lexis Nexis, 4^{ème} édition, 2013.

CONTE P. ET JEANDIDIER W., *Droit pénal des sociétés commerciales*, Litec, ed. Jurisclasseur, 2004, n°209, p. 155.

DELMAS-MARTY M., *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995.

DELMAS-MARTY M. ET GUIDICELLI-DELAGE G., *Droit pénal des affaires*, PUF, coll. Thémis droit privé, 4^{ème} édition, 2000.

DONNEDIEU DE VABRES H., *Introduction à l'étude du droit pénal international Essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1922.

DREYER E. :

- *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 2^{ème} édition, 2012.
- *Droit pénal spécial*, Ellipse, 2^{ème} édition, 2012.

GASSIN R., *Criminologie*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2011.

GUINCHARD S. ET BUISSON J., *Procédure pénale*, Lexis Nexis, 8^{ème} édition, 2012.

JEANDIDIER W., *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2005.

LAMBERT F. ET LEFRANC S., *50 fiches pour comprendre la science politique*, Breal, 2^{ème} édition, 2007.

LARGUIER J. ET CONTE P., *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. « U », 11^{ème} édition, 2004.

LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P. ET SALOMON R., *Droit pénal des affaires*, Lexis Nexis, 2013.

- LOMBOIS C.**, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002.
- MALABAT V.**, *Droit pénal spécial*, Hypercours, 6^{ème} édition, 2013.
- MAYER P. ET HEUZE V.**, *Droit international privé*, Montchrestien, 10^{ème} édition, 2010.
- MERLE R., VITU A.**, *Traité de droit criminel*, Vol. 2, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1981.
- PRADEL J.** :
- *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} édition, 2012.
 - *Procédure pénale*, Cujas, 17^{ème} édition, 2013.
- PRADEL J. ET DANTI-JUAN M.**, *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^{ème} édition, 2010.
- PRADEL J. ET GORSTENS G.**, *Droit pénal européen*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002.
- RASSAT M.-L.** :
- *Droit pénal spécial, infractions du code pénal*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2014.
 - *Procédure pénale*, Ellipses, 2^{ème} édition, 2013.
- REBUT D.**, *Droit pénal international*, Dalloz, 2012.
- ROBERT J.-H.**, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis Droit, 6^{ème} édition, 2005.
- ROBERT J.-H. ET MATSOPOULOU H.**, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004.
- SANTULLI C.**, *Introduction au droit international*, A. Pedone, 2013.
- STASIAK F.**, *Droit pénal des affaires*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2009.
- VERON M.** :
- *Droit pénal des affaires*, Dalloz, Cours, 8^{ème} édition, 2009.
 - *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2013.
 - *Droit pénal Spécial*, Dalloz, coll. Sirey, 14^{ème} édition, 2012.

II – OUVRAGES SPECIAUX

- AMILHAT SZARY A.-L., FONTAINE G., DUPEYRON B., TAILLANT J.-D., GUIBERT M., LIGRONE P. et MONIE F.**, *Les acteurs privés dans la gouvernance : firme et territoire en Amérique Latine*, Institut de Recherche et débat sur la Gouvernance (IRG), Décembre 2009.
- AUGSBURGER-BUCHELI I. ET BACHER J.-L.**, *La criminalité économique : ses manifestations, sa prévention et sa répression*, L'Harmattan, 2005.
- BEAUSSIER M. ET QUINTARD H.**, *Blanchiment de capitaux et financement du Terrorisme, Analyse et mise en œuvre pratique de la troisième directive européenne*, ed. RB, 2010
- BECQUART-LECLERCQ J.**, *Paradoxes de la corruption politique*, Pouvoirs, 1984.
- BELAYACHI A. ET BUREAU M.**, *Lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux*, L'Argus, 2013.
- BODIN D. ET SEMPE G.**, *Ethique et sport*, Conseil de l'Europe, 2011.

CARCASSONNE G., *La constitution, Le seuil*, 1996.

CASSANI U. ET HERITIER LACHAT A., *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, Schulthess, 2011.

CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARE, *La lutte internationale contre le blanchiment et le financement du terrorisme*, colloque du 1^{er} décembre 2006, *Sté de législation comparée*, Vol. 9, 2007.

CHAUVEAU A. ET ROSE J.-J., *L'entreprise Responsable, ed. d'Organisations*, 2006.

CHAVAGNEUX C. ET PALAN R., *Les paradis fiscaux, La découverte*, coll. Répères, 3^{ème}ed., 2012.

CONSEIL DE L'EUROPE :

- *Coopération internationale en matière pénale. Conventions du Conseil de l'Europe*, Conseil de l'Europe, 1997.
- *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centres financiers offshore : obstacles et solutions*, 4^{ème} conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption, Linassol, 20-22 octobre 1999, Conseil de l'Europe, 2001.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014, p.444.

DAVID E., *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, coll. Précis de la Faculté de droit, Université Libre de Bruxelles (ULB), 2009.

DAVID E. ET HEIRMAN P., *Code de droit international pénal*, Bruylant, 2^{ème} édition, 2009.

DE TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, coll. Folio Histoire, 1986.

DEFFAINS B. ET STASIAK F., GUIDICELLI-DELAGE G., LASCOUMES P. ET GODEFROY T., MASSE M., *L'organisation des dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe*, Université de Poitiers, coll. De la faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2004.

DOMMEL D., *Face à la corruption*, Khartala, 2003.

DUTEIL G. ET SEGONDS M., *La corruption, Aspects actuels et de droit comparé, éres*, coll. Nouvelles études pénales, 2014.

FALCONE G. ET PADOVANI M., *Cosa nostra, le juge et le hommes d'honneur*, Austral, 1991.

GENOUVRIER E., C. DESIRAT ET T. HORDE, *Dictionnaire des synonymes*, Larousse, 2012.

GUINCHARD S. ET DEBARD T., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2014.

HOTTE D.-G. ET HEEM V., *La lutte contre le blanchiment de capitaux*, LGDJ, 2004.

KHAN P. ET KESSEDJIAN C., *L'illicite dans le commerce international*, Université de Bourgogne – CNRS, Litec, Vol. 16, 1998.

KOUTOUZIS M. ET THONY J.-F., *Le blanchiment, Que sais-je ?*, 2005.

- LABORDE J.-P.**, *Etat de droit et crime organisé*, Dalloz, 2005.
- LACHAUME F., BOITEAU C. ET PAULIAT H.**, *Grands services publics*, Armand Colin, 2004.
- LASCOUMES P.**, *Corruptions*, Presses de Sciences Po, 1999.
- MARINI D., RICHARD P. ET SUEUR J.-J.**, *Droit(s) et sanctions, études juridiques internationales*, L'Harmattan, 2013.
- MERCIER S.**, « L'éthique dans les entreprises », *Les fiches de lectures de la chaire DSO*, ed. Repères, 2004.
- MONTESQUIEU**, *Mes pensées et le Spicilège*, Robert Laffont, 1991.
- MONTIGNY P.**, *L'entreprise face à la corruption internationale*, Ellipse, 2006.
- MORAND C.-A.**, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, col. Droit international.
- NICOLET C.**, *Le métier de citoyen dans la Rome Républicaine*, Gallimard, coll. Bibliothèque des Histoires, 1976.
- OCDE**, *Corruption. Glossaire des normes pénales internationales*, OCDE, 2008.
- PEREIRA B.**, *Entreprises et risque pénal, les essentiels de la gestion*, EMS, 2009.
- RAWLS J.**, *Justice and fairness*, Harvard University Press, Collected papers, 1999.
- REY A.**, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010.
- VERNIER E.**, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, Dunod, 2^{ème} éd., 2008.
- ZIMMERMAN R.**, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Bruylant, 3^{ème} éd., 2009.

III - THESES, MEMOIRES, TRAVAUX

- BOULARES F.**, « La corruption et la répression : une nouvelle approche dans l'analyse des systèmes politiques arabes », Thèse, *Université Toulouse 1 – Capitole*, 2007.
- CUTAJAR-RIVIERE C.**, *La société écran, essai sur sa notion et son régime juridique*, Thèse, *LGDJ*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 292, 1998.
- FAROUZ-CHOPIN F.**, « La lutte contre la corruption », Thèse, *Université Aix-Marseille*, 1998.
- FINALTERI C.**, « La prévention des pratiques de corruption dans les marchés publics. Examen des moyens juridiques et institutionnels de prévention existant et proposition de mesures d'intervention lors de la passation des marchés publics », Thèse, *Université de Corse*, 2000.
- FITZGERALD P.- J.**, « Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption des agents publics étrangers », Thèse, *Université du Sud Toulon-Var*, 2011.

- GOUT P.-H.**, « La pénalisation des activités financières illicites », Thèse, *Université Toulouse I – Capitole*, 2011.
- HERITIER A.**, « Les pots-de-vin », Thèse, *Université de Genève*, 1981.
- HO XUAN D.**, « La responsabilité pénale des personnes morales, étude comparative entre le droit français et le droit vietnamien », Thèse, *Université Toulouse I – Capitole*, 2010.
- JEREZ O.**, *La lutte contre le blanchiment des capitaux*, thèse, Aix-en-Provence, 1996.
- KAMIROV I.**, « Le rôle de la transparence dans la lutte contre la corruption à travers l'expérience du Conseil de l'Europe », Thèse, *Université Paris I Panthéon-Sorbonne*, 2013.
- KANSO F.-A.**, « Corruption et fiscalité, un essai sur le rôle des incitations et de la gouvernance », Thèse, *Université Paul Cezanne, Aix-Marseille III*, 2008.
- KOLB P.**, « Recherches sur l'ineffectivité des sanctions pénales en droit des affaires », Thèse, *Université de Poitiers*, 1993.
- LEDAN S.**, « Le droit pénal et les mouvements de capitaux », Thèse, *Université Toulouse I – Capitole*, 2005.
- MASCALA C.**, *Fraudes et facturation*, Thèse, *Université Bordeaux I*, 1989.
- MIRIEU DE LABARRE C.**, « Les caisses noires et le droit pénal des affaires », Thèse, *Université Panthéon-Assas Paris II*, 2000.
- MORET-BAILLY J.**, « Les déontologies », Thèse, *Presses Universitaires d'Aix-Marseille*, 2001.
- OTTENHOF R.**, « Le droit pénal et la formation du contrat civil », *Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ)*, Bibliothèque droit privé, t. CX, 1970.
- OUATTARA Z.-D.**, « Le rôle du droit pénal dans la vie économique et financière ivoirienne », Thèse, *Université Toulouse I-Capitole*, 2013.
- PARIZOT R.**, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Thèse, *LGDJ*, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, 2010, t. 48.
- PREBISSY-SCHNALL C.**, *La pénalisation du droit des marchés publics*, Thèse, *LGDJ*, coll. bibliothèque de droit public, t. 223, 2002.
- ROCAMORA P.**, *La corruption privée, un risque majeur pour les entreprises*, Mémoire, Master II, Droit, mention Délinquance économique et financière, Université Paul Cézanne-Marseille III, 2007.
- ROUQUIE S.**, « L'argent illicite et les affaires », Thèse, *Montchrestien*, coll. Finances et société, 1997.
- SABATIER M.**, « La coopération policière européenne », Thèse, *Université de droit et économie Aix-Marseille III*, 1998.
- SOUHAIL K.**, « La transparence, instrument juridique majeur de la lutte contre la corruption », Thèse, *Université Toulouse I – Capitole*, 2012.

SOURZAT C., « La renonciation en procédure pénale », Thèse, *LGDJ*, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 56, 2013.

TOAN TRAN B., « Analysis of the vietnamese banking sector with special reference to corporate governance », Dissertation, n°3412, *University of St Gallen*, Saigon, 2008, pp.1-215.

TOLINI N., *Le financement des partis politiques*, Thèse, *Dalloz*, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2007.

TRILLES O., « Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire. Analyse et perspective », Thèse, *Université des sciences sociales de Toulouse 1*, 2005.

WANE W., « Taxation optimale dans un contexte de pauvreté, fraude fiscale et corruption », Thèse, *Université des sciences sociales de Toulouse*, 1999.

XIAO-YING H., « La lutte contre la corruption en politique criminelle. Etude comparée entre la France et la Chine », Thèse, *Université Paris I-Panthéon-Sorbonne*, 2005.

ZAHER A. – F., « Le blanchiment de l'argent et la recherche des produits de l'infraction », Thèse, *Université de Nantes*, 2001.

IV – ARTICLES – CHRONIQUES – NOTES- COMMENTAIRES

A

ABRAM Y., « Le conflit de devoir : le fonctionnaire territorial entre les obligations d'obéissance et de résistance », *AJFP*, 1996, n°3, p.39.

ALEJANDRO L., FORDEN E., OH E., PETERSON J., PHAM S., REISMAN M., SERLETIS G., VU D. et WOHL I., «An Overview and Examination of the Vietnamese Service Sector », *U.S International Trade Commission, Office of Industries, Working paper*, 2012, p.23.

ARROYO ZAPATERO L., « L'harmonisation internationale du droit pénal », *RSC*, 2011, p. 557.

ASCENSIO H., « L'extraterritorialité comme instrument. Contribution aux travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises », *Université Paris I – Panthéon Sorbonne, Institut de Recherche en Droit International et Européen (IREDIÉS)*, 2011.

AUBERT B. :

- « Le mandat d'arrêt européen devant la Chambre Criminelle », *RSC*, 2008, p. 429.
- « Le mandat d'arrêt européen. De la confiance que les Etats se doivent les uns les autres », *RSC*, 2011, p. 469.
- « Entraide judiciaire (matière pénale) », *Répertoire de droit international*.

AYELA C. ET BIHANNIC K., « Nouveau coup de sifflet contre le *whistleblowing* : quel avenir en France pour les alertes éthiques ? », *Lamy droit pénal des affaires*, 2011, n°65.

B

BABONNEAU M., « Le procureur financier est né », *Dalloz actualité*, 3 février 2014.

BAILLET F., « Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires, Etat des risques et moyens de les prévenir », *Gazette du Palais*, 25 mars 2006, n° 84, p. 2.

BALLOT T., « Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale », *RSC*, 2013, p. 321.

BANTEKAS I., « Corruption as an International Crime and Crime against Humanity. An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies », *Journal of international criminal justice*, 2006, vol. 4, p. 466-484.

BARREAU M., « Un instrument de lutte contre la corruption : le SCPC », *AJ Pénal*, 2006, p.202.

BARRIERE F., « Le whistleblowing », *Revue des sociétés*, 2010, p. 484.

BASGA D.-E., « Réflexion sur le phénomène de la corruption : l'expérience des pays d'Asie du Sud Est en matière de lutte anti-corruption », *Afrique et Développement*, vol. XXXI, n°1, 2005, p. 122.

BASSIOUNI M.-C., « Considérations de politique criminelle sur la coopération inter-étatique », *RSC*, 1993, p. 821.

BEAUVALLET O. :

- « Entraide judiciaire internationale. – Dispositions générales », *JCL procédure pénale*, art. 694 à 694-9, Fasc. 20.
- « Entraide judiciaire internationale.- Dispositions propres à l'entraide entre la France et les autres États membres de l'Union européenne », *JCL Procédure pénale*, art. 695 à 695-9-53, Fasc. 20.

BEJA A., « Un mal d'époque ? », *Esprit*, février 2014, p. 15.

BERTOSSA B., « Octroi d'avantages indus à des agents publics étrangers : corruption ou extorsion », *Revue, Secure Finance*, dossier n° 8, Septembre-octobre 2005.

BEZIZ-AYACHE A., « La nouvelle procédure de gel de biens ou d'éléments de preuves », *AJ Pénal*, 2005, p. 410.

BONFILS P., « La loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007, relative à la lutte contre la corruption », *RSC*, 2008, p. 377.

BORDAS F., « Devoirs professionnels des établissements de crédit. – Blanchiment et terrorisme », *JCL Banque-crédit-bourse*, Fasc. 142, 31 octobre 2002, p. 8.

BOULOC B. :

- « Confirmation sur le recel d'abus de biens sociaux : retour à 1992 sur l'acte contraire à l'intérêt social », note sous Cass. Crim, 27 octobre 1997, *Revue des sociétés*, 1997, p. 869.
- « Abus de biens sociaux : l'affaire Elf », note sous Cass. Crim. 31 janvier 2007, *Revue des Sociétés*, 2007, pp. 379-400.
- « Blanchiment. Fonds provenant de commissions à l'étranger - Acquisition d'immeubles en France », *RTD com*, 2011, p.814.
- « Un exemple d'abus de pouvoir du président quant à la fixation de sa rémunération », *AJ Pénal*, 2012, p. 540.

BRACH-THIEL D., « Extradition », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*.

BROUILLAUD J.-P., « Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ? », *Dalloz*, 2008, p. 375.

BYK C., « Bioéthique », *JCP G*, n° 25, 18 juin 2012, p. 751.

C

CABANES A., « La lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers : pas d'efficacité sans ingérence », *Gazette du Palais*, 2000, n°2, doct., 1262.

CAILLET M.-C., « Comprendre les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises transnationales », *Sherpa*, 2009.

CARIUS M., « Les cumuls d'activités », *JCPA*, n°4, 19 janvier 2009, p. 2018.

CARTIER M.- E. ET MAURO C., « La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers », *RSC*, 2000, Doctrine, p.738.

CASSANI U., « La lutte contre la corruption : vouloir c'est pouvoir ? » ; in U. Cassani et A. Héritier Lachat, *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, Schukthess, 2011, p. 33-61.

CASSUTO T., « Pour une approche étendue des systèmes corruptifs », T. Cassuto, « Pour une approche étendue des systèmes corruptifs », in E. Dreyer, « Focus les manquements au devoir de probité », Dossier, *Gazette du Palais*, 20-21 avril 2012, p. 5-7.

C. CONSTIT. :

- « Commentaire de la décision n°99-411 DC du 16 juin 1999 », Les cahiers du Conseil Constitutionnel, cahier n°7.
- « Décision n°2010-88 QPC _ 21 janvier 2011 », Commentaire, *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, cahier n°32.

CHARPENEL Y., « L'appréhension française de la confiscation des avoirs criminels », in International Association of Anti-Corruption Authorities (IAACA), *Fourth seminar of IAACA*, 25 à 28 juin 2012, Dalian, China, p. 1.

CHATAIN L., « Blanchiment de capitaux :. – A la recherche du bénéficiaire effectif », *JCP E*, 2006, n°9, 1328.

CHAVAGNEUX C., « La lutte du G20 contre les paradis fiscaux est-elle efficace ? », *Alternatives économiques*, 12 mars 2012.

CHOSSON E., « L'actualisation du dispositif anti-corruption par la loi du 13 Novembre 2007 », Revue Secure Finance, *Ethic Intelligence*, janvier-février 2008.

COLIN F., « L'encadrement par le droit de la fonction publique des cadeaux faits aux agents publics », *AJFP*, 2011, p. 353.

CONAC P.-H. :

- « L'influence de la loi Sarbanes-Oxley en France », *Revue des sociétés*, 2003, p. 835.
- « « Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise », comité d'éthique du Medef, mars 2011 », *Revue des sociétés*, 2011, p. 260.

CONG HONG N., « Draft penal code amendments halve death penalties », *Vietnam Law and legal forum*, novembre 2008, pp. 9-11.

CONTE P., « Le régime procédural de la criminalité organisée étendu à la corruption : l'exception tendrait-elle à devenir la règle ? », *Droit pénal*, 2008, n°1, étude 1.

CULIOLI M., « Infraction générale de blanchiment. – conditions et constitution », *JCL Pénal*, art. 324-1 – 324-9, fasc. 20.

CUTAJAR C. :

- « Le blanchiment », *Droit pénal des affaires, Petites Affiches*, 18 juin 2008, n°122, p.47.
- « Le blanchiment, une infraction générale, distincte et autonome », *Dalloz*, 2008, p. 1585.
- « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaider pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *Dalloz*, 2008, p.1081.
- « L'affaire des « biens mal acquis » ou le droit pour la société civile de contribuer judiciairement à la lutte contre la corruption », *JCP G*, 2009, n°22, act. 277
- « La saisie du produit du blanchiment sur le territoire français », note sous arrêt Cass. Civ. 2^{ème}, 4 juin 2009, *Dalloz*, 2009, p. 2252.
- « Affaire « des biens mal acquis », un arrêt qui ne clôt pas le débat », note sous arrêt, CA Paris, 29 octobre 2009, *JCP G*, 2009, n°52, 563.
- « Blanchiment. – Eléments constitutifs. – Répression », *JCL Pénal des affaires*, V° Blanchiment, Fasc. 20, 15 février 2010.
- « Blanchiment. – Prévention du blanchiment », *JCL pénal des affaires*, V° Blanchiment, Fasc.10, 24 juillet 2010.
- « Autonomie du blanchiment dans un contexte international », *JCP G*, 2010, n°23, 629.
- « Affaire des biens mal acquis : la chambre criminelle ordonne le retour de la procédure au juge d'instruction », *JCP G*, 2010, n°48, 1174.
- « L'agence de gestion et de recouvrement des avoirs confisqués », *Dalloz*, 2011, p. 826.
- « Affaire Karachi : une nouvelle consécration du droit à la vérité », note sous arrêt du 4 avril 2012, *JCP G*, n° 23, 4 juin 2012, 674.
- « le nouveau droit des saisies pénales », *AJ Pénal*, 2012, p. 124.
- « Le gel des avoirs terroristes en application du règlement UE n°2580/2001 », *AJ Pénal*, 2013, p. 455.
- « Le nouvel arsenal de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *JCP E*, 2014, n°4, act. 49.
- « La France et la lutte contre les atteintes à la probité. – peut (largement) mieux faire ! », *JCP G*, 2014, n°8, 223.

CZABAN M., « Lutte contre la corruption au sein de l'Union Européenne. Nouvelles approches en matière de conformité et d'exécution », *RSC*, 2008, p.757.

D

DAILLE-DUCLOS B., « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP E*, 1998, p. 1486.

DANG THANH N., « The performance of vietnamese banking system under financial liberalization : measurement using DEA », in 25th Australian finance and banking conference, Sydney, 6 juin 2012.

DANOS F., « L'impossible revendication des sommes d'argent dues à titre de restitution », *Dalloz*, 2013, p. 1594.

DAOUD E. ET ANDRE A., « La responsabilité pénale des entreprises transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ? », *AJ Pénal*, 2012, p. 15.

DARBEDA P., « Les métamorphoses de l'extradition », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges J. Pradel, *Cujas*, 2006, p. 1047.

DEDIEU M.-A. ET SAFFROY F., « Des mérites comparés de la délation et du silence (à propos des délibérations de la CNIL du 26 mai 2005 sur la mise en œuvre de la loi Sarbanes-Oxley », *JCP E*, 2005, 1856, n°27.

DEKEUWER A., « Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », *JCP E*, 2008, n°9.

DE GENTILI-PICARD L., « La mise en œuvre du mandat d'arrêt européen en France », *JCP G*, 2004, n°42, I, 168.

DE LAMY B., « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *Dalloz*, 2004, p. 1910.

DELEBECQUE P. :

- « Procès de « l'Erika » : confirmation des condamnations – Cour de cassation, crim. 25 septembre 2012 », *Dalloz*, 2012, p. 2711.
- « L'arrêt « Erika », un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *Dalloz*, 2012, p. 2711.

DELGA J., « Ethique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise », *Dalloz*, 1999, p.401.

DELMAS-MARTY M. ET MANACORDA S., « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, p. 696.

DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P. :

- « Favoritisme dans l'attribution des marchés publics (article 432-14, c. pén.) », *RSC*, 2000, p. 618.
- « Prise illégale d'intérêt (art. 432-12, c. pén.) : l'amenuisement de la consistance de ses composantes tant matérielles que morales se poursuit », *RSC*, 2005, p. 562.

DELPECH X., « Retour sur le devoir de vigilance du banquier teneur de compte », *Dalloz actualité*, 1er décembre 2011.

DEMBINSKI P.-H., « Corruption – vers un diagnostic systémique », in U. Cassani et A. Héritier Lachat, *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, *Schukthess*, 2011, p. 15-31.

DIDIER J.-P., « La lutte contre la corruption des fonctionnaires et agents publics, commentaire des dernières conventions internationales ratifiées par la France », *Dalloz*, 2000, n°20, Chr., p.307.

DIEM P., « International coopération in criminal proceedings », *Vietnam law and legal forum*, avril 2010.

DOBELLE J.-F., « La convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale », *AFDI*, 1998, vol. 44, n°44, p. 359.

DUCOULOUX-FAVARD C. :

- « Fausses factures et corruption », *Dalloz*, 1996, p.355.
- « Recel et Blanchiment, deux délits de conséquence », *Gazette du Palais*, 2003, n°4, p.11.
- « Deux types de criminalité organisée : mafia et corruption, leurs points de rencontre », *Dalloz*, 2008, p. 1097.

DUFAU C., « Pour une modélisation de l'enquête judiciaire en matière de corruption », *AJ Pénal*, 2013, p. 75.

DUMORTIER G., « L'effet direct des conventions internationales », *RFDA*, 2012, p. 547.

E

EXPORT DEVELOPMENT CANADA (EDC), « Vietnam », Fiche économie, *EDC*, Août 2009, pp.1-2.

F

FALLETTI F., « Eurojust une étape vers un ministère public européen », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges à J. Pradel, *Cujas*, 2006, p. 1071.

FILLION-DUFOULEUR B., « La lutte contre la corruption dans le commerce international. – La convention OCDE du 21 novembre 1997 et le projet de loi français de transposition », *JCP G*, 1999, n°48, I, 184.

FLAMENT L. ET THOMAS P., « Le Whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique », *JCP S*, n° 17, 18 octobre 2005, p. 1278.

FOHRER-DEDEURWAERDER E., « L'exécution par la France d'un mandat d'arrêt européen émis contre un national. - À propos d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 janvier 2006 », *Droit pénal*, 2007, n°1, étude 1.

FORTAS A.-C., « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *RSC*, 2014.

FULGERAS A.-J., LHOMME F. ET MONIER F., « Comment lutter contre la corruption ? », *Esprit*, février 2014, n°402., p. 63-74.

G

GASTEBLED E., « Etat du dispositif juridique préventif de lutte contre le blanchiment au lendemain de l'adoption de la 3^e directive européenne », *Rev. Banque et Droit*, 2006, n°105.

GARAPON A., « La peur de l'impuissance démocratique », *Esprit*, février 2014, n°402, p. 31-44.

GAUDIN V. ET ROUX E., « Coopération policière internationale », *Répertoire de droit pénal et procédure pénale*, Titre 2, « Coopération consolidée en Europe et au-delà ».

GAUTHIER Y., « La genèse d'Europol », in M. Leclerc, *La criminalité organisée, La Doc. Fr.*, 1996, p. 244.

GHANTOUS M., « La valeur internationale de la constitution. - À la lumière de la Résolution 1757 (2007) créant le Tribunal spécial pour le Liban (TSL) », *JDI*, 2010, n°1, doct. 2.

GOGORZA A., « Le rôle de la CJUE en matière pénale », *Droit pénal*, 2010, n°10, étude 26.

GUIMEZANES J., « Les trafics internationaux en matière économique et financière », *Revue Droit et Défense*, 1995, n°4, p. 20.

H

HEUZE V., « Corruption », *Dalloz, Répertoire de droit international*, Décembre 1998, mise à jour mars 2009.

HENAFF M., « Le don pervers. Pour une anthropologie de la corruption », *Esprit*, février 2014, n°402, p. 45-56.

HOI PHAN N., « Better administrative procedure help prevent corruption », *Vietnam law and legal forum*, Focus, juillet, 2008, p.8.

HORS I., « Lutter contre la corruption dans les pays en développement », *OCDE, L'observateur*, 2009.

J

JEANDIDIER W. :

- « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *JCP G*, 2002, n°39, I, 166.
- « L'abus de biens sociaux, un monstre juridique ? », *Cahiers droit de l'entreprise*, 2006, n°1, p. 29.
- « Administration. – Abus de biens, du crédit, du pouvoir ou des voix », *JCL Sociétés*, fasc. 132-20.

JEHL J., « Lutte contre la corruption dans l'Europe des 47 : en attendant la France », *JCP G*, 2013, n°27, 774.

JOLY-SIBUET E., « Section 2 – Procédure de restitution », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, mars 2013.

JONHSON V.O.Th., « Les lois américaines applicables aux commissions illicites : le Foreign Corrupt Practices Act et les lois connexes », *Les commissions illicites, CCI*, Paris, p. 11 et s.

K

KOERING JOULIN R., « Droits fondamentaux et droit pénal international » ; *in* Centre d'Etudes des Droits du Monde Arabe (CEDROMA), *Les droit fondamentaux, inventaire et théorie générale : Colloque de Beyrouth 6 et 7 novembre 2003, Bruylant*, 2005.

L

LABORDE J.-P., « Le nouveau désordre mondial et le droit pénal des Nations Unies », *in* *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges à J. Pradel, *Cujas*, 2006, p. 1087.

LAINE S., « Mandat d'arrêt européen : présentation et aspects pratiques », *AJ Pénal*, 2006, p. 9.

LAMY P., « Faire progresser la gouvernance mondiale », *Alternatives économiques*, Hors-série n°47, 2001, 1^{er} trimestre, p. 52-53.

LASSERRE CAPDEVILLE J. :

- « L'évolution des obligations du banquier », *AJ Pénal*, 2006, p. 429.
- « Le délit de blanchiment de fraude fiscale peut être caractérisé même si les conditions procédurales nécessaires à la poursuite pour fraude fiscale n'ont pas été respectées », *JCP G*, 2008, n°22, II, 10103.
- « Précisions utiles sur l'autonomie du délit de blanchiment », *AJ pénal*, 2010, pp. 441.

LAUDE A., « La nouvelle régulation des produits de santé, à propos de la loi du 29 décembre 2011 », *JCPG*, n° 6, 6 février 2012.

LAVRIC S. :

- « Corruption : entraide judiciaire internationale », *Dalloz actualité*, 17 juillet 2008.
- « Ouverture du Tribunal Spécial pour le Liban », *Dalloz actualité*, 4 mars 2009.
- « Affaire des « biens mal acquis » : recevabilité de la constitution de partie civile de l'association Transparence International France », *Dalloz actualité*, 15 novembre 2010.
- « Blanchiment : délit distinct, prescription autonome », *Dalloz actualité*, 22 juin 2012.

LE ROY M., « Libres propos sur l'affaire Péro et le transfert des agents publics vers le secteur privé », *Dalloz*, 2009, p. 2123.

LELIEUR J., « La prescription des infractions de corruption », *Dalloz*, 2008, p.1076.

LELIEUR J. ET PIETH M., « Dix ans d'application de la convention OCDE contre la corruption transnationale », *Dalloz*, 2008, p. 1086.

LEMASSON A.-T., « Justice internationale pénale (institutions) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*.

LEMOINE P., « La coopération judiciaire entre État. L'exemple de l'extradition et du mandat d'arrêt européen à travers la jurisprudence de la Chambre criminelle », *RSC*, 2009, p. 297.

LEMOINE V., « Les aspects policiers de la lutte contre la corruption », *Gazette du Palais*, 20-21 avril 2012, pp. 23-25.

LIGNIERES P., « Conflits d'intérêts : l'Etat rentre enfin dans le rang. – A propos des lois du 11 octobre 2013 », *JCP G*, 2013, n°44, 1123.

LUCCHINI C., « Restitution des avoirs détournés : Chronique 2009 - 2010 d'un engagement qui patine », *Sherpa*, 8 novembre 2010.

LUCCHINI R., « Entre relativisme et universalisme, réflexions sociologiques sur la corruption », *Déviance et société*, 1995, vol. 19, n°3, p. 219.

M

MALABAT V. :

- « Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen », *Droit pénal*, 2004, n°12, étude 17, n°9.
- « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal. – Rapport de synthèse », *Droit pénal*, 2006, n°9, étude 1.

MALIGNER B., « Le contrôle du financement des campagnes électorales, Etude des jurisprudences constitutionnelle, administrative et judiciaire », *RFDA*, 1995, p. 243.

MARISSE-D'ABBADIE D'ARRAST A., « Coopération et harmonisation (matière pénale) », *Répertoire de droit européen*.

MARTIN-SERF A., « Sociétés. - Constitution de la société : consentement des parties. - Sociétés fictives et frauduleuses », *JCL Commercial*, 30 décembre 2011, Fasc. 1002.

MASCALA C. :

- « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *Dalloz*, 2004, p. 3053.
- « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle directive en attente de transposition », *Rev. Europe*, 2006, n°5, étude 5, n°2.
- « Le rôle des professionnels dans la lutte contre le blanchiment », *Rev. Droit et Patrimoine*, 2006, n°149, p. 75.
- « Délit de prise illégale d'intérêts : une conception souple du bénéficiaire de l'intérêt », *RSC*, 2008, p. 592.
- « Droit pénal des affaires », *Dalloz, panorama*, 2008, p. 1577.
- « Délit de favoritisme à l'Université », *RSC*, 2010, p. 141.
- « Le blanchiment. Les évolutions en matière de blanchiment », *Rev. Lamy Droit des Affaires*, 2011, n°63.
- « Droit pénal des affaires », *Dalloz, panorama*, 2011, p. 1859.
- « Droit pénal des affaires », *Dalloz, panorama*, 2013, p. 1655.
- « Droit pénal des affaires », *Dalloz, panorama*, 2014, p. 1564.

MASSE M. :

- « Actualité française de l'entraide judiciaire internationale », *RSC*, 2001, p. 891.
- « L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation », *RSC*, 2006, p. 463.
- « Actualité de la compétence universelle », *RSC*, 2008, p. 441.

MATSOPOULOU H. :

- « La répression du blanchiment d'argent », *Rev. Droit bancaire et financier*, 2002, n°6, 100062.
- « l'article 324-1, alinéa 2, du code pénal est applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise », note sous *Cass. Crim*, 14 janvier 2004, *JCP G*, n°21, 19 mai 2004, II, 10081.
- « Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux », *Dalloz*, 2005, p. 2075.
- « L'éthique et le droit pénal », in R. Ottenhof, *Le champ pénal, Mélanges*, *Dalloz*, 2006, p. 336.
- « Précisions jurisprudentielles sur le délit de blanchiment de fraude fiscale », *RSC*, 2008, p. 607.
- « Affaire de l'attentat de Karachi : recevabilité des constitutions de partie civile pour corruption et abus de biens sociaux », *RSC*, 2012, p. 553.
- « Marchés publics. – Liberté d'accès et égalité des candidats », *JCL pénal code*, art. 432-14, Fasc. 20, n°8 et s.

MATSOPOULOU H. ET MASCALA C., « Compétence concurrente des juges d'instruction spécialisés », *Lamy droit pénal des affaires*, 2014, p. 5157.

MAURO C., « Le mandat d'arrêt européen », *Répertoire de droit international*.

MAZARS M., « Gestion publique et devoir de probité », *Gazette du Palais*, n°111, 20-21 avril 2012, p. 10.

MEYNOT F. ET MOUSSERON P., « Blanchiment de capitaux : nouvelles suspicions économiques », *JCP E*, 2001, n°49, p. 16.

MIGNON COLOMBET A., « L'anticorruption est-elle l'avenir du monde ? », *JCP G*, 2014, n°51, 1298, p. 2302.

MIRABEL C., « L'enquête de police en matière de corruption », *AJ Pénal*, 2006, p. 197.

MOLINIER-DUBOST M., « Marée noire de l'Erika : double victoire pour les parties civiles et pour l'environnement – Cour de cassation, crim. 25 septembre 2012 », *AJCT*, 2012, p. 620.

MOLINS F., « De la nécessité de lutter plus activement contre les nouvelles formes de criminalité », *AJ Pénal*, 2004, p. 177.

MONTECLER M.-C., « Une charte déontologique pour la juridiction administrative », *AJDA*, 2012, n°2, 23 janvier 2012, p. 72.

MORET-BAILLY J., « Définir les conflits d'intérêts », *Dalloz*, 2011, p. 1100.

MOULETTE P., « Blanchiment de capitaux : les dernières tendances », *l'Observateur de l'OCDE*, n°220, avril 2000.

MULLER Y. :

- « Le droit pénal des conflits d'intérêts », *Droit pénal*, 2012, n°1, étude 1.
- « Prise illégale d'intérêts », *JCL Pénal code*, art. 432-12 et 432-13, Fasc. 20.

N

NERAC P., « La répression de l'infraction générale de blanchiment », *AJ Pénal*, 2006, p. 440.

NIETO MARTIN A., « Eléments pour un droit international pénal de l'environnement », *RSC*, 2012, p.80.

NOTTE G., « Transposition de la 3^{ème} directive anti-blanchiment. – Ord. n°2009-104, 30 janvier 2009 », *JCP E*, 2009, n°6, act. 61.

O

OCDE, « Japon, examen de l'application de la Convention et de la Recommandation de 1997 », *OCDE*, 21 mai 2002.

OTTENHOF R., « Le blanchiment, infraction de conséquence, nécessite la preuve de l'infraction d'origine ; toutefois il n'est pas nécessaire que l'auteur du blanchiment soit distinct de l'auteur de l'infraction d'origine », *RSC*, 2004, p. 351.

P

PEDRIEL-VAISSIERE M., « La poursuite des faits de corruption à la lumière des « biens mal acquis » », *Dalloz*, 2011, p. 112.

PELSEZ E. ET ROBERT H., « Pour une meilleure appréhension des patrimoines frauduleux. - À propos de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) », *JCP G*, n° 26, 2011, doc., p. 769.

PIETH M., « « Oil for food » : enjeux et difficultés d'une enquête internationale en matière de paiements illicites » ; in U. Cassani et A. Héritier Lachat, *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, Schukthess, 2011, p. 127-134.

POURTEAU S., « CJUE : nouvelles précisions sur le blanchiment de capitaux », *Lamyactualités*, rub. Droit pénal des affaires, 29 avril 2013.

PRADEL J., « Le mandat d'arrêt européen. Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition », *Dalloz*, 2004, p. 1392.

PRALUS M., « Contribution au procès d'abus de biens sociaux », *JCP G*, 1997, n°8, I, 4001.

PRIOU-ALIBERT L. :

- « De l'autonomie de l'infraction de blanchiment », *Dalloz actualité*, 26 juillet 2010.
- « Non justification des ressources : consécration de l'autonomie du délit », *Dalloz actualités*, 28 mars 2013.

Q

QUELOZ N., « Les actions internationales de lutte contre la criminalité organisée : le cas de l'Europe », *RSC*, 1997, p. 765.

QUEMENER M., « Vers une réforme de la justice économique et financière », *AJ Pénal*, 2013, p. 244.

R

RAYNAUD O., « Le délit de blanchiment commis par l'auteur de l'infraction principale », note sous Cass. Crim. 14 janvier 2004, *Gazette du Palais*, 2004, n°108, p. 5.

REBUT D. :

- « L'abus de biens sociaux par abstention », *Dalloz*, 2005, p. 1290.
- « Abus de biens sociaux », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*.

RICHARD MISRAI S., « L'interdiction du cumul d'activités dans le secteur public, du principe à l'exception », *AJFP*, 2012, p.7.

ROBERT H. :

- « TRACFIN : du soupçon déclaré d'opération illicite à la présomption d'infraction », *AJ Pénal*, 2006, p. 437.
- « Réflexions sur la nature de l'infraction de blanchiment », *JCP G*, 2008, n°22, I, 146.
- « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. - A propos de la loi du 6 décembre 2013 », *JCP G*, 2014, n°6, doc. 182.

ROBERT J.-H., « La recherche, par le prévenu, d'un intérêt personnel est l'un des éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux », note sous Cass. Crim. 4 novembre 2004, *JCP G*, 2005, II, 10051, pp. 742-744.

RONTCHEVSKY N. :

- « L'onde de choc des scandales financiers américains atteint l'Europe : l'effet extraterritorial du Sarbanes-Oxley du 30 juillet 2002 », *RTD Com*, 2002, p. 700.
- « Création du Procureur de la République financier », *RTD Com.*, 2014, p. 151.

ROUJOU DE BOUBEE G. :

- « Fixation du point de départ du délai de prescription : une péripétie plutôt qu'un évènement », *Dalloz*, 2001, p. 2351.
- « Compétence française pour des détournements de fonds publics commis au préjudice d'Etats africains », *Dalloz actualité*, 15 juin 2009.
- « Affaire dite des « biens mal acquis » (suite) », *Dalloz*, 2010, p. 2760.

ROUJOU DE BOUBEE G., GARE T., GOZZI M.-H. et MIRABAIL S., « Droit pénal », *Dalloz*, panorama, 2013, p. 2713.

ROUJOU DE BOUBEE G., GARE T., GOZZI M.-H., MIRABAIL S. ET POTASKIN T., « Droit pénal », *Dalloz*, panorama, 2012, p. 2917.

RUNAVOT M.-C., « La « bonne administration », consolidation d'un droit sous influence européenne », *RFDA*, 2010, p.395.

RUZIE D., « L'organisation internationale de police criminelle », *AFDI*, 1956, Vol. II, p. 673.

S

S. L., « Affaire des « biens mal acquis » : recevabilité de la constitution de partie civile de l'association transparence internationale France », *Dalloz Etudiants*, 25 novembre 2010.

SAINT-PAU J.-C., « L'entraide judiciaire internationale et européenne », *Droit pénal*, 2004, n°7, étude 9.

SALOMON R., « La rigueur du droit pénal de la probité publique », *Droit pénal*, n°1, janvier 2012, 2.

SAMPER C., « L'extradition des délinquants économiques », *RSC*, 1998, p. 723.

SCHMIDT D., « De l'intérêt social », *JCP E*, 1995, I, p. 488.

SCPC, « Abus de biens sociaux », *Fiche Pratique, SCPC*, 2004.

SEGONDS M. :

- « Réception et prise illégale d'intérêts par interposition de personnes morales », *RSC*, 2005, p. 2406.
- « L'internationalisation de l'incrimination de la corruption (... ou le devenir répressif d'une arme économique) », *Droit pénal*, 2006, n°9, étude 12.
- « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », *AJ Pénal*, 2006, p. 195
- « à propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *Dalloz*, 2008, p. 1068.
- « Les apports de la jurisprudence au délit de prise illégale d'intérêts (C. pén., art. 432-12) », *Gazette du Palais*, 21 avril 2012, n°112, p. 12.
- « Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (Loi n°2011-525 du 17 mai 2011) », *RSC*, 2012, p. 882.

SENATORE A., « Le mandat d'arrêt européen et les procédures de remise entre les membres de l'Union Européenne », *JCP G*, 2002, 420

SEUVIC J.-F., « De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption des peines », *RSC*, 2004, p. 386.

SOUVIRA J.-M., « La plate-forme d'identification des avoirs criminels (PIAC), outil à disposition des enquêteurs et des magistrats », *AJ Pénal*, 2012, p. 134.

SPECTOR C., « Montesquieu ou les infortunes de la vertu », *Esprit*, février 2014, n°402, p. 19-30.

T

TERNEYRE P., « Contrats, travaux et transparence », Commentaire de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence », *Dalloz*, 1991, p.41.

TERRE F., « De la corruption », *RJC*, 1995, p. 257.

THONY J.-F. ET LABORDE J.-P., « Criminalité organisée et blanchiment », *RIDP*, 1997, p. 411.

TRICOT J., « La corruption internationale », *RSC*, 2005, p. 753.

TUAN KHANH N., « Preventing business relative corruption », *Vietnam law and legal forum*, Focus, juillet 2008, p. 10.

TWATHES N.-L. C., « Eurojust : une autre brique dans l'édifice de la coopération judiciaire en matière pénale ou un solide mortier ? », *RSC*, 2003, p. 45.

U

U4 EXPERT ANSWER, « Overview of corruption and anti-corruption in Vietnam », *Anti-Corruption Ressource Center*, Avril 2012.

V

VAN PANHUYS H.-F., « Le traité d'extradition en tant que source de droits pour les individus », in *Mélanges Van Bemmelen, Leiden*, 1965, p. 60.

VAN TINH Ph., « An increasing trend towards protection of Human rights in criminal justice : Vietnam adopts presumption of innocence principle », in *Seminar of fair rights and human rights protection, Norwegian center for Human Rights*, 2010.

VERGES E., « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ Pénal*, 2004, p. 181.

VERON M., « Infractions diverses et compétences des juridictions françaises », *Droit pénal*, 2003, comm. 142.

VIETNAM LAW AND LEGAL FORUM :

- « Decision No. 291/2006/QD-TTg: Schem on non-cash payment », *Vietnam Law and Legal Forum, New Legislation*, janvier 2007, p. ix.

- « Heads of corrupt units face disciplinary action », Vietnam and law and legal forum, legal updates, octobre 2007, p. 33.
- « Anti-temptation bonus for corruption fighters », Vietnam Law and legal forum, rub. Legal Updates, mars 2008, p. 32.
- « Decree No. 122/2013/ND-CP: Decree on disposal of terrorism-related property », Vietnam law and legal forum, legal update, 31 octobre 2013, p. 6.

VISION AND ASSOCIATES, « Legal news », *Vision and associates*, octobre 2013, p. 6

VITU A., « Corruption active d'agents publics nationaux et trafic d'influence, actif ou passif, commis par des particuliers ; es 433-1 et 433-2 », *JCL. Pénal*, fasc. 10, n°3.

VITU A. ET STASIAK F., « Corruption. – Des atteintes à l'administration publique et à l'action en justice des communautés européennes, des Etats membres de l'Union européenne, des autres Etats étrangers et des autres organisations internationales publiques », *JCL Pénal affaires*, V° Corruption, Fasc. 40, n°1.

VUELTA SIMON S., « Dernières nouvelles des équipes communes d'enquête : entre partage et souveraineté », *RSC*, 2007, p. 267.

W

WEYEMBERGH A., « Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne », *JCL Europe traité*, Fasc. 2720.

Z

ZANOTO J.-P., « La corruption, un combat sans fin », *Revue pénitentiaire*, 2002, p. 4.

V – RAPPORTS, GUIDES, COMPTES RENDUS, RECOMMANDATIONS

- DROIT FRANÇAIS

AMF :

- « Suite de la transposition de la directive Transparence : L'AMF lance une consultation publique sur son projet de règlement général transposant la directive 2007/14/CE du 8 mars 2007 », AMF, consultations publiques, 24 août 2007.
- « Rapport 2009 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne », AMF, 8 décembre 2009.

A.N. :

- « Déclaration de Paris contre le Blanchiment », Conférence des Parlements de l'Union Européenne contre le blanchiment, Compte Rendu, Assemblée Nationale, 7-8 février 2002.
- Séance du 10 octobre 2007, Compte Rendu intégral, JORF, 11 octobre 2007, n° 48, p. 2685.
- « Fiche de synthèse n°2 : le Président de la République », A.N., 15 avril 2014
- « L'immunité parlementaire », A.N., Site officiel, rub. Connaissance de l'Assemblée Nationale.
- « Les représentants d'intérêts à l'Assemblée Nationale », A.N., site officiel.

ANTONMATTEI P.-H. et VIVIEN P., « Chartes éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : Etats des lieux et perspectives », *Rapport au Ministre délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des jeunes, La Doc. Fr.*, coll. des rapports officiels, janvier 2007.

BEREGOVOY P., « Transparence et régularité des procédures de marchés », *Compte Rendu Intégral*, 3^{ème} session, séance du jeudi 4 octobre 1990, *JORF*, 5 octobre 1990, p. 2473.

BLESSING E., « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°2233) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice », *Rapport, A.N*, n°2291, 9 mai 2005.

BOURDIN J. ET SCHILLINGER P., « La prospective du pacte social dans l'entreprise », *Rapport d'information, Sénat*, n°227, 18 janvier 2011, p.237-238.

COMMISSION POUR LA TRANSPARENCE FINANCIERE DE LA VIE POLITIQUE, « Quinzième rapport de la Commission pour la transparence financière de la vie politique », *Rapport n°62, JORF*, n°0021, 25 janvier 2012, p. 1404.

COULON J.-M., « La dépenalisation de la vie des affaires », *Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, La Doc. Fr.*, 2008.

COUR DE CASSATION, « Le droit de savoir », *Rapport annuel, Cour de Cassation*, 2010.

DE COURSON C., « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de M. François Sauvadet et plusieurs de ses collègues (n°1671), visant à démocratiser le mode de fixation des rémunérations des mandataires sociaux dans les sociétés anonymes », n° 1737, *Assemblée Nationale*, 16 juin 2009, p. 13.

GROUPE LAFARGE, « Charte de lobbying », *Direction du développement durable et des affaires publiques*, avril 2010.

JACQUET P., PISANY-FERRY J. et TUBIANA L., « Gouvernance mondiale », *Rapport public, La Doc. Fr.*, 2002.

JOSPIN L., « Pour un renouveau démocratique », *Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique*, *Rapport, La Doc. Fr.*, novembre 2012.

MEDEF, Comité d'éthique, « Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise », *Guide à destination des dirigeants d'entreprise, MEDEF*, avril 2011.

MEYER N.-M., experte alerte éthique pour Transparency International, « L'alerte éthique ou whistleblowing en France », *Rapport 2012, TI France*, janvier 2013.

MINISTERE DE LA JUSTICE, « Guide sur le recouvrement des avoirs en France » ; *in G8-Partenariat de Deauville, Ministère de la Justice*, 11 et 12 avril 2012.

NERI A., « Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi autorisant la ratification du traité d'extradition entre la République française et la République argentine », *Sénat, Rapport*, n°397, 27 février 2013.

OCDE :

- « Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption », *OCDE*, octobre 2012.
- « Rapport de suivi de phase 3 et recommandations », *OCDE*, décembre 2014

PORTELLI H., « 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, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la lutte contre la corruption », *Sénat*, 24 octobre 2007, n°51, p.45.

SAUVE J.-M., MIGAUD D. ET MAGENDI J.-C., « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », *Rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique*, dit Rapport Sauvé, *La Doc. Fr.*, janvier 2011.

SCPC :

- Rapport 1997, *La Doc. Fr.*, 1997.
- « Blanchiment et corruption », *Rapport*, SCPC, 2003.
- Rapport d'activité pour l'année 2003, SCPC, 2003.
- Rapport 2004, *La Doc. Fr.*, 2004.
- Rapport 2005, *La Doc. Fr.*, 2005.
- Rapport 2006, *La Doc. Fr.*, 2006.
- Rapport 2008, *La Doc. Fr.*, 2008.
- Rapport 2010, *la Doc. Fr.*, 2010.
- Rapport 2011, *La Doc. Fr.*, 2011.

SENAT :

- « Le financement de la vie politique », Sénat, Site officiel, Rub. Financement de la vie politique.
- Séance du 31 octobre 2007, *Compte Rendu intégral*, JORF, 1er novembre 2007, n° 59, p. 4244.
- Séance n°110, 4 juin 2013, *Compte rendu intégral*, Sénat, site officiel
- « Les repentis face à la justice pénale », *Les documents de travail du Sénat*, Série législation comparée, n° LC 124, Juin 2003.
- « Les groupes d'intérêts au Sénat », Sénat, site officiel.

SIRUGUE C., « Rapport au nom du groupe de travail sur les lobbies à l'Assemblée Nationale », *Assemblée Nationale*, 27 février 2013.

TI FRANCE :

- « Vade-Mecum PME : prévenir le risque de corruption dans les PME », TI France, *Ethique et Transparence*, 2006.
- « Prévenir les conflits d'intérêts dans la vie publique française, les recommandations de Transparence International France », TI France, Décembre 2010.
- « Guide pour l'élaboration d'une charte de lobbying », TI France, 2010.
- *Rapport d'activité* 2011.
- Faire de la lutte contre la corruption et de l'éthique publique une grande cause nationale. Avec la transparence, la démocratie avance, TI France, *Rapport* 2012.
- « Lois du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique », TI France, 14 octobre 2013.
- « Recommandations et travaux de la plateforme FPJ », TI France, rub. Crise financière et paradis fiscaux et judiciaires.
- « suivi de la convention de l'OCDE », TI France, site officiel.

- « Paradis fiscaux et judiciaires », TI France, Site officiel.

ZOCCHETTO F., « Proposition de loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », Rapport fait au nom de la commission des lois, *Sénat*, Rapport n°328, 24 février 2010.

- DROIT EUROPEEN

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES :

- « Livre vert, initiative européenne en matière de transparence », Com-2006, Commission, 2006
- « Produits du crime organisé. Garantir que « le crime ne paie pas » », Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil, Com(2008), 20 novembre 2011.
- Communication de la commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, « Une politique globale de l'UE contre la corruption », 28 mai 2003, Commission des Communautés européennes, COM(2003) 317.

UNION EUROPEENNE :

- Rapport explicatif concernant 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, 3 Décembre 1998, JOCE, 15 Décembre 1998, n° C391, pp.1-12.
- « Multilateral Trade assistance project III in Vietnam », Aid-for-trade : a case story, OCDE/OMC, 2011.

- DROIT INTERNATIONAL

APG/FATF, « Vulnerabilities of casinos and gaming sectors », *APF/FATF*, 2009.

BANQUE MONDIALE/FMI, « Guide de référence sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme », *Banque Mondiale/FMI*, 2ème éd., 2006.

BRUN J.-P., GRAY L., SCOTT C., STEPHENSON K.-M., « Asset recovery Handbook, a guide for practitioners », *STAR-World Bank-UNODC*, 2011.

CONFERENCE DES ETATS PARTIES A LA CONVENTION DES NATIONS UNIES CONTRE LA CORRUPTION, « Examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, *Nations Unies*, 9 janvier 2012, CAC/COSP/IRG/I/1/1/Add.3.

CONSEIL DE L'EUROPE, recommandation, n° R(2000)10, « recommandation du Comité des Ministres des Etats Membres sur les codes de conduite des agents publics », *Conseil de l'Europe*, 106^{ème} session, 11 mai 2000.

GAFI (FATF) :

- « Report on Non Cooperative Countries and Territories », GAFI, 22 février 2000.
- « Review to identify non cooperative countries or territories: Increasing the worldwilde effectiveness of Anti money-laundering measures », GAFI, Rapport, juin 2000.
- Les quarante recommandations du GAFI, GAFI, octobre 2003.
- « Money laundering & terrorist financing typologies », Rapport, 2004-2005, GAFI/FAFT, 10 juin 2005.
- « Money Laundering through the Football Sector », FATF Report, juillet 2009.

- « Les recommandations du GAFI », Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, GAFI, février 2012.
- « Corruption. A reference guide and information note on the use of the FAFT Recommendations to support the fight against corruption », Rapport, FATF/OECD, 2012.
- « Juridictions à haut risque et non coopératives », Site officiel du GAFI, juin 2013.
- GAFI, « Juridictions à haut risque et non coopérative », Site officiel du GAFI, juin 2013.

OCDE :

- « Les ententes injustifiables », Rapport relatif à l'adoption de la recommandation en 1998 par le Conseil concernant la lutte efficace contre les ententes injustifiables, *OCDE*, 2000, pp. 5-67.
- « Progrès dans l'identification et l'élimination des pratiques fiscales dommageables », Rapport pour la réunion du conseil au niveau des ministres de 2000 et recommandations du Comité des affaires fiscales, *OCDE*, Rapport, 2000.
- « Recommandation du Conseil sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public », *OCDE*, juin 2003.
- « OECD Guidelines for managing conflict of interest in the public service », *OCDE*, septembre 2005.
- « L'OCDE lutte contre la corruption », Rapport, *OCDE*, août 2006.
- « Corruption dans les marchés publics : méthodes, acteurs et contre-mesures », *OCDE*, Rapport, 2007.
- « Countering Offshore tax evasion », *OCDE*, Rapport, 28 septembre 2009.
- « Bâtir un secteur public plus propre », Conférence régionale de MENA sur l'intégrité, *OCDE*, 26 – 27 octobre 2009.
- « Typologie du rôle des intermédiaires dans les transactions commerciales internationales », Rapport Final 2009, *OCDE*, 2009.
- « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *OCDE*, 2011.
- « Liste des paradis fiscaux non coopératifs », Site officiel de l'OCDE.

OCDE/STAR, *Identification et quantification des profits de la corruption*, *OCDE/STAR*, 2011.

ONU, Rapport, n°A/CONF.199.20, « Rapport du sommet mondial pour le développement durable », *ONU*, New York, 2002.

ONUDC :

- Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la Criminalité Transnationale Organisée et des protocoles s'y rapportant, *Nations Unies*, New York, 2004.
- « Guide législatif pour l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption », *Nations Unies*, 2007, §194, p.87.
- « Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption », *Nations Unies*, 2010.

ONUDI, Service du développement du secteur privé, « Soutien aux industries du secteur privé », *ONUDI*, Vienne, 1999.

ORGANISATION MONDIALE DES PARLEMENTAIRES CONTRE LA CORRUPTION (GOPAC), « Prosecuting grand corruption as an international crime », *GOPAC*, discussion paper, 1^{er} novembre 2013.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL :

- *Rapport mondial sur la corruption 2009 : la corruption et le secteur privé, Nouveau Monde*, 2009.
- « Indice de perception de la corruption (IPC) 2010 », *Transparency International*, 2010.
- « Survey report in support of the government's self-assessment of the implementation of the United Nations Convention against corruption (UNCAC) in Vietnam in 2011 », *Transparency international*, 2011.
- « Transparency in corporate reporting: Assessing the world's largest companies », *Transparency International*, 10 juillet 2012.
- « Indice de perception de la corruption (IPC) 2012 », *Transparency International*, 2012.
- « Indice de perception de la corruption (IPC) 2013 », *Transparency International*, 2013.

- **DROIT VIETNAMIEN**

AMBASSADE DE FINLANDE AU VIETNAM, « Anti-corruption in Vietnam : the situation after two years of implementation of the law », *CECODES*, novembre 2008

ANTI-CORRUPTION INITIATIVE FOR ASIA AND THE PACIFIC, « The Legal and Institutional Framework for Fighting Corruption in Twenty-one Asian and Pacific Countries », *Anti-corruption policies in Asia and the Pacific, ADB/OECD*

APG, « Anti Money laundering and combating the financing of terrorism », *Mutual Evaluation Report*, Vietnam, 8 Juillet 2009, *APG*, Vietnam ME1.

ASIAN BANK OF DEVELOPMENT (ABD), « Technical Assistance. Socialist Republic of Viet Nam: Support to Implement the Anti-Money Laundering Decree (Financed by the Japan Special Fund) », *ADB*, technical support report, Décembre 2005

BAD/OCDE, Initiative de Banque Asiatique de Développement avec l'OCDE (BAsD-OCDE) de lutte contre la corruption en Asie et dans le Pacifique, *Combattre la corruption à l'aube du nouveau millénaire*, « Plan d'Action de lutte contre la corruption en Asie et dans le Pacifique », *OCDE*, 22 septembre 2010, pp.1-8.

BANQUE MONDIALE, « Vietnam development report 2006 », *Banque Mondiale*, 30 novembre 2005.

BOSWEL N. Z., SULLIVAN J.-D. ET THI KIEU VIEN N., «APEC Procurement transparency standards in Vietnam. The Need to Move from Law to Practice», *Transparency International*, 2011.

BURDESCU A., REID G.-J., GILMAN S., TRAPNEL S., « Income and asset declarations : Tools and Trade off », UNCAC conference, *World Bank, Stolen Assets Recovery (STAR) et United Nations Office against Drugs and Crimes (UNODC)*, novembre 2009

DAVIDSEN S., VIET HA N., NGOC GIAO H., VASAVAKUL T., GARRIDO M. –A., « Implementation assessment of the anti-corruption law : How far has Vietnam come at sector level? », *A case of study of the construction sector, Ministry of Foreign affairs of Denmark*, 2009

CATTA E., BLEIN B., THANG LONG L. ET THI KIM THOA N., *Séminaire d'expertise des projets d'ordonnances sur la codification et la consolidation des actes normatifs, Maison du Droit Vietnamo-Française* (ci-après MDVF), Hanoi, 23 et 24 Juin 2010

CHI Q., « Integrity & Transparency in Business Initiative for Vietnam », *Vietnam Chamber of Commerce and Industry (VCCI)*, Vietnam Business Forum, 22 mars 2010

MDVF :

- Séminaire d'expertise sur le Notariat Vietnamien », *Compte Rendu, MDVF*, 7 et 8 octobre 2009
- « La protection du consommateur, regards croisés européens et asiatiques », *MDVF*, 27-28 septembre 2010, Actes du colloque p.19.

MUTRAP, « Economic integration and Vietnam's development », Final Report, *MUTRAP*, project n° 2007/146105, lot n°5, décembre 2009

OFFICE OF THE CENTRAL STEERING COMMITTEE FOR ANTI-CORRUPTION (OSCAC), « Bai trinh bay cua OSCAC tai cuoc trao doi cua quao truyen hinh », Vietnamese OSCAC presentation at the World Bank Régional conference, *6th regional video conference to promote the dialogue on anti-corruption agencies (ACAs)*, 18 juin 2010

THI PHUONG D., « Anti-corruption in Vietnam », 13th international training course on the criminal justice response to corruption, *UNAFEI(United Nations Asia and Far East Institute)*, 146^{ème} Conférence Internationale, 25 août-1er octobre 2010, p.172-181

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE :

International Narcotic Control Strategy report, Volume II, « Money laundering and Financial Crime », *Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs*, mars 2008, p.487.
«2012 Investment climate statement - Vietnam », Rapport, *U.S department of States*, 2012.

UNODC, « Money-laundering and the real estate sector : Vietnamese government officials find out more », *UNODC*, Hanoi, Vietnam, 25 mai 2010.

VI - LEGISLATION

- DROIT NATIONAL

o Droit français

Décret-Loi, « Décret-Loi relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions », 29 octobre 1936, *JORF*, 31 octobre 1936.

Constitution française de la Vème République, 4 octobre 1958.

Loi, n° 66-537, « Loi sur les sociétés commerciales », 24 juillet 1966, *JORF*, 26 juillet 1966, p. 6402.

Loi, n° 75-701, « Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale », 6 août 1975, *JORF*, 7 août 1975, p. 8035.

Loi, n° 78-17, « Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », 6 janvier 1978, *JORF*, 7 janvier 1978, p. 227.

Loi, n° 78-783, « Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal », 17 juillet 1978, *JORF*, 18 juillet 1978, p. 2851.

Loi, n° 79-587, « Loi relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public », 11 juillet 1979, *JORF*, 12 juillet 1979, p. 1711.

Loi, n° 83-634, « Loi portant droits et obligations des fonctionnaires », 13 juillet 1983, *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174, dite « Loi de Pors ».

Loi n° 87-1157, « Loi relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modifiant certaines dispositions du code pénal », 31 décembre 1987, *JORF*, 5 janvier 1988, p.159.

Loi organique, n° 88-226, « Loi relative à la transparence financière de la vie politique », 11 mars 1988, *JORF*, 12 mars 1988, p.3288.

Loi ordinaire, n° 88-227, « Loi relative à la transparence financière de la vie politique », 11 mars 1988, *JORF*, 12 mars 1988, p.3290.

Décret, n° 89-897, « Décret portant publication de la Convention d'extradition entre le gouvernement de la République française et le gouvernement d'Australie, fait à Canberra, le 31 août 1988 », 12 décembre 1989, *JORF*, 16 décembre 1989, p. 15639.

Loi, n° 90-55, « Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques », 15 janvier 1990, *JORF*, n°13, 16 janvier 1990, p. 639.

Décret, « Décret portant création d'une cellule de coordination chargée du traitement du renseignement et de l'action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN) », 9 mai 1990, *JORF*, n°108, 10 mai 1990, p. 5554.

Loi, n° 90-614, « Loi relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants », *JORF*, n°162, 14 juillet 1990, p. 8329.

Loi, n° 91-3, « Loi relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence », 3 janvier 1991, *JORF*, n°4, 5 janvier 1991, p.234.

Loi, n° 92-1336, « Loi relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur », 16 décembre 1992, *JORF*, n° 0298, 23 décembre 1992, p. 17568.

Loi, n° 93-122, « Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », 29 janvier 1993, *JORF*, n°25, 30 janvier 1993, p.1588.

Décret, n° 93-232, « Décret relatif au service central de prévention de la corruption institué 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 », 22 février 1993, *JORF*, n°46, 24 février 1993, p.2937.

Loi, n° 95-65, « Loi relative au financement de la vie politique », 19 janvier 1995, *JORF*, n°18, 21 janvier 1995, p.1105.

Loi organique, n° 95-72, « Loi relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République », 20 janvier 1995, *JORF*, n°20, 24 janvier 1995, p. 1249.

Loi, n° 95-126, « Loi relative à la déclaration du patrimoine des membres du Gouvernement et des titulaires de certaines fonctions », 8 février 1995, *JORF*, n°34, 9 février 1995, p. 2184.

Loi constitutionnelle, n° 95-880, « Loi portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires », 4 août 1995, *JORF*, n°181, 5 août 1995, p. 11744.

Loi, n° 96-62, « Loi prise pour l'application des dispositions de la loi constitutionnelle no 95-880 du 4 août 1995 qui ont institué une session parlementaire ordinaire unique et modifié le régime de l'inviolabilité parlementaire », 29 janvier 1996, *JORF*, n°25, 30 janvier 1996, p. 1439.

Loi, n° 96-392, « Loi relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime », 13 mai 1996, *JORF*, n°112, 14 mai 1996, p.7208.

Circ. CRIM, n° 96-11, « portant commentaire de la loi n° 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime », 10 juin 1996, *Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, n°96/62, p. 53.

Loi, n° 97-1239, « Loi de finances rectificative pour 1997 », 29 décembre 1997, *JORF*, n°302, 30 décembre 1997, p.19101.

Loi, n° 99-515, « Loi renforçant l'efficacité de la procédure pénale », 23 juin 1999, *JORF*, n°144, 24 juin 1999, p. 9247.

Loi, n° 2000-493, « Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives », 6 juin 2000, *JORF*, n°131, 7 juin 2000, p. 8560.

Loi, n° 2000-516 « Loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », 15 juin 2000, *JORF*, n° 0138, 16 juin 2000, p. 9038.

Loi, n° 2000-595, « Loi modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption », 30 juin 2000, *JORF*, 1^{er} juillet 2000, n°151, p. 9944.

Loi, n° 2000-641, « Loi relative à l'élection des sénateurs », 10 juillet 2000, *JORF*, n°159, 11 juillet 2000, p. 10472.

Loi organique, n° 2001-100, « Loi modifiant la loi no 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel », 5 février 2001, *JORF*, n°31, 6 février 2001, p. 1999.

Loi, n° 2001-420, « Loi relative aux nouvelles régulations économiques », 15 mai 2001, *JORF*, n°113, 16 mai 2001, p. 7776, dite « Loi NRE ».

Décret, n° 2001-446, « Décret portant publication de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière civile entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République socialiste du Vietnam, signée à Paris le 24 février 1999 », 22 mai 2001, *JORF*, n° 121, 26 mai 2001, p. 8425.

Loi, n° 2002-268, « Loi relative à la coopération avec la Cour pénale internationale », 26 février 2002, *JORF*, 27 février 2002, p. 3684, texte 2.

Loi, n° 2003-327, « Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques », 11 avril 2003, *JORF*, n° 87, 12 avril 2003, p. 6488.

Loi, n° 2003-706, « Loi de sécurité financière », 1^{er} août 2003, *JORF*, n°177, n°2003, p. 13220.

Ord., n° 2003-1165, « Ordonnance portant simplification administrative en matière électorale », 8 décembre 2003, *JORF*, n°284, 9 décembre 2003, p. 20961.

Loi, n° 2004-130, « Loi réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques », 11 février 2004, *JORF*, n°36, 12 février 2004, p.2847.

Loi, n° 2004-204, « Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », 9 mars 2004, *JORF*, n°59, 10 mars 2004, p.4567, dite « Loi Perben II ».

Ord., n° 2004-559, « Ordonnance sur les contrats de partenariat », 17 juin 2004, *JORF*, n°141, 19 juin 2004, p. 10994.

Décret, n° 2004-984, « Décretfixant la liste et le ressort des tribunaux spécialisés et des juridictions interrégionales et relatif à la définition des matières donnant lieu à l'attribution d'un diplôme permettant l'exercice des fonctions d'assistant spécialisé », 16 septembre 2004, *JORF*, n° 218, 18 septembre 2004, p. 16274.

Loi, n° 2005-32, « Loi de programmation pour la cohésion sociale, 19 janvier 2005, *JORF*, n°15, 19 janvier 2005, p. 864.

Loi, n° 2005-750, « Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice », 4 juillet 2005, *JORF*, n°156, 6 juillet 2005, p.11136.

Loi, n° 2005-842, « Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie », 26 juillet 2005, *JORF*, n° 173, 27 juillet 2005, p. 12160, dite « Loi Breton ».

Délibération, n° 2005-305, « Délibération portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle », 8 décembre 2005, *JORF*, n° 3, 4 janvier 2006, n° 79.

Loi, n° 2006-64, « Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers », *JORF*, n°0020, 24 janvier 2006, p. 1129.

Loi organique, n° 2006-404, « Loi relative à l'élection du Président de la République », 5 avril 2006, *JORF*, n° 82, 6 avril 2006, p. 5192.

Décret, n° 2006-1541, « Décret érigeant la cellule TRACFIN en service à compétence nationale et modifiant le code monétaire et financier (partie réglementaire) », *JORF*, n°284, 8 décembre 2006, texte n°17.

Loi, n° 2007-148, « Loi de modernisation de la fonction publique », 2 février 2007, *JORF*, n°31, 6 février 2007, p. 2160.

Loi constitutionnelle, n° 2007-238, « Loi portant modification du titre IX de la Constitution », 23 février 2007, *JORF*, n°47, 24 février 2007, p. 3354.

Loi, n° 2007-297, « Loi relative à la prévention de la délinquance », 5 mars 2007, *JORF*, n° 0056, 7 mars 2007, p. 4297.

Ord., n° 2007-329, « Ordonnance relative au code du travail (partie législative) », 12 mars 2007, *JORF*, n°61, 13 mars 2007, p. 4740.

Décret, n° 2007-658, « Décret relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat », *JORF*, n°103, 3 mai 2007, n° 41.

Loi, n° 2007-1598, « Loi relative à la lutte contre la corruption », 13 novembre 2007, *JORF*, 14 novembre 2007, n°264, p. 18648.

Ord., n° 2009-104, « Ordonnance relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme », 30 janvier 2009, *JORF*, n°0026, 31 janvier 2009, p.1819.

Ord., n° 2009-483, « Ordonnance prise en application de l'article 35 de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives », 19 mai 2009, *JORF*, n° 0101, 30 avril 2009, p. 7327.

Loi, n° 2009-972, « Loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique » 3 août 2009, *JORF*, n°0180, 6 août 2009, p. 13116.

Décret, n° 2009-1087, « Décret relatif aux obligations de vigilance et de déclaration pour la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme », 2 septembre 2009, *JORF*, n°0204, 4 septembre 2009, p. 14660.

Loi, n° 2010-476, « Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne », 12 mai 2010, *JORF*, n° 0110, 13 mai 2010, p.8881.

Loi, n° 2010-626, « Loi encadrant la profession d'agent sportif », 9 juin 2010, *JORF*, n°0132, 10 juin 2010, p. 10611.

Décret, n° 2010-662, « Décret pris pour l'application de l'article L. 112-6 du code monétaire et financier, relatif à l'interdiction du paiement en espèces de certaines créances », 16 juin 2010, *JORF*, n°0139, 18 juin 2010, p.11088.

Loi, n° 2010-768, « Loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », 9 juillet 2010, *JORF*, n° 0158, 10 juillet 2010, p. 12753, dite « Loi Warsmann ».

Loi n° 2010-788, « Loi portant engagement national pour l'environnement », 12 juillet 2010, *JORF*, n°0160, 13 juillet 2010, p. 12905.

Loi, n° 2010-930, « Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale », 9 août 2010, *JORF*, n°0183, 10 août 2010, p. 14678.

Délibération CNIL, n° 2010-369, « Délibération modifiant l'autorisation unique n° 2005-305 du 8 décembre 2005 n° AU-004 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle », 14 octobre 2010, *JORF*, n° 0284, 8 décembre 2010, n° 95.

Décret, n° 2011-82, « Décret modifiant le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat », *JORF*, n°018, 22 janvier 2011, n°29.

Loi, n° 2011-412, « Loi portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique », 14 avril 2011, *JORF*, n° 0092, 19 avril 2011, p. 6831.

Loi n° 2011-525, « Loi de simplification et d'amélioration du droit », 17 mai 2011, art. 154, *JORF*, 18 mai 2011, n°0115, p.8537.

Projet de loi, n° 3704, « Projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique », *Assemblée Nationale*, 27 juillet 2011.

Loi, n° 2011-2012, « Loi relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé », 29 décembre 2011, *JORF*, n°0302, 30 décembre 2011, p. 22667.

Loi, n° 2012/354, « Loi de finances rectificative pour 2012 », 14 mars 2012, *JORF*, n° 0064, 15 mars 2012, p.4690.

Loi, n° 2012-409, « Loi de programmation relative à l'exécution des peines », 27 mars 2012, *JORF*, n° 0075, 28 mars 2012, p. 5592.

Décret, n° 2012-557, « Décret relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », 24 avril 2012, *JORF*, n° 0099, 26 avril 2012, p. 7439.

Décret, n° 2012-1125, « Décret relatif aux obligations de vigilance et de déclaration pour la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », 3 octobre 2012, *JORF*, n° 0232, 5 octobre 2012, p. 15580.

Loi, n° 2013-100, « Loi portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière », 28 janvier 2013, *JORF*, 29 janvier 2013, p. 1721.

Projet de loi, n° JUSX1310649L, « projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière », 25 juin 2013.

Loi, n° 2013-907, « Loi relative à la transparence de la vie publique », 11 octobre 2013, *JORF*, n°0238, 12 octobre 2013, p. 16829

Loi, n° 2013-1117, « Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », 6 décembre 2013, *JORF*, n°0284, 7 décembre 2013, p. 19941, dite « Loi Cahuzac ».

Délibération CNIL, n° 2014-042, « Délibération modifiant l'autorisation unique n° 2005-305 du 8 décembre 2005 n° AU-004 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle », 30 janvier 2014, *JORF*, n°0035, 11 février 2014, n°74.

○ **Droit vietnamien**

Constitution de la République socialiste du Vietnam, 15 avril 1992 amendée par la Résolution n°51/2001/ du 25 décembre 2001.

Loi, n°15/1999/QH10, « Code pénal de la République socialiste du Vietnam », *Hanoi*, 21 décembre 1999.

Circulaire, n° 681-CP/KTN, « Circular of the Government on guiding strategies and policies for the development of small- and medium-sized enterprises », 20 juin 1998.

Loi, n° 18/2000/QH10, « Loi sur les investissements étrangers », *Hanoi*, 9 juin 2000.

Loi, n° 23/2000/QH10, « Law on drug prevention and fight », *Hanoi*, 9 décembre 2000.

Loi, n° 03/2003/QH11, « Accounting law », *Hanoi*, 17 juin 2003.

Loi, n° 16/2003/QH11, « Loi sur la construction », *Hanoi*, 26 novembre 2003.

Loi, n°19/2003/QH11, « Criminal procedure code », *Hanoi*, 26 novembre 2003.

Ord., n° 23/2004/PL-UBTVQH11, « Ordonnance sur l'organisation des enquêtes pénales », *Hanoi*, 20 août 2004.

Loi n° 27/2004/QH11, « Loi sur la concurrence », *Hanoi*, 3 décembre 2004.

Décret, n° 35/2005/ND-CP, « Decree on disciplining of cadres and civil servants », *Hanoi*, 17 mars 2005.

Loi, n° 36/2005/QH11, « Loi sur le Commerce », *Hanoi*, 14 juin 2005.

Loi, n° 55/2005/QH11, « Loi sur la lutte contre la corruption de la République socialiste du Vietnam », *Hanoi*, 29 novembre 2005.

Loi, n° 59/2005/QH11, « Loi sur les investissements de l'Assemblée Nationale de la République Socialiste du Vietnam », 29 novembre 2005.

Loi, n° 60/2005/QH11, « Loi sur les Entreprises de 2005 de l'Assemblée Nationale de la République Socialiste du Vietnam », *Hanoi*, 29 novembre 2005.

Loi, n° 61/2005/QH11, « Loi sur les marchés publics », *Hanoi*, 29 novembre 2005.

Décret, n° 74/2005/ND-CP, « Décret relatif à la prévention et la lutte contre le blanchiment d'argent », *Hanoi*, 7 juin 2005.

Décret, n° 107/2006/ND-CP, « Decree defining responsibilities of heads of agencies, organizations and units for corruption occurring in their agencies, organizations or units », *Hanoi*, 22 septembre 2006.

Décret, n° 120-2006/ND-CP, « Decree on Anti-Corruption Providing Detailed Provisions and Guidelines for Implementation of a Number of Articles of the Law on Anti-Corruption », *Hanoi*, 20 octobre 2006.

Décret, n° 161/2006/ND-CP, « Decree providing for cash payment », *Hanoi*, 28 décembre 2006.

Décision, n° 291/2006/QD-TTg, « Decision on non cash payment », *Hanoi*, 29 décembre 2006.

Décret, n° 37/2007/ ND-CP, « Décret relatif à la transparence du patrimoine et des revenus des agents publics », *Hanoi*, 9 mars 2007.

Décret, n°47/2007/ND-CP, « Detailing and guiding the implementation of a number of es of the anti-corruption Law, regarding the role and responsibility of the society in corruption prevention and fighting », 27 mars 2007.

Circular, n° 2442/2007/TT-TTCP, « Guiding the implementation of a number of articles of the Government's Decree No. 37/2007/ND-CP of March 9, 2007, on declaration of property and income», *Hanoi*, 13 novembre 2007.

Loi, n° 08/2007/QH12, « Loi sur l'entraide judiciaire », *Hanoi*, 21 novembre 2007.

Décision du Premier Ministre, n° 85/2008/QD-TT, « Décision promulguant la liste des agents publics soumis à l'obligation de déclaration du patrimoine et des revenus selon les dispositions de l'article 6§11 du décret n°37/2007/ND-CP », *Hanoi*, 3 juillet 2008.

Loi, n° 37/2009/QH12, « Law amending and supplementing a number of Articles of the penal code», *Hanoi*, 19 juin 2009.

Loi, n° 13/2009/L-CTN, « Law Amending; and Supplementing a Number of articles of the Penal Code », *Hanoi*, 29 juin 2009.

Loi, n° 38/2009/QH12, « Loi amendant et complétant les dispositions de la loi sur les marchés publics de construction », *Hanoi*, 19 juin 2009.

Circular, n° 15/2011/TT-NHNN, « Circular stipulating on carrying Vietnam Dong or Foreign Currency in cash of people on entry or exit. », *BEV*, 15 août 2011.

Loi, n° 07/2012/QH13, « Loi de prévention du Blanchiment d'argent », *Hanoi*, 18 juin 2012.

Loi, n° 27/2012/QH13, « law amending and supplementing a number of Articles of Anti-corruption law », *Hanoi*, 23 novembre 2012.

Décret, n° 116/2013/ND-CP, « Decree detailing a number of articles of the law on prevention prevention and combat of Money laundering », *Hanoi*, 4 octobre 2013.

Décret, n° 122/2013/ND-CP, « Decree on disposal of terrorism-related property », *Hanoi*, 11 octobre 2011.

○ Droit étranger

Prevention of corruption Act, 1916 (Grande Bretagne).

Foreign Corrupt Practice Act, *Public law*, 1977 (Etats-Unis).

Foreign Account Tax Compliance Act, *Public law*, 2010 (Etats-Unis).

Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act (OFTCA), *Public Law*, 1988, n°100-418 (Etats-Unis).

Sarbanes-Oxley Act, n° 107-204, *Public law*, July 30, 2002, 107th Congress (Etats-Unis).

- INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

○ Nations Unies :

Convention des Nations Unies du 13 février 1946 relative aux privilèges et immunités.

Convention de Vienne sur les agents diplomatiques, *Nations Unies*, 14 avril 1961, *Recueil des traités*, vol. 500, p. 95.

Convention de Vienne sur les relations consulaires, *Nations Unies*, 24 avril 1963, *Recueil des traités*, vol. 596, p. 261.

Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, dite Convention de Vienne, adoptée par la Conférence des parties à sa 6^{ème} assemblée plénière, le 19 décembre 1988.

Statut de la Cour Pénale Internationale, *Rome*, 17 juillet 1998, dit Statut de Rome ; in E. David et P. Heirman, *Code de droit international pénal*, Bruylant, 2^{ème} édition, 2009, p. 1373-1440.

Convention internationale pour la répression du financement du Terrorisme, *Nations Unies*, 1999.

Résolution 1267(1999), *CSNU*, 15 octobre 1999, S/RES/1267 (1999).

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 15 novembre 2000, *AGNU*, A/RES/55/25.

Résolution 1373(2001), *CSNU*, A/RES/1373 (2001), 28 septembre 2001.

Convention des Nations Unies contre la corruption, 31 octobre 2003, *AGNU*, Rés. 58/4.

Résolution 1757 (2007) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 5685e séance, le 30 mai 2007 », *CSNU*, S/RES/1757, 30 mai 2007, (création du TSL).

○ **Conseil de l'Europe :**

Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CESDH), *Conseil de l'Europe, STE*, n°005, 4 novembre 1950.

Convention européenne d'extradition, 13 décembre 1957, *STE*, n°24 ; in *Conseil de l'Europe, Coopération internationale en matière pénale. Conventions du Conseil de l'Europe, Conseil de l'Europe*, 1997, p. 7-22.

Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, 20 avril 1959, *STE*, n°30.

Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strasbourg, *STE*, n°141, 8 novembre 1990.

Convention Pénale du Conseil de l'Europe, *STE*, n°173, Strasbourg, 27 janvier 1999.

Convention Civile du Conseil de l'Europe sur la corruption, *STE*, 174, 4 novembre 1999.

Convention relative au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, Varsovie, *STE*, n°198, 16 mai 2005.

Recommandation, CM/Rec(2007)7, « Recommandation du Comité des ministres aux États membres relative à une bonne administration », *Conseil de l'Europe*, 20 juin 2007.

○ **OCDE :**

Convention sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et documents connexes, 21 novembre 1997, *OCDE*, 2011, pp. 1-48.

Déclaration, « Déclaration sur la probité, l'intégrité et la transparence dans la conduite des affaires et de la finance internationales », *OCDE*, 28 mai 2010, C/MIN(2010)3/FINAL.

Modèle OCDE de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune – différentes versions disponibles », 2010

Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE et du commentaire s'y rapportant », 17 juillet 2012.

○ **Autres :**

APEC, « Transparency standards on Government procurement », n° 2004/SOMII/030, *APEC*, 2 juin 2004, pp.1-7.

O.E.A., Convention interaméricaine sur la lutte contre la corruption, 29 mars 1996.

O.I.P.C./INTERPOL, « Statut de l'O.I.P.C.- Interpol », *Interpol*, Bureau des affaires juridiques, I/CONS/GA/1956(2008).

U.A., Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, dite Convention de Maputo, 11 juillet 2003.

- INSTRUMENTS EUROPEENS

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, 19 juin 1990, dite Convention de Schengen, *JOCE*, n°L239, 22 mai 2000, p. 19.

Directive, n° 91/308/CEE, « Directive du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier à des fins de blanchiment de capitaux », 10 juin 1991, *JOCE*, L166, 28 juin 1991, p. 77.

Convention relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les Etats membres de l'Union Européenne », 10 mars 1995, *JOCE*, C078, 30 mars 1995, p. 1.

Conventions sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police, dite Convention Europol, 26 juillet 1995, *JOCE*, n°C316, 27 novembre 1995, p. 1.

Convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, 26 juillet 1995, *JOCE*, C316, 27 novembre 1995, p. 48.

Convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union Européenne », 27 septembre 1996, *JOCE*, C313, 23 octobre 1996, p. 11.

Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, dite Convention de Bruxelles, 26 mai 1997, *JOCE*, 25 juin 1997, n° C195, pp. 2-11.

Action commune, n° 98/699/JAI, « Action commune adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime », 3 décembre 1998, *JOCE*, L333, 9 décembre 1998, p. 1.

Action commune, n° 98/742/JAI, « Action Commune adoptée par le Conseil sur la base de l'e K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la corruption dans le secteur privé », 22 décembre 1998, *JOCE*, L 358, 31 décembre 1998, p. 2-4.

Décision, n° 1999/352/CE, « Décision de la Commission instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF). », *JOCE*, n°136, 31 mai 1999, p. 20.

Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, 22 mai 2000, *JOCE*, n°C197, 12 juillet 2000, p. 3.

Décision, n° 2000/642/JAI, « Décision du Conseil relative aux modalités de coopération entre les cellules de renseignement financier des états membres en ce qui concerne l'échange d'information », 17 octobre 2000, *JOCE*, n° L271, 24 novembre 2000, p. 4.

Charte, n° 2000/C, « Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne », *JOCE*, C/364, 18 décembre 2000, pp. 1-22.

Décision-cadre, n° 2001/500/JAI, « Décision-cadre du Conseil concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime », 26 juin 2001, *JOCE*, L182, 5 juillet 2001, p. 1.

Directive, n° 2001/97/CE, « Directive du Parlement et du Conseil modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux », 4 décembre 2001, *JOCE*, L344, 28 décembre 2001, p. 76.

Décision, n° 2002/187/JAI, « Décision du Conseil instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité », *JOCE*, n°L63, 6 mars 2002, p. 1.

Décision-cadre, n° 2002/584/JAI, « Décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres », 13 juin 2002, *JOCE*, L190, 18 juillet 2002, p. 1.

Initiative du Royaume du Danemark en vue de l'adoption de la Décision-Cadre du Conseil relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, *JOCE*, 2 août 2002, n° C 184, p.4.

Décision, n° 2003/659/JAI, « Décision du Conseil instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité », 18 juin 2003, *JOUE*, n°L245, 29 mars 2003 p. 44.

Décision-cadre, n° 2003/568/JAI, « Décision-Cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé », *JOCE*, 31 juillet 2003, n° L192, pp. 54-56.

Directive, n° 2004/18/CE, « Directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services », 31 mars 2004, *JOUE*, n°134, 30 avril 2004, p. 114.

Directive, n° 2004/109/CE, « Directive du Parlement et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE », 15 Décembre 2004, *JOUE*, n° L390, 31 décembre 2004, p. 38.

Directive, n° 2005/60/CE, « Directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », 26 octobre 2005, *JOCE*, n° L 309, 25 novembre 2005, p. 0015-0036.

Règlement, n° 1889/2005/CE, « Règlement relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté », 26 octobre 2005, *JOUE*, n°L309, 25 novembre 2005, p.9.

Décision, n° 2006/313/PESC, « décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre la Cour pénale internationale et l'Union Européenne en ce qui concerne la coopération et l'assistance », 10 avril 2006, *JOUE*, L115, 28 avril 2006, p. 49.

Décision-cadre, n° 2006/783/JAI, « Décision-cadre du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation », 6 octobre 2006, *JOCE*, n° L32, 24 novembre 2006, pp. 0059 – 0078.

Décision-cadre, n° 2006/960/JAI, « Décision-cadre du Conseil relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union Européenne », 18 décembre 2006, *JOCE*, n° L 386, 29 décembre 2006, pp. 0089 – 0100.

Directive, n° 2007/14/CE, « Directive portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la directive 2004/109/CE sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé », 8 mars 2007, *JOUE*, n° L69, 9 mars 2007, p. 27.

Décision-cadre, n° 2007/845/JAI, « Décision-cadre du Conseil relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime », 6 décembre 2007, *JOCE*, n° L 332, 18 décembre 2007, pp. 0103 – 0105.

Décision, n°2009/371/JAI, « Décision du Conseil portant création de l'Office européen de police (Europol) », 6 avril 2009, *JOUE*, n°L121, 15 mai 2009, p. 37.

Décision, n° 2009/426/JAI, « Décision du Conseil sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité », 16 décembre 2008, *JOUE*, n°L138, 4 juin 2009, p. 14.

Décision, n° 2011/168/PESC, « Décision du Conseil concernant la Cour pénale internationale et abrogeant la position commune 2003/444/PESC », 21 mars 2011, *JOUE*, L76, 22 mars 2011, p.56.

- **CODES DE CONDUITE ET CHARTES ETHIQUES**

Commission Européenne, « Code de conduite des commissaires de l'Union Européenne », *Commission Européenne*, C (2011) 2904.

Commission Internationale du Service Civil (CISC), « Normes de conduites requises des fonctionnaires internationaux », *CISC*, 2002.

Conseil Supérieur de la Magistrature, « Recueil des obligations déontologiques des Magistrat », *Dalloz*, 2010.

Forum Francophone des Affaires (FFA), « Charte éthique des entreprises francophones », *OIF*, octobre 2010.

Nations Unies, « Code international de conduite des agents de la fonction publique », 12 décembre 1996, *AGNU*, A/RES/51/59.

VII – JURISPRUDENCE

- **HAUTE COUR DE JUSTICE**

Haute Cour de justice 21 juillet 1931, S., 1932, 1, 182 ; *Gazette du Palais*, 1931, 2, 298.

- **JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE**

C. Constit, Décision n°71-44 DC, « Loi complétant les dispositions des es 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association », 16 juillet 1971.

C. Constit, 18 octobre 1977, Décision n° DC77-5-1, *Recueil Lebon*, p. 81 ; *Revue droit public*, 1978, p. 1574 note Philip.

C. Constit, 19 et 20 janvier 1981, n° 80-127 DC.

C. Constit, 8 juillet 1989, n°89-258 DC.

C. Constit, décision n°89-271 DC, « Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques », 11 janvier 1990, *JORF*, 13 janvier 1990, p. 571 ; *Recueil*, p.21.

C. Constit, 2 février 1995, n°95-360 DC.

C. Constit, 22 janvier 1999, n°98-408, DC, « Décision relative au traité portant statut de la Cour pénale internationale », *JORF*, 24 janvier 1999, p. 1317 ; *Dalloz*, 1999, p. 285, note P. Chrestia ; *Dalloz*, 2000, somm., p. 111. Obs. M.-H. Gozzi ; *Dalloz*, 2000, p. 196, obs. S. Scortitino-Bayart ; *RSC*, 1999, p. 614, obs. A. Giudicelli.

C. Constit, Décision n°99-411 DC, « Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs », 16 juin 1999, *JORF*, n°140, 19 juin 1999, p. 9018.

C. Constit, décision n°2003-473 DC, « Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit », 26 juin 2003, *JORF*, n°152, 3 juillet 2003, p. 11205.

C. Constit, 2 mars 2004, n°2004-492, *JORF*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *Recueil Lebon*, 2004, p. 66.

C. Constit, Décision n°2010-88 QPC, 21 janvier 2011, *JORF*, n°0018, 22 janvier 2011, p.1385.

C. Constit, 8 avril 2011, déc. 2011-117, QPC, « Financement des campagnes électorales et inéligibilité », *JORF*, 9 avril 2011, p.6362.

C. Constit, Décision n°2013-675 DC, « Loi organique relative à la transparence de la vie publique », 9 octobre 2013, *JORF*, n°0238, 12 octobre 2013, p. 16838.

C. Constit, 4 décembre 2013, n°2013-679 DC, *JCP E*, 2013, act. 822 ; *Dalloz*, 2013, p. 2851.

- COUR DE CASSATION

Cass. Crim, 30 janvier 1909, *Droit Pénal*, 1910, 1, 505.

Cass. Crim, 11 mai 1928, *Bull. Crim.*, 1928, n°140 ; *Gazette du Palais*, 1928, 2, 239.

Cass. Crim, 25 octobre 1934, *Bull. Crim.*, 1934, n° 169.

Cass. Crim, 4 novembre 1948, *Bull. Crim*, n°250.

Ch. Réunion, 1^{er} août 1949, *JCP*, 1949, II, 5033, note M. Le Roy.

Cass. Crim, 15 décembre 1949, *Bull. Crim.*, 1949, n°350.

Cass. Crim., 13 juillet 1951, *Dalloz*, 1951, p. 686.

Cass. Crim., 20 décembre 1951, *JCP G*, 1952, II, 7014 ; **Cass. Crim.**, 19 novembre 1985, *Bull. Crim.*, 1985, n°362.

Cass. Crim., 5 mai 1955, *Bull. Crim.*, 1955, n°234 ; *Dalloz*, 1967, p. 586, note Dalsace.

Cass. Crim., 10 mai 1955, *Bull. Crim.*, 1955, n°234.

Cass. Crim., 23 janvier 1963, *Bull. Crim.*, 1963, n°44 : *JCP*, 1963, II, 13312.

Cass. Crim., 16 janvier 1964, *JCP*, 1964, II, 13612, note J. R.

Cass. Crim., 10 novembre 1964, *Dalloz*, 1965, p. 43.

Cass. Crim., 8 mars 1967, *Bull. Crim.*, n°94.

Cass. Crim., 3 mai 1967, *Bull. Crim.*, 1967, n°148.

Cass. Crim., 7 décembre 1967, *Bull. Crim.*, 1967, n° 119, *Dalloz*, 1968, p. 619, note J.M.R.

Cass. Crim., 6 février 1968, *Bull. Crim.*, 1968, n°37 ; *RSC*, 1968, p. 850, obs. Vitu.

Cass. Crim., 7 mars 1968, *Bull. Crim.*, 1968, n°80 ; **Cass. Crim.**, 8 décembre 1971, *Bull. Crim.*, n°346 ; *Revue des sociétés*, 1972, p. 514, note B. Bouloc.

Cass. Crim., 6 février 1969, *Bull. Crim.*, 1969, n° 67, *JCP G*, 1969, II, 16004, note Chambon ; *RSC*, 1969, p. 871, obs. A. Vitu.

Cass. Crim., 7 octobre 1969, *Bull. Crim.*, n°243.

Cass. Crim., 3 février 1970, *Bull. Crim.*, 1970, n°47.

Cass. Crim., 16 décembre 1970, *JCP*, 1971, II, 16813, note B. Bouloc.

Cass. Crim., 11 mars 1971, *JCP G*, 1971, II, 16934, note G. Soussi.

Cass. Crim., 2 décembre 1971, *Bull. Crim.*, 1971, n°337.

Cass. Crim., 8 décembre 1971, *Revue des sociétés*, 1972, p. 514, note B. Bouloc.

Cass. Crim., 15 mars 1972, *Bull. Crim.*, n°107 ; *RTD Com*, 1973, p. 573, note C. Saint-Alary-Houin ; *Revue des sociétés*, 1973, p. 357, note B. Bouloc.

Cass. Crim., 29 juin 1972, *Bull. Crim.*, 1972, n°226.

Cass. Crim., 23 janvier 1973, *Bull. Crim.*, 1973, n°29 ; *JCP G*, 1973, IV, 93.

Cass. Crim., 9 mai 1973, *Bull. Crim.*, n°216 ; *Dalloz*, 1974, p. 261, note B. Bouloc ; *Revue des sociétés*, 1974, p. 696, note B. Bouloc.

Cass. Crim., 15 novembre 1973, *Bull. Crim.*, n°421

Cass. Crim., 2 avril 1974, *Bull. crim.*, n°139.

Cass. Crim., 4 juillet 1974, *Bull. Crim.*, n°249 ; *RSC*, 1975, 411, obs. Vitu.

Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Bull. Civ.*, I, 1975, n°4 ; *AJDA*, 1975, p. 567, note J. Boulouis ; *Cahiers de droit européen*, 1975, p. 655, note R. Kovar ; *Dalloz*, 1975, p. 497, A. Touffait ; *RD pb.*, 1975, p. 1335, chron., L. Favoreu et L. Philip ; *RGDIP*, 1976, p. 690, pbs. C. Rousseau.

Cass. Crim, 14 octobre 1975, *Bull. Crim.*, n°356 ; *RSC*, 1976, p. 415, obs. A Vitu.

Cass. Crim, 25 novembre 1975, *Bull. Crim.*, 1975, n°257.

Cass. Crim, 19 juin 1978, *Bull. Crim.*, 1978, n°202 ; **Cass. Crim**, 26 mars 1996, *Bull. Crim.*, 1996, n°142.

Cass. Crim, 20 novembre 1980, *Dalloz*, 1982, p. 246, note W. Jeandidier ; *RSC*, 1981, p. 607, obs. A. Vitu.

Cass. Crim, 10 août 1981, *Bull. Crim.*, 1981, n°244 ; *Gazette du Palais*, 1981, 2, p. 696, note J.C ; *Revue des sociétés*, 1983, p. 369, note B. Bouloc.

Cass. Crim, 15 novembre 1982, *Bull. Crim*, 1982, n°254 ; *RSC*, 1983, p. 469, obs. A. Vitu.

Cass. Crim, 18 juillet 1984, *Bull. Crim.*, 1984, n°262, *RSC*, 1985, p. 291, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire.

Cass. Crim, 1^{er} octobre 1984, *Bull. Crim.*, 1984, n°277.

Cass. Crim, 4 février 1985, *Bull. Crim.*, 1985, n°54 ; *Dalloz*, 1985, p. 478, note D. Ohl ; *JCP G*, 1985, II, 14613, note W. Jeandidier ; *Revue des sociétés*, 1985, p. 649, note B. Bouloc.

Cass. Crim, 11 juin 1985, *Bull. Crim.*, 1985, n°222.

Cass. Crim, 16 octobre 1985, *Gazette du Palais*, 1986, I, p. 152 ; *RSC*, 1986, p. 607, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire.

Cass. Crim, 14 janvier 1986, *Bull. Crim.*, 1986, n°21.

Cass. Crim, 7 avril 1986, *Bull. Crim.*, n°115.

Cass. Crim, 14 mai 1986, *Bull. Crim.*, 1986, n°163 ; *RSC*, 1987, 685, obs. J.-P. Delmas – Saint – Hilaire.

Cass. Crim, 4 novembre 1986, *Bull. Crim*, 1986, n°316.

Cass. Crim, 28 janvier 1987, *Bull. Crim.*, 1987, n°47 ; *RSC*, 1987, p. 646, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire.

Cass. Crim, 24 mars 1987, *Bull. Crim*, 1987, n°137 ; *Dalloz*, 1987, jur., p. 458, note P. Waquet et F. Julien-Laferrière.

Cass. Crim, 12 août 1987, pourvoi n°86-96533.

Cass. Crim, 14 juin 1988, *Bull. Crim*, 1988, n°272.

Cass. Crim, 16 janvier 1989, *Dalloz*, 1989, p. 495, note Cosson.

Cass. Crim, 17 mai 1989, *Bull. Crim.*, 1989, n°204.

Cass. Crim, 5 septembre 1989, *Droit pénal*, 1989, comm. 76.

Cass. Crim, 22 janvier 1990, *Bull. Crim.*, 1990, n°39.

Cass. Crim, 6 juin 1990, *Bull. Crim.*, 1990, n°224 ; *Gazette du Palais*, 26 février 1991, obs. J.-P. Doucet ; **Cass. Crim**, 3 novembre 2010, *Bull. Crim.*, 2010, n°172.

Cass. Crim, 18 octobre 1990, *Bull. Crim.*, 1990, n°345.

Cass. Crim, 3 avril 1991, *Dalloz*, 1992, p. 225, noe C. Pagnon.

Cass. Com, 6 mai 1991, n° 89-13780.

Cass. Crim, 26 novembre 1991, *Droit pénal*, 1992, 116.

Cass. Crim, 7 avril 1992, *Bull. Crim.*, 1992, n° 146.

Cass. Crim, 22 avril 1992, *Bull. Crim.*, n°169 ; *Revue des sociétés*, 1993, p. 124, note B. Bouloc ; *Dalloz*, 1995, p. 59, note H. Matsopoulou ; *Droit pénal*, 1993, n°115, note J.-H. Robert ; *JCP E*, 1992, pan., 1349.

Cass. Crim, 1^{er} décembre 1992, *Droit pénal*, 1993, comm. 126, obs. A. Maron.

Cass. Crim, 22 avril 1993, *Bull. Crim.*, n°84.

Cass. Crim, 29 septembre 1993, *Bull. Crim*, 1993, n°271 ; *Dr. Pénal*, 1994, comm. 3, obs. M. Veron.

Cass. Crim, 26 octobre 1994, *Bull. Crim.*, 1994, n°340.

Cass. Crim, 11 mai 1995, pourvoi n°94-82748, inédit.

Cass. Crim, 10 juillet 1995, *Bull. Crim.*, n°253 ; *JCP G*, 1996, II, 22572, note J. Paillusseau.

Cass. Crim, 9 novembre 1995, *Bull. crim.*, 1995, n°346 ; *JCP G*, 1996, IV, 513 ; *Dalloz*, 1996, somm. 259, obs. J. Pradel.

Cass. Crim, 7 décembre 1995, *Bull. Crim*, 1995, n°375 ; *JCP G*, 1996, IV, 709 ; *Gazette du Palais*, 1996, n°1, n°126 à 128, chron., p. 56 ; *Droit pénal*, 1996, comm. 139, obs. M. Véron ; *RSC*, 1996, p. 666, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire.

Cass. Crim, 11 janvier 1996, *Bull. Crim.*, 1996, n°21 ; *Revue des sociétés*, 1996, p. 586, note B. Bouloc ; *Droit pénal*, 1996, n°108, obs. J.-H. Robert ; *JCP G*, 1996, IV, 822.

Cass. Crim, 24 janvier 1996, *Bull. Crim.*, 1996, n°39.

Cass. Crim, 6 février 1996, *Bull. Crim*, 1996, n°60, p.165.

Cass. Crim, 9 avril 1996, *Bull. Crim.*, 1996, n°174.

Cass. Crim, 25 juin 1996, *Bull. Crim*, 1996, n°273 ; *Droit pénal*, 1996, comm. 264, obs. M. Véron.

Cass. Com, 26 novembre 1996, n° 94-15403.

Cass. Crim, 24 octobre 1996, *Droit pénal*, 1997, comm. 41, obs. J.-H. Robert.

Cass. Crim., 4 février 1997, *Bull. Crim.*, n°45.

Cass. Crim., 6 février 1997, *Bull. Crim.*, n°48 ; *JCP G*, 1997, II, 22 823, note M. Pralus ; *Dalloz Affaires*, 1997, p. 281 et 780, note H. Matsopoulou ; *Droit pénal*, 1997, comm. 61, 63 et 70 ; *Revue des sociétés*, 1997, p. 146, note B. Bouloc ; *Dalloz*, 1997, p. 334, note. J.-F. Renucci.

Cass. Crim., 5 mai 1997, *Revue des sociétés*, 1998, p. 127, note B. Bouloc ; *Bulletin Joly Sociétés*, 1997, p. 953, note J.-F. Barbièri.

Cass. Crim., 3 juin 1997, *Droit pénal*, 1997, comm., 150, obs. M. Véron.

Cass. Crim., 27 octobre 1997, *Bull. Crim.*, n°352 ; *JCP G*, 1998, n°6, II, 10 017, note M. Pralus ; *JCP E*, 1998, p. 268, obs. J.-F. Renucci ; *Droit pénal*, 1998, comm. 16, obs. M. Véron, comm. 21, obs. J.-H. Robert ; *Revue des sociétés*, 1998, p. 869, note B. Bouloc.

Cass. Crim., 20 mars 1997, *Revue des sociétés*, 1997, p. 581, note B. Bouloc ; *RSC*, 1997, p. 847, obs. J.F. Renucci ; *Dalloz*, 1999, jur. 28, note D. Boccara ; *Droit pénal*, 1997, comm. 131, obs. J.-H. Robert.

Cass. Crim., 6 janvier 1998, *Revue des sociétés*, 1998, p.370, note Routier.

Cass. Crim., 8 janvier 1998, *Droit pénal*, 1998, p.98 , obs Véron.

Cass. Crim., 4 février 1998, *Bull. Crim.*, 1998, n°42.

Cass. Crim., 7 mai 1998, *Bull. Crim.*, 1998, n°157 ; *Droit pénal*, 1998, comm. 28, obs. M. Véron.

Cass. Crim., 9 juillet 1998, *Revue des sociétés*, 1998, p. 821, obs. B. Bouloc ; *Dalloz*, 1999, somm., p. 159, obs. M. Segonds.

Cass. Crim., 5 novembre 1998, *Bull. Crim.*, 1998, n°289 ; *JCP G*, 1999, II, 10182, note W. Jeandidier.

Cass. Civ., 1^{ère}, 12 novembre 1998, *Bull.*, 1998, n°313, p.216.

Cass. Crim., 19 mai 1999, *Dalloz*, 2000, p. 124, obs. M. Segonds.

Cass. Crim., 27 mai 1999, *Bull. Crim.*, 1999, n°110.

Cass. Crim., 15 septembre 1999, *Droit pénal*, 2000, comm. n°28, obs. M. Véron.

Cass. Crim., 27 septembre 1999, *Bull. Crim.*, 1999, n°238 ; *Droit pénal*, 2000, comm. n°27, obs. M. Véron ; *RSC*, 2000, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire.

Cass. Crim., 19 octobre 1999, *Droit pénal*, 2000, comm. n°35, obs. J.-H. Robert ; *Dalloz*, 2008, pan., p. 1575, obs. C. Mascala.

Cass. Crim., 16 novembre 1999, *Bull. Crim.*, n°258 ; *Droit pénal*, 2000, comm. 40, obs. M. Véron.

Cass. Crim., 1^{er} mars 2000, *Bull. Crim.*, 2000, n°101 ; *Bull. Joly Sociétés*, 2000, p. 710, note A. Médina ; *Revue des sociétés*, 2000, p. 576, note B. Bouloc ; *RSC*, 2000, p. 839, obs. J.-F. Renucci.

Cass. Crim, 27 avril 2000, *Bull. crim.*, 2000, n° 172.

Cass. Crim, 14 juin 2000, *Bull. Crim.*, 2000, n°183.

Cass. Crim, 14 juin 2000, *Bull. Crim.*, 2000, n°221 ; *Droit pénal*, 2001, comm. 5, obs. M. Véron.

Cass. Crim, 4 octobre 2000, *Bull. Crim.*, 2000, n°287 ; *Dalloz*, 2001, p. 1654, note M. Segonds ; *Droit penal*, 2001, comm., 16, obs. M. Véron.

Cass. Crim, 18 octobre 2000, *Bull. Crim*, 2000, n°301.

Cass. Crim, 13 décembre 2000, *Bull. Crim.*, 2000, n°374.

Cass. Crim, 7 février 2001, *Droit pénal*, 2001, comm. 82, obs. M. Véron.

Cass. Crim, 21 février 2001, *Bull. Crim.*, 2001, n°46.

Cass. Crim, 26 septembre 2001, *Dalloz*, 2002, p. 1800, obs. M. Segonds, *Cass. Crim*, 30 juin 2010, *RPDP*, 2010, p. 918, note M. Segonds.

Cass. Ass.Plen., 10 octobre 2001, *Bull. Crim.*, 2001, n°206 ; *JCP G*, 2002, II, 10024, note C. Franck ; *Dalloz*, 2002, p. 237, note C. Debbash ; *Dalloz*, 2002, p. 674, note J. Pradel.

Cass. Crim, 24 octobre 2001, *Droit pénal*, 2002, comm. n°105, obs. M. Véron.

Cass. Crim, 20 février 2002, *Bull. Crim.*, 2002, n°42 ; *Dalloz*, 2002, IR, 1115 ; *JCP G*, 2002, II, 100075, note P. Maistre du Chambon ; *RSC*, 2003, p. 585, note A. Giudicelli.

Cass. Crim, 27 février 2002, *Bull crim*, n°48.

Cass. Crim, 10 avril 2002, *Bull. Crim.*, 2002, n°84 ; *Droit pénal*, 2002, comm. 195, obs. M. Véron ; *Dalloz*, 2003, somm., p. 246, note M. Segonds.

Cass. Crim, 20 juin 2002, n°01-82705.

Cass. Crim, 27 novembre 2002, *Bull. Crim*, 2002, n°213 ; *JCP G*, 2003, II, 10093, note W. Jeandidier ; *Gazette du Palais*, 2003, p. 2415, note Y. Monnet ; *Dalloz*, 2003, p. 2046, obs. M. Segonds.

Cass. Com, 3 décembre 2002, n°99-21758.

Cass. Crim, 19 mars 2003, *Dalloz*, 2004, somm., 315, obs M. Segonds.

Cass. Crim, 14 mai 2003, *Bull. Crim.*, 2003, n°97 ; *Dalloz*, 2003, p.1766, n°26, Obs. A. Lienhard ; *Droit penal*, 2003, comm. 99, note J.-H. Robert ; *Gazette du Palais*, 22 septembre 2004, p. 2873, note M.-C. Sordino ; *Droit pénal*, 2004, comm. 178, note J.-H. Robert ; *RSC*, 2005, p. 315, note D. Rebut.

Cass. Crim, 28 mai 2003, *Bull. Crim.*, 2003, n°108.

Cass. Crim, 12 juin 2003, *JurisData*, n°2003-020110.

Cass. Crim, 25 juin 2003, *Droit pénal*, 2003, comm. 142, obs. M. Véron ; *RSC*, 2004, p. 350, R. Ottenhof.

Cass. Crim, 8 octobre 2003, *Bull. Crim.*, 2003, n°184 ; *Droit pénal*, 2003, comm. 147, note J.-H. Robert ; *Revue des sociétés*, 2004, p. 155, note B. Bouloc ; *JCP G*, 2004, II, 10028, note S. Jacopin ; *Dalloz*, 2003, p. 2685, note A. Lienhard.

Cass. Crim, 8 octobre 2003, *Bull. Crim.*, 2003, n°185 ; *Droit pénal*, 2004, comm. 16, obs. M. Véron ; *Dalloz*, 2004, juris., 3023, note M. Segonds.

Cass. Crim, 19 novembre 2003, *Droit pénal*, 2004, comm. 35, obs. M. Véron ; *Dalloz*, 2004, p. 2753, obs. G. Roujou de Boubée.

Cass. Crim, 11 janvier 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°11 ; *Droit pénal*, 2004, comm. 50, obs. M. Véron ; *JCP G*, 2004, II, 10084, note F. Linditch.

Cass. Crim, 14 janvier 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°12 ; *JCP G*, 2004, II, 10081, note H. Matsopoulou ; *Dalloz*, 2004, p. 1377, note C. Cutajar ; *Droit pénal*, 2004, comm. n°48, note M. Véron ; *RSC*, 2004, p. 350, obs. R. Ottenhof ; *JCP G*, 2004, IV, 1487 ; *Gazette du Palais*, 2004, obs. O. Raynaud.

Cass. Crim, 28 janvier 2004, *Bull. Crim*, 2004, n°18 ; *Droit pénal*, 2004, comm. 65, note J.-H. Robert ; *Revue des sociétés*, 2004, p. 722, note B. Bouloc ; *JCP E*, 2005, n°20, p. 817, obs. Y. Muller.

Cass. Crim, 28 janvier 2004, *Bull. Crim*, 2004, n°23 ; *Droit pénal*, 2004, comm. n°92, obs. M. Véron ; *JCP G*, 2004, II, 10084, note R. Leborgne.

Cass. Crim, 11 février 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°37.

Cass. Crim, 11 février 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°39.

Cass. Crim, 7 avril 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°92.

Cass. Crim, 7 avril 2004, *Bull. Crim*, 2004, n°93.

Cass. Crim, 27 avril 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°99 ; *JCP G*, 2004, IV, 2266.

Cass. Com, 28 avril 2004, *Bull. Civ.*, IV, 2004, n°72 ; *Dalloz*, 2004, p. 1380, obs. V. Avena-Robardet ; *Dalloz*, 2006, p. 159, obs. H. Synvet ; *RTD Com*, 2004, p. 577, obs. R. Cabrillac ; *LPA*, 28 mai 2004, rapp. M. Cohen-Branche ; *LPA*, 20 juillet 2004, note I. Tchotourian ; *JCP E*, 2004, n°23, 913, J. Stoufflet ; *JCP G*, 2004, II, 10105, note C. Cutajar ; *Rev. Banque et droit*, juillet-août 2004, obs. J. Bonneau.

Cass. Crim, 5 mai 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°110 ; *AJ Pénal*, 2004, p. 285, obs. J. Girault ; *RSC*, 2004, p. 897, obs. N. Commaret.

Cass. Crim, 19 mai 2004, *Bull. Crim*, 2004, n°131 ; *Droit pénal*, 2004, comm. n°133, obs. M. Véron.

Cass. Crim, 3 juin 2004, *Bull. Crim.*, 2004, n°152 ; *JCP E*, 2004, n°44, p. 1736, note M. Raimon ; *Droit pénal*, 2004, comm. 28, note J.-H. Robert, *Revue droit des sociétés*, 2004, comm. 198, obs. R. Salomon ; *RSC*, 2004, p. 892, note D. Rebut ; *Revue des sociétés*, 2004, p. 912, note B. Bouloc.

Cass. Crim, 22 septembre 2004, *Droit pénal*, 2004, comm. 117, note J.-H. Robert ; *Revue des sociétés*, 2005, p. 200, note B. Bouloc.

Cass. Crim, 1^{er} décembre 2004, *Petites Affiches*, 18 juin 2008, n°122, p.47, obs. C. Cutajar.

Cass. Crim, 15 décembre 2004, n°03-83474, inédit.

Cass. Crim, 19 janvier 2005, pourvoi n°04-86304.

Cass. Crim, 9 février 2005, *Bull. Crim*, 2005, n°48 ; *RSC*, 2005, p. 560, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire.

Cass. Crim, 9 février 2005, *JurisData*, n°2005-027764.

Cass. Crim, 9 mars 2005, *Droit pénal*, 2005, comm. 115, obs. M. Véron.

Cass. Crim, 20 avril 2005, *Bull. Crim.*, 2005, n°139.

Cass. Crim, 19 mai 2005, *JCP*, 2005, IV, 2498.

Cass. Crim, 29 juin 2005, *Bull. crim.*, 2005, n°200 ; *Dalloz*, 2005, IR, 2338.

Cass. Crim, 21 septembre 2005, *Bull. Crim.*, 2005, n°233 ; *Dalloz*, 2005, p. 2629 ; *Droit pénal*, 2006, comm. n°26, obs. M. Véron.

Cass. Crim, 21 septembre 2005, *Droit pénal*, 2005, comm. n°26, obs. M. Véron.

Cass. Crim, 27 septembre 2005, *Bull. Crim.*, 2005, n°239.

Cass. Crim, 30 novembre 2005, pourvoi n°04-86.240, *Dalloz*, Jurisprudence, 2005.

Cass. Crim, 14 décembre 2005, *Bull. Crim*, 2005, n°233 ; *Droit pénal*, 2006, comm. 59, obs. M. Véron.

Cass. Crim, 8 février 2006, *Droit pénal*, 2006, comm. 73 ; *Cass. Crim*, 14 mars 2007, *Droit pénal*, 2007, comm. 85.

Cass. Crim, 1^{er} mars 2006, *Bull. Crim.*, 2006, n° 59.

Cass. Crim, 31 mai 2006, pourvoi n°05-82848, inédit.

Cass. Crim, 14 juin 2006, *Droit pénal*, 2006, n°127, note J.-H. Robert ; *Revue des sociétés*, 2007, p. 136, note B. Bouloc ; *RSC*, 2007, p. 313, note D. Rebut.

Cass. Crim, 14 et 28 juin 2006, *Droit pénal*, 2006, comm. n°126, note J.-H. Robert ; *Cass. Crim*, 25 octobre 2006, *Droit pénal*, 2006, comm. 161, note J.-H. Robert.

Cass. Crim, 25 octobre 2006, *Bull. Joly Sociétés*, 2007, p. 243, note J.-F. Barbièri ; *Dalloz*, 2006, p. 2736, obs. A. Lienhard ; *Dalloz*, 2007, pan., p ; 1627, obs. C. Mascala ; *Revue des sociétés*, 2007, p. 146, obs. B. Bouloc.

Cass. Crim, 31 janvier 2007, *Bull. Crim.*, 2007, n°28 ; *Revue des sociétés*, 2007, p. 379, note B. Bouloc ; *RSC*, 2007, p. 310, obs. D. Rebut ; *AJ Pénal*, 2007, p. 514.

Cass. Crim, 26 février 2007, *Revue des sociétés*, 2007, p. 887, obs. B. Bouloc ; *Droit pénal*, 2007, Comm. n° 83, obs. J.-H. Robert ; *Dalloz*, 2008, pan., p. 1575, obs. C. Mascala.

Cass. Crim, 21 mars 2007, *Bull. Crim.*, 2007, n° 89.

Cass. Crim, 3 avril 2007, *Bull. Crim.*, 2007, n°100 ; *Dalloz*, 2007, act. Jurisp., p. 1663 ; *AJ Pénal*, 2007, p. 383, obs. Royer.

Cass. Crim, 20 juin 2007, pourvoi n° 06-89391, *JurisData*, n° 2007-040042.

Cass. Crim, 20 juin 2007, *Dalloz*, 2008, pan., p. 1573, obs. C. Mascala.

Cass. Crim, 3 octobre 2007, *Droit des sociétés*, 2007, p. 226, obs. R. Salomon.

Cass. Crim, 23 octobre 2007, *Droit pénal*, 2008, comm. 4, obs. Véron.

Cass. Crim, 9 janvier 2008, *Dalloz*, 2008, pan., p. 1575, obs. C. Mascala ; *Droit pénal*, 2008, comm. n°53, obs. J.-H. Robert ; *Lamy droit pénal des affaires*, mars 2008, p. 9.

Cass. Crim, 20 février 2008, *Bull. Crim.*, 2008, n°43 ; *Dalloz*, 2008, p. 1573, obs. C. Mascala ; *Droit pénal*, 2008, obs. M. véron ; *JCP G*, 2008, II, 10103, note J. Lasserre-Capdeville ; *Dalloz*, 2008, note. C. Cutajar, *Gazette du Palais*, 2009, n° 64, obs. Y. Monnet.

Cass. Crim, 19 mars 2008, *Bull. Crim*, 2008, n°69 ; *AJ Pénal*, 2008, p. 238, obs. M.-E. Charbonnier ; *RSC*, 2008, p. 592, note C. Mascala.

Cass. Crim, 19 mars 2008, *Droit pénal*, 2008, comm., 102, obs. M. Véron ; *Rev. Penit.*, 2009, p. 176, obs. M. Segonds.

Cass. Crim, 11 juin 2008, *Bull. Crim*, 2008, n°145 ; *Dalloz*, 2008, p. 2082, obs. S. Lavric ; *AJ Pénal*, 2008, p. 423, obs. G. Royer ; *RSC*, 2008, p. 932, obs. R. Finielz.

Cass. Crim, 10 septembre 2008, *Droit pénal*, 2008, comm. n°158, obs. M. Véron ; *Droit pénal*, 2009, chron., F. Linditch.

Cass. Crim, 16 septembre 2008, *JurisData*, n° 07-85108.

Cass. Crim, 22 octobre 2008, *Droit pénal*, 2009, chron. 9, obs. F. Linditch.

Cass. Crim, 17 décembre 2008, *Droit pénal*, 2009, comm. n°36, obs. M. Véron ; *RTDCom.*, 2009 ; p. 471, obs. B. Bouloc ; *RSC*, 2010, p. 141, note C. Mascala.

Cass. Crim, 11 février 2009, *Droit des sociétés*, 2009, comm. 82, obs. R. Salomon ; *Bulletin Joly*, 2009, p. 608, §122, note J. Lasserre-Capdeville.

Cass. Civ, 2^{ème}, 4 juin 2009, *Dalloz*, 2009, p. 2250, note C. Cutajar.

Cass. Crim, 7 octobre 2009, *Dalloz*, 2010, p. 1663, obs. C. Mascala ; *RSC*, 2010, p. 631, obs. H. Matsopoulou ; *RTD com*, 2010, p. 442, obs. B. Bouloc ; *Droit pénal*, 2010, comm. n°22, obs. M. véron.

Cass. Crim, 2 décembre 2009, *Dalloz*, 2010, p. 1670, obs. C. Mascala.

Cass. Soc, 8 décembre 2009, *Bull. Civ.*, V, 2009, n°27 ; *JCP S*, 2009, 1091, note P.-H. Antonmattei ; *JSL*, 2010, n° 269, 9, note M. Hautefort ; *Dalloz*, 2010. 548, note I. Desbarats ; *Dalloz*, 2010. 676, obs. O. Leclerc.

Cass. Crim, 24 février 2010, pourvoi n° 09-82.857, *Bull. crim.*, n° 37 ; *JCP G*, 2010, n°23, 629, note C. Cutajar ; *RTD Com*, 2011, p. 814, obs. B. Bouloc ; *Droit pénal*, 2010, n°4, comm. 42, obs. M. Véron.

Cass. Crim, 2 juin 2010, *Bull. Crim.*, n°199 ; *Dalloz actualité*, 26 juillet 2010, obs. L. Priou-Alibert.

Cass. Crim, 8 juin 2010, *Dalloz*, 2010, p. 1875.

Cass. Crim, 22 septembre 2010, *Revue des sociétés*, 2011, p. 185, note B. Bouloc ; *RTD Com*, 2011, p. 186, note B. Bouloc ; *Droit pénal*, 2010, comm. 139, obs. J.-H. Robert ; *Dalloz*, 2011, p. 1859, obs. C. Mascala.

Cass. Crim, 9 novembre 2010, n° 09-88.272, *JurisData*, n°2010.1174 ; *Dalloz*, 2010, p. 2707, note S. Lavric ; *Dalloz*, 2010, p. 2760, obs. G. Roujou de Boubée ; *Dalloz*, 2011, p. 112, obs. M. Perdriel-Vaissière ; *JCP G*, 2010, n°48, 1174, note C. Cutajar.

Cass. Crim, 26 janvier 2011, *Dalloz*, 2011, p.1859, obs. C. Mascala.

Cass. Crim, 23 février 2011, n°10-82880.

Cass. Crim, 23 février 2011, *Dalloz actualité*, 29 mars 2011, obs. M. Bombled.

Cass. Crim, 20 juin 2011, *Jurisdata*, n° 2011-016168.

Cass. Com, 15 novembre 2011, n°10.15049, *Dalloz*, 2012, p. 134, obs. A. Lienhard ; *JCP E*, 2011, n°50, 1893, note A. Couret et B. Dondero ; *Droit des sociétés*, 2012, comm. 24, obs. M. Rousille ; *Bull. Joly*, 2012, 112, n°116, note H. Le Nabasque ; *Revue des sociétés*, 2012, p. 192, obs. L. Godon.

Cass. Crim, 30 novembre 2011, n°11-90093, QPC.

Cass. Crim, 4 avril 2012, n° 11-81124, *JurisData*, n° 2012-006071 ; *JCP G*, 2012, n°23, 674, note C. Cutajar ; *RSC*, 2012, p. 553, obs. H. Matsopoulou.

Cass. Crim, 9 mai 2012, *Bull. Crim.*, 2012, n° 110.

Cass. Crim, 16 mai 2012, *Dalloz*, 2013, p. 1650, obs. C. Mascala.

Cass. Crim, 16 mai 2012, *Droit pénal*, 2012, comm. 104, note J.-H. Robert ; *AJ Pénal*, 2012, p. 540, obs. B. Bouloc.

Cass. Crim, 31 mai 2012, n°12-80715 ; *Dalloz actualité*, 22 juin 2012, note S. Lavric.

Cass. Crim, 11 juillet 2012, *Dalloz*, 2012, p. 1965 ; *AJ Pénal*, 2012, p. 555, note J. Gallois ; *Revue des sociétés*, 2012, p. 653, note B. Bouloc ; *RTD com*, 2012, p. 857, obs. B. Bouloc ; *Lamy droit des affaires*, mars 2013, p. 4514, note J. Lasserre Capdeville ; *Bull. Joly*, 2012, p. 741, obs. B. De Lamy ; *Dalloz*, 2013, p. 1650, obs. C. Mascala.

Cass. Crim, 25 septembre 2012, n°10-82938 ; *AJDA*, 2013, p. 667, étude C. Huglo ; *Dalloz*, 2012, p. 2711, note P. Delebecque ; *Dalloz*, 2012, p. 2673, point de vue L. Neyret ; *Dalloz*, 2012, p. 2675, chron. V. Ravit et O. Sutterlin ; *Dalloz*, 2012, p. 2917 obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaskin ; *AJ Pénal*, 2012, p. 574, note A. Montas et G. Roussel ; *AJCT*, 2012, p. 620, obs. M. Molinier-Dubost ; *Revue des sociétés*, 2013, p. 110, note J.-H. Robert ; *RTD Civ*, 2013, p. 119, obs. P. Jourdain ; *JCP G*, 2012, 1243, note K. Le Caviour ; *RJEP*, 2012, comm. 63, obs. D. Guihal ; *Droit de l'environnement*, 2012, p. 371, notes M.-P. Camproux Duffrène, V. Jaworski et J. Sohnle.

Cass. Crim, 23 octobre 2012, *Bull. Crim.*, 2012, n°225.

Cass. Crim, 19 décembre 2012, *Bull. Crim.*, 2012, n°285 ; *Dalloz*, 2013, p. 89 et 551, note O. Décima et S. Detraz ; *AJDA*, 2013, p. 8 ; *Dalloz*, 2013, p. 2713, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi et S. Mirabail.

Cass. Crim, 16 janvier 2013, n°11-83689 ; *Droit pénal*, 2013, comm. 34, obs. M. Véron ; *Lamy droit pénal des affaires*, février 2013, p. 15 ; *Dalloz*, 2013, p. 1656, obs. C. Mascala.

Cass. Com, 19 mars 2013, n°12-14407 ; *JCP E*, n°18, 2013, 1258, note R. Mortier

Cass. Com, 22 mai 2013, *Dalloz*, 2013, p. 1594, obs. A. Lienhard.

Cass. Crim, 25 mai 2013, n°12-85.115 ; *Dalloz*, 2013, p. 1656, obs. C. Mascala .

Cass. Com, 10 septembre 2013, *JCP E*, n°43, 2013, 1580, note A. Couret et B. Dondero.

Cass. Crim, 5 mars 2014, *Dalloz actualité*, 3 avril 2014, obs. C. Fonteix ; *Dalloz*, 2014, p. 613.

- CONSEIL D'ETAT

C. E, 4 mai 1959, *Sieur Jugeau*, n° 32083, *Recueil Lebon*, 287.

C. E, 8 novembre 1963, *Ministre de l'Agriculture c/ Coopérative d'insémination artificielle*, *AJDA*, p. 1964.

C. E, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn Bendit*, *Recueil Lebon*, 1979, n°5 ; *Dalloz*, 1979, p. 155, concl., B. Genevois ; *GAJA*, 17^{ème} édition, n°689, p. 616.

C. E, 27 juillet 1979, *Gazette du Palais*, 1979, p. 686, note F. Julien-Laferrière ; *Revue critique DIP*, 1980, p. 547, obs. P. Lagarde.

C. E, 13 février 1985, *Recueil Lebon*, n°45.

C. E, 27 février 1987, *Dalloz*, 1987, p. 305, concl. M. Bonichot ; *Dalloz*, 1988, p. 134 , obs. P. Waquet et F. Julien-Laferrière.

C. E, 20 octobre 1989, *Nicolo* ; *AJDA*, 1989, n°12, p. 788, note D. Simon, ; *RTD eur*, 1990, p. 771, note G. Isaac, ; *RFDA*, 1989, p. 824, note B. Genevois ; *RFDA*, 1989, p. 813, note P. Frydman ; *RFDA*, 1989, p. 993, note L. Favoreu, *RFDA*, 1989, p. 1000, note L. Dubouis ; *Dalloz*, 1990, p. 135, note P. Sabourin

C. E, 7 décembre 1990, *AJDA*, 1991, p. 403, note F. Julien-Laferrière ; *Cass. Crim*, 27 mars 2001, *Bull. Crim.*, 2001, n°81.

C. E, 4 novembre 1992, *Ghilardi*, n°132962, inédit au *Recueil Lebon*.

C. E, 11 avril 2001, *CHU bordeaux c/ M. Le Du*, n°211949, inédit au *Recueil Lebon*.

C. E, 11 avril 2001, *CHU Bordeaux c/ M. Roumegoux*, n°211950, inédit au *Recueil Lebon*.

C. E, 31 mars 2004, *Nextup SA*, *Bull. Joly bourse*, 2004, §121, note C. Cutajar.

C. E, 5 octobre 2007, *Alcatel CIT*, n°291049.

C. E., Ass., 30 octobre 2009, Dame Perreux, Recueil *Lebon*, 2010, n°4 ; *RFDA*, 2010, p. 126, obs. M. Canedo-Paris ; *AJDA*, 2009, p. 2391, *AJFP*, 2010, p. 76 ; *AJDA*, 2009, p. 2028 ; *Dalloz actualité*, 3 novembre 2009, M.-C. Montecler.

C. E., Ass., 4 juillet 2011, n°338033, *RFDA*, 2011, p.723.

- **COUR D'APPEL**

CA, Aix en Provence, 18 novembre 1997, *JCP* 1998, IV, p. 1952.

CA, Aix en provence, 24 novembre 1999, *Dalloz*, 2000, p. 245, note F. Renucci.

CAA, Marseille, 4 avril 2006, *Centre Hospitalier Universitaire de Bordeaux c/ M. Barrère*, n°2MA01407.

CAA, Marseille, 6 mars 2007, *Ministre de la défense c/M. Roscian*, n°03MA00746.

CA, Douai 30 septembre 2009, n°08/03741, *Dalloz*, 2009, jurisprudence.

CA, Paris, 30 novembre 2010, n°08/02278, *Dalloz*, 2010, p. 967, obs. S. Lavric ; *Dalloz*, 2010, p. 1008, entretien L. Neyret ; *Dalloz*, 2010, p. 1804, chron. V. Rebeyrol ; *Dalloz*, 2010, p. 2238, chron. L. Neyret ; *Dalloz*, 2010, p. 2468, obs. F.-G. Trébulle ; *Revue des sociétés*, 2010, p. 524, note J.-H. Robert ; *RSC*, 2010, p. 873, obs. J.-H. Robert ; *RTD com*, 2010, p. 622, obs. P. Delebecque.

- **PREMIERE INSTANCE**

T. Corr. Paris, 16 mai 1974, *Gazette du Palais*, 1974, 2, p. 756 ; *Dalloz*, 1975, p. 371. ; *Revue des sociétés*, 1975, p. 655, note B.O.

T. des enfants Sarreguemines, 11 mai 1967, *JCP G*, 1968, II, 15359, note Sigalas ; *RSC*, 1968, p. 329, obs. A. Vitu.

TGI Libourne, 15 septembre 2005, *Revue de jurisprudence sociale*, 2005, n°4.

- **JURISPRUDENCE EUROPEENNE**

Tribunal de première instance des communautés européennes, T-181/08, 19 mai 2010, *Jurisprudence EU*, n°171.

CJCE, 10 décembre 1957, aff. jointes 1/57 et 14/57, *Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, *Rec. CJCE*, 220.

CJCE, 7 juin 1983, aff. jointes 100/80, 101/80, 102/80, 103/80, *Musique diffusion française c/ commission*.

CJCE, Grande Chambre, 3 septembre 2008, aff. jointes C-402/05P et C-415/05P, *Yassin Kadi et Al Barakaat international fondation c/ Conseil de l'Union européenne et commission des communautés européennes*, §9 ; *Dalloz*, 2009, p. 1118, note D. Delcourt, *RFDA*, 2008, p.

1204, note P. Cassia et F. Donnat ; *RSC*, 2009, p. 75, étude H. Rouidi ; *RSC*, 2009, p. 197, obs. L. Idot ; *RTD Eur*, 2009, p. 161, note J.-P. Jacqué ; *AJ Pénal*, 2013, p. 455, obs. C. Cutajar.

CJUE, 25 avril 2013, aff.C212/11, *Jyske bank Gibraltar Ltd/ Administracion del estado*.

CJCE, 1er octobre 2009, aff.C-141/08 P, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware c/ Conseil*.

CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c/ France*.

CEDH, grande chambre, n° 45036/98, 30 juin 2005, *Bosphorus hava yollari turizm ve ticaret anonim sirketi c/ Irlande*, § 139 ; *AJDA*, 2005, p. 1886, chron. J.-F. Flauss ; *RFDA*, 2006, p. 566, note J. Andriantsimbazovina ; *RTD eur*, 2005, p.749, note J.-P. Jacqué.

CEDH, 24 mai 2007, n°77193/01, *Dragotoniu et Militaru-Pidhorni c/Roumanie*.

CEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani vs UK*.

CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/ France*.

CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres c/ France*.

- JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

TPIY, aff.n°IT-96-14-AR108bis, *Blaskic*, 19 octobre 1997.

Cour Internationale de Justice (CIJ), 11 avril 2000, *mandat d'arrêt du 11 avril 2000, RDC vs Belgique*, *CIJ*, Recueil, 2002, p.2.

- JURISPRUDENCE ETRANGERE

House of Lords, *ex parte Pinochet*, 24 mars 1999, *ILM*, 1999, p. 663.

VIII – PRESSE, COMMUNICATIONS

AFP, « Pont effondré au Vietnam : bilan d'au moins 49 morts », *AFP*, 29 septembre 2007.

ALTERNATIVES ECONOMIQUES, « Europe : vers la fin du secret bancaire ? », *Alternatives économiques*, n°321, février 2013.

AMCHAM VIETNAM, « Reporters, Police prosecuted for giving “false information” in PMU-18 corruption case », *AmCham Vietnam*, 13 mai 2008.

ANTI CORRUPTION RESOURCE CENTRE, « Corruption in fast growing market, lessons from Russia and Vietnam », *Transparency International*, 29 avril 2008.

- BBC**, « OECD removes tax havens from list », *BBC News*, Site officiel, 7 avril 2009.
- BECK M.**, « Biggest bribe charge in banknote scandal », *The Age*, 11 août 2011.
- BORREDON L.**, « Le rôle du nouvel office anticorruption en question », *Le Monde*, 10 avril 2013.
- BONUCCI N. ET MOULETTE P.**, « La convention anti-corruption de l'OCDE, dix ans après », *OCDE, L'observateur*, site officiel de l'OCDE.
- CAPUS N.**, « Le droit pénal et le partage de la souveraineté », *RSC*, 2005, p. 252.
- CCIFV**, « Actualité économique au Vietnam », *Flash info*, *CCIFV*, juillet-août 2011.
- COURRIER DU VIETNAM**, « ouverture du procès Vinashin », *Courrier du Vietnam*, 27 mars 2012.
- DARGHAM C.**, avocat, « la corruption dans tous ses Etats », *Les Echos*, 27 juin 2013.
- DESPREZ B.**, « Corruption dans le foot : le témoignage édifiant de joueurs et dirigeants », *Le Figaro*, 20 novembre 2014.
- DROUIN P.**, « Siemens soupçonné de verser des pots-de-vin », *Les échos*, 27 novembre 2006.
- DUPRE R.**, « la FIFA blanchit le Qatar des accusations de corruption », *Le Monde*, 13 novembre 2014.
- EASTWOOD S.**, « Securrency international: Australian authorities charge central bank subsidiaries for corruption », *Norton Rose Fulbright*, juillet 2011.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « Abus de biens sociaux : quelles règles de prescription ? », *Le Monde*, 6 janvier 1996.
- GAFI :**
- « Le blanchiment de capitaux, qu'est-ce que c'est ? », *Site Officiel du GAFI*.
 - « Le GAFI renforce la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme », *Site officiel du GAFI*, Paris, 26 février 2012.
 - « Improving Global AML/CFT Compliance: On-going process », *Site officiel du GAFI*, 21 juin 2013.
- G20-OCDE**, « Ensemble contre la corruption : entreprises et pouvoirs publics du G20 », *Compte Rendu*, Conférence organisée conjointement par la Présidence française du G20 et l'OCDE avec l'appui de l'ONUUDC, Centre de Conférence de l'OCDE, Paris, 28 avril 2011, pp.1-3.
- HADJAJ D.**, « combattre la corruption, enjeux et perspectives », *Transparency International*, ed. *Khartala*, 2000, p. 211.
- HAMMEL H. ET GRUNDLER B.**, « Le gel des avoirs génère des effets pervers », *Le Monde*, 29 décembre 2011.
- HOFFSTETTER M.**, « La Suisse et Singapour pourraient enterrer le secret bancaire », *Le Monde*, 6 mai 2014.

HORS I., « Lutter contre la corruption dans les pays en développement », *OCDE L'observateur, site officiel*.

INTERNAL REVENUE SERVICE (IRS), « Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) », *IRS, site officiel*.

KLOSS K., « La corruption gangrène Siemens », *L'express*, 28 mars 2007.

LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, « La Suisse sort de la « liste grise » des paradis fiscaux », *La Doc. Fr.*, rub. Chronologies, 25 septembre 2009.

LE MONDE :

- « Eclaboussé par des affaires de corruption, le patron de Siemens sur le départ », *Le Monde*, 25 avril 2007.
- « Pas de quartier contre les paradis fiscaux », *Le Monde*, éditorial, 3 mai 2013.
- « Les saisies d'argent liquide aux frontières en hausse de 500% », *Le Monde*, 8 septembre 2013.

LE NOUVEL OBSERVATEUR :

- « Libye : la FIDH porte plainte contre la société Amesys pour « complicité d'actes de torture », *Le Point*, 19 octobre 2011.
- « Plainte contre Amesys » *Le Nouvel Observateur*, 19 octobre 2011.
- « Mediator, Sevier devant la justice ce lundi », *Le Nouvel Observateur*, 15 mai 2012.

LES ECHOS, « Corruption : « un poison mortel pour le foot » d'après Thiriez », *Les Echos*, 18 novembre 2014.

LAMY P., « Faire progresser la gouvernance mondiale », *Alternatives économiques*, Hors-série n°47, 2001, 1^{er} trimestre, p. 52-53.

LAURENT S., « Si vous n'avez rien suivi de l'affaire Cahuzac », *Le Monde*, rub. Politique, 2 avril 2013.

LECALOT G., « Des magistrats demandent la création d'un délit d'enrichissement illicite », *France Info*, 27 juin 2012.

LEFRANÇOIS J., « PCI : une affaire emblématique du régime vietnamien », *Vietnam info*, Dossier, janvier 2009, p.5.

LISANDE H., « Vinashin ou l'incurie des entreprises publiques vietnamiennes », *Libération*, 23 Décembre 2010, Rub. Economie.

MICHEL A. ET RICARD P., « En Europe, le secret bancaire craque sous pression américaine », *Le Monde*, 11 avril 2013.

MILLOT L., « Offshore Leaks, c'est ici et maintenant », *Libération*, 14 avril 2013.

NGA H., « Edifier des relations commerciales mutuellement bénéfiques », *Le courrier du Vietnam*, 4 mai 2011.

NUNES E., « Affaire Bettencourt, ce que disent les enregistrements », *Le Monde*, 29 juin 2010.

OCDE :

- « Les normes « opaques » du secteur privé sont critiquées au cours d'une semaine consacrée sur l'amélioration de la transparence », *OMC*, Nouvelles, 18 et 19 octobre 2007.
- « Quatre pays supplémentaires s'engagent à se conformer à la norme fiscale de l'OCDE », *OCDE*, Site officiel, 7 avril 2009.
- « L'OCDE annonce le lancement d'une nouvelle initiative pour la transparence et contre la corruption –clean.gov.biz », *OCDE*, rub. Salle de presse, 3 mars 2011.

PIEL S., « Qu'est-ce qu'un paradis fiscal ? », *Le Monde*, rub. Economie, 18 août 2011.

PROUST O., « La CNIL modifie l'autorisation unique AU-004 applicable aux dispositifs d'alerte professionnelle », *Le Journal du Net*, 4 janvier 2011.

RUPASINGHA W., « le parti communiste vietnamien accueille l'élite socialiste à bras ouverts », *World Socialist Web Site*, 10 juin 2011.

THANH NIEN NEWS :

- « Vietnam follows up on polymer banknote scandal », *Thanh Nien news*, 8 juillet 2011.
- « Vietnam helps Australia probe banknote graft scandal », Vietnam Breaking news, *Thanh nien news*, 25 octobre 2012.
- « Vietnam gov't seeks to restrict cash transactions », *Thanh Nien News*, 25 janvier 2013.
- « Vietnam party launches anticorruption committee », *Thanh Nien News*, 5 février 2013.

TI FRANCE :

- « Droit des victimes de la corruption », *TI France*, site officiel.
- « Encadrement du lobbying », *TI France*, site officiel.
- « Travaux sur les pratiques de lobbying des entreprises », *TI France*, site officiel.
- « Une étude de Transparency International montre que les multinationales doivent être bien plus transparentes », *TI France*, Site officiel.
- « Bien mal acquis : la Cour de cassation juge recevable la plainte de TI France », *TI France*, 9 novembre 2010.
- « Agir contre la corruption : l'appel des juges contre la délinquance financière », *TI France*, 27 juin 2012.
- « Lois sur la transparence de la vie publique. Décisions du Conseil Constitutionnel – 9 octobre 2013 », *TI France*, communiqué de presse, 9 octobre 2013.
- « Encadrement du lobbying à l'Assemblée nationale : les nouveaux formulaires sont en ligne. Représentants d'intérêts, inscrivez-vous ! », *TI France*, 8 novembre 2013, site officiel.

TJN, « Lee Sheppard : don't sign OECD model tax treaties », *TJN*, 31 mai 2013.

TRUOI NEWS, « Vietnam seeks info on alleged currency corruption », *Truoi News*, 6 juillet 2011.

UE :

- Communiqué, Com. UE n°IP 12/357, 11 avril 2012, « vers une quatrième directive anti-blanchiment ? », *Bull. Joly Bourse*, 1 mai 2012, n°5, p. 236.
- Communiqué, Com. UE n°IP/13/87, 5 février 2013, « La commission propose de modifier la législation relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et aux virements de fonds », *Bull. Joly Bourse*, 1er mars 2013, n°3, p.145.

UNODC, « UNODC delivers anti-money-laundering training in Viet Nam », *UNODC*, Hanoi, Vietnam, 27 mai 2010.

URRU G. ET AREOLA F., « Compliances and ethical issues to consider for business in Vietnam », *India Forbes*, 2 janvier 2010

VIETNAM.NET, « Police finish initial probe into polymer banknote printing case », *Vietnam.net*, 24 octobre 2011.

VIET NAM NEWS, « Lawyers get first professional code », *Viet Nam News*, 12 août 2011

WINSTANLEY A. ET BARAT F., *Corporate Complicity in Israel's Occupation. Evidence from the London Session of the Russell Tribunal on Palestine*, Pluto Press, novembre 2011

IX - SITES INTERNET

www.amchamvietnam.com

www.lecourrier.vn

www.amf-france.org

www.legifrance.gouv.fr

www.aseanapol.org

www.lemonde.fr

www.ccifv.org

www.legislation.gov.uk

www.coe.int

www.lesechos.fr

www.customs.gov.vn

www.liberation.fr

www.ec.europa.eu

www.moj.gov.vn

vwww.english.vietnamnet.vn

www.nortonrosefulbright.com

www.europa.eu

www.nouvelobs.com

www.fatf-gafi.org

www.oecd.org

www.humanrights.ch

vwww.state.gov

www.institut-gouvernance.org

www.syndicat-magistrature.org

www.irs.gov

www.thanhniennews.com

www.justice.gouv.fr

www.theage.com.au

www.larousse.fr

www.treaties.un.org

www.transparency-france.org.

www.vccinews.com

www.truoinews.org

www.vietnam.custom.com

www.u4.no

www.vietnamnews.vnagency.com.vn

www.unafei.or.jp

www.vietnam-visa.com

www.unaids.org

www.vosdroits.service-public.fr

www.unglobalcompact.org

www.worldlii.org

www.unido.org

www.wto.org

www.unodc.org

X – ENTRETIENS, CONFERENCES, COLLOQUES

BATT C., UNODC/World Bank AML/CFT Advisor, entretien du vendredi 3 mai 2013.

BLIN-FRANCHOMME M.-P., « Droit de l'environnement », séance d'actualisation du droit, *Université Toulouse1-Capitole*, Centre de droit des affaires, 27 mai 2013.

BOURDON W., Avocat, président de l'association anti-corruption SHERPA, Paris, 5 décembre 2012.

DAVID E., « Le tribunal Rusell de Palestine », Conférence, *Maison du Droit Vietnamo-française*, Hanoi, Décembre 2011.

LABORDE J.-P., *International Criminal Law*, Conférence, *Université Toulouse 1-Capitole*, 16 novembre 2012.

MASCALA C. :

- « Droit pénal des affaires », Cours, Master 1 Droit privé – sciences criminelles, *Université Toulouse 1- Capitole*, 2005/2006.
- « Droit pénal des affaires », séance d'actualisation du droit, *Université Toulouse 1 – Capitole*, Centre de droit des affaires, 1^{er} juillet 2014.

TI FRANCE :

- « Présentation de l'Indice de Perception de la Corruption (IPC) 2012 », *TI France*, Conférence, 5 décembre 2012, Paris.
- « Corruption, conflits d'intérêts : la France protège-t-elle suffisamment ses lanceurs d'alerte ? », conférence- débat, *TI France*, 4 juillet 2013.
- « Présentation du rapport annuel de lutte contre la corruption », Conférence et présentation de l'IPC 2013, *Transparency International*, Paris, 3 décembre 2013.

TOWARD TRANSPARENCY, *Hanoi*, vendredi 26 avril 2013.

TUONG DUNG N., UNODC Hanoi program officer, mai 2012.

UNIVERSITE NATIONALE DE HANOI, Faculté de droit, « Colloque, droit pénal international », décembre 2011, Hai Phong, Vietnam.

VAN DUNG, T. Professeur, Vice-directeur de la division du droit pénal, Département du droit pénal et administratif, Ministère de la Justice, Interview du 2 mai 2013.

INDEX

A

Abus

- de biens sociaux, 2, 27, **306 et s.**
- Abus de pouvoir, 2, 3, 8, 20.

Acteurs privés, 57, 166 et s., 794 et s.

- Dirigeants, 826 et s.
- Travailleurs, 798 et s.
- Société civile, 844 et s.

Action publique, 512 et s.

Action Civile

- Droit français, **523 et s.**
 - o Préjudice certain, 525
 - o Préjudice direct, 526
 - o Préjudice personnel, 527
 - o Effets, 528
- Droit vietnamien, **529 et s.**
 - o Droit d'action, 529
 - o Phase de jugement, 530
- Associations, **540 et s.**, 945, 1198

Affaire

- Al Adsani c/ UK., 494
- Amesys, 873
- Biens mal acquis, 541, 940, **944 et s.**, 1108, **1197 et s.**
- Cahuzac, 10, 396, 432, 439, 732
- Carignon, 315, 321, 325, 449, 866, 875
- Carpaye, 315
- Cartes d'identités au Nigéria (Groupe Safran), 45, 146, 601, 619, 929
- Conh Bendit, 934
- Dame perreux, 934
- Duvalier, 615, 622
- Effondrement du pont au Sud Vietnam, 31, 41, 545, 961
- Elf, 320, 383
- Enron, 10, 801
- Erika, 870, 937
- Jyske bank Gibraltar, 442,
- Karachi, 31, 538, 545, 858, 940, **946 et s.**, 961
- mandat d'arrêt du 11 avril 2000, 496
- Médiateur, 797, 821, 837
- Mobutu, 615, 622

- Nike, 868
- Noir-Botton, 37, 315, 325, 894
- PCI, 151, 155, 162, 457, 498, 855
- Perol, 758
- Pinochet, 495, **955**
- PMU 26, 853
- Rio Tinto, 873
- Rosemain, 315, 320, 380
- Rozenblum, 316
- Salabiaku c/ France, 352
- Securrency International, 457, 683
- Siemens, 12
- Staviski, 10, 306
- Vinashin, 42, 162, 334 et s., 390, 682
- Willot, 316
- Woerth-Bettencourt, 732

Affectio societatis, 240, 382

Agent public

- Définition autonome internationale, 920
- Devoir d'obéissance, 715
- Français, 76
- Etranger, 130
- Européen, 123
- Intégrité, 702 et s.
- International, 491
- Interne, 700 et s.
- Vietnamien, 77

AGRASC, 618, 623, 1068

Alerte

- Agents publics, **717 et s.**
- Citoyenne éthique, 849, 850
- Professionnelle, 798 et s., *voir aussi sous* Whistleblowing, lanceurs d'alerte

AMLIC, 1174 et s.

- Définition, 1172
- Manque de moyens, 1173 et s.
- Suppression, 1175

Anonymat, 409, 411, 412, 419, 423, **4291**, 468, 797, **801 et s.**, 1134

Aseanapol, 1022, **1056**

Assimilation, 1082

Associations (lutte contre la corruption)

- Droit d'action, **541 et s.**
 - o Reconnaissance jurisprudentielle, 541
 - o Reconnaissance légale, 542
- Rôle préventif, 856

Aut dedere aut judicare, 503, 981, 984, 985

Autoblanchiment, 264, 1182

Autonomie

- Blanchiment, 262 et s., 1182 et s.
- Infraction vietnamienne de corruption active, 103 et s.

Autorégulation, voir sous *Soft law*

Avantage

- Indus, 109, 110, 130, 137, 153,
- Nature, 82, 83, 98, 107, 122, 130, 137, 199, 202, 210
- Preuve, 466 et s.

B

Blanchiment, 227 et s.

- Autonomie, 262 et s., 1182 et s.
- Concours, 254, 264
- Condition préalable, 251, 277, 291
- Cumul, voir sous *Autoblanchiment*
- Définition générale, 228, **231 et s.**
- Du produit de la corruption, **402 et s.**
- Droit français, **249 et s.**
- Droit vietnamien, **273 et s.**
- Effet dissuasif, **1086 et s.**
- Éléments matériels, 262 et s., 277 et s., 293 et s.
- Immunité, 1186
- Intention, 260, 286, 298
- Justification, 253
- Lien avec la corruption, **238 et s.**
- Mesures anti-blanchiment, **1179 et s.**
- Nature des produits blanchis, 276, 292
- Nécessité, **228 et s.**
- Prescription, 269
- Présomption de blanchiment, 270, 1191

- Prévention, **1090 et s.**, voir aussi sous *Prévention du blanchiment*
- Qualité de l'auteur, 259, 285, 297
- Recel (droit vietnamien), 280 et s.
- Sanction, 250, 287, 290, 1188

Bénéficiaire effectif, 595, 598, **1128, 1143, 1192**

BEV (Banque d'Etat du Vietnam), **1175 et s.**

Biens mal acquis (confiscation), **1188 et s.**

- Condamnation indirecte de la corruption, 1181, 1187
- Confiscation générale, 1189 et s.
- Droit de propriété, 1196
- Efficacité, 1198 et s.
- Facilité de coopération, 1195
- Immunité, 1197
- Présomption de mauvaise acquisition, 1191

Bitcoin, 412

C

Cadeaux, 110, **708 et s., 777 et s.**

Caisse noire (slush funds), 380

Cartels, 172

Cellule de renseignement financier (CRF), 442, **1161 et s.**

- Définition, 1161
- Impulsion internationale, 1162 et s.
- Mesures en faveur de la coopération, 1166

Voir aussi sous *TRACFIN, AMLIC et BEV*

Chiffre noir

- Blanchiment, 412
- Corruption, 395

Classification des infractions

- Droit français, 447
- Droit vietnamien, 448

Code de conduite (droit vietnamien), 763 et s.

- Secteur privé, *voir sous* code éthique

Code éthique

- Apport en crédibilité, 879
- Engagement volontaire, 867, 868
- Utilité pour la lutte contre la corruption, 877
- Normalisation, 880
- Juridicité, 868, 870
- MEDEF, 836, 837

Collusion, 21, 37, 65, 68, 114, 163, 164, 464, 741, 744, 744, 757

Comité de lutte contre la corruption (CLC), 679 et s.

- Compétence, 680
- Composition, 681, 682
- Définition, 680

Commission Sauvé, 708, 731, 736, 738, 837

Communication d'un secret professionnel (infraction), 785

Compétence

- Matérielle, **563 et s.**
- Territoriale, **562**
- Universelle, 955, **965 et s.**, 972 et s.

Concussion, 20, 23, **37**

Confessionnal(système du), 122, 399

Confidentialité, *Voir sous* Secret

Confiscation, 353, 415, **579 et s**

- Biens mal acquis, *voir sous* Biens mal acquis
- Droit français, **582 et s.**
 - o Régime général, 582, 583
 - o propriété personnelle, 584, 1192
- Régime spécifique à la corruption, 585
- Droit vietnamien, **586 et s.**
 - o Corruption passive, 587
 - o Corruption active, 588
- Effet dissuasif, 581
- Générale (blanchiment), 1189, 1190
- Sans condamnation (CSC), 620, 621

Conflits d'intérêts, 725 et s.

- Définition française, **735 et s.**
- Définition supranationale, **733 et s.**
- Dévolution et interdictions de cumul, 726 et s., 772 et s.
- Dirigeants français, 832 et s.
- Droit vietnamien (prémices), 772 et s.
- Sanction pénale française, *voir sous* Prise illégale d'intérêts

Connexité, 302, 459, 567, 568

Convention civile du conseil de l'Europe, 185, 537, 814, 925, 946

Convention de Mérida, 3, 33, 47, 97, 149, 153, 157, 192, 244, 245, 278, 284, 285, 294, 340 et s., 393, 429, 451, 472, 486, 501, 537, 559, 577, 581, 599, 609 et s., 679, 680, 766, 803, 827, 844, 850, 854, 919, 920, 927, 941 et s., 985, 1038 et s., 1096, 1107, 1121, 1156, 1162, 1206

Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 19, 33, 119, 127 et s., 245, 581, 922, 986

Convention de Palerme, 14, 191, 234, 284, 550, 984, 1033

Convention de Vienne, 489

Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 234, 1205

Convention des Nations Unies relative aux privilèges et immunités, 491

Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (1990), 235, 1207

Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (2005), 235, 1107, 1164

Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés Européennes ou des fonctionnaires des Etats-membres de l'Union européenne, 34, 119, 121 et s., 929

Convention pénale du conseil de l'Europe, 63, 82, 97, 132, 140, 142, 145, 185, 244 et s., 917, 925

Convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, 916, 966

Coopération internationale, 500 et s., **956 et s.**

- Confiscation et recouvrement, 614
- Définition, 501, 976 et s.
- Double incrimination, 145, 156, 502, 614, **978**
- Gel des avoirs, 1205 et s.

Corporate governance, 829, 865

Corruption

- Condamnation au travers du blanchiment, 263 et s., 1181 et s.
- Coût économique et social, 628
- Crime contre l'humanité, 961, 962
- Crime international autonome, 963 et s.
- Déclinaison, 21, 22, 68
- Définition générale, 17 et s.
- Définition infraction, 21, 62, 65
- Délit occulte, **372 et s.**
- Délit indolore, **386 et s.**
- De magistrat, 37
- De mineur, 37
- Détection, **392 et s.**
- Fléau, 5, 8, 31, 66, 114, 960, 1030, 1079
- Formes
 - o Interne, 68 et s.
 - o Transnationale, 114 et s.
 - o Privée, 164 et s.
- Grande corruption, 41, 137, 162, 627, 961, 962
- Incrimination, **62 et s.**
- Internationalisation, 26 et s., 63, 115, 901, **903 et s.**
- Liens avec le blanchiment, **225 et s.**, **402 et s.**, 1088 et s.

- Qualité des auteurs, **470 et s.**
 - o Immunités, **471 et s.**
 - o Auteurs étrangers, **500 et s.**
- Petite corruption, 41, 87, 89, 130, 689, 788, 961
- Phénomène complexe, protéiforme et évolutif, 5 et s.
- Prévention, **628 et s.**
- Prescription, **447 et s.**
- Lien avec la rémunération des agents publics vietnamiens, 154, **787 et s.**
- Poursuites et condamnation, **358 et s.**

Corruption d'agents publics étrangers et internationaux, 34, 36, **114 et s.**

- Droit français, **114 et s.**
 - o Loi du 30 juin 2000, **118 et s.**
 - o Loi du 13 novembre 2007, **133 et s.**
- Droit vietnamien, **147 et s.**
- Monopole du parquet, **533 et s.**
- Sanctions, 139, 144

Corruption d'agents publics nationaux, **68 et s.**

- Actes prohibés, 81, 95 et s., 105 et s.
- Active, 90 et s.
- Condition préalable, **71 et s.**, 94, 104
- Définition, 70, 93, 103
- Droit français, 73, 92 et s.
- Droit vietnamien, 74, 103 et s.
- Intention, 88, 100
- Nature de l'avantage, 82 et s., 98, 106 et s.
- Objet et moment, 84 et s., 99 et s., 111
- Passive, **70 et s.**
- Sanctions, 73, 74, 93, 103
- Valeur seuil de l'avantage, 87

Corruption Privée, 34, 36, **164 et s.**

- Ancien délit français de salariés et subordonnés, **198 et s.**
- Compétence du procureur financier, 570
- Délit général français, **207 et s.**
 - o Condition préalable, 209
 - o Actes prohibés et nature des avantages, 210
 - o Objet et moment, 211
 - o Sanctions, 212

- Droit vietnamien, 214 et s., 886 et s.
- Exclusion des compétences spéciales, 566 et s.

Cour pénale internationale, 489, 873, 951 et s.

- Compétence, 952, **954 et s.**
- Modes de saisine, 970
- Principe de subsidiarité, 972

Crime international, 954 et s.

- Définition, 955
- Intégration des délits de corruption, 961 et s.
 - o Evolution en faveur du basculement, 961 et s.
 - Crime contre l'humanité, 961, 962
 - Crime international autonome, 963
 - o Avantages, 969 et s.

Criminalité organisée

- Définition, 14, 229
- Intégration de la corruption, 14
- Intégration du blanchiment, 228
- Techniques spéciales d'enquêtes, **549 et s.**

D

Décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, 184, 208 et s.

Déclaration

- De soupçon, 241, **1154 et s.**
- D'intérêt, 645, **738**
- Patrimoine des élus, 639 et s.
- Patrimoine et revenus des agents publics vietnamiens, 684 et s.
- Rémunération des dirigeants, 829 et s.

Déductibilité fiscale des commissions versées à l'international, 9, 120

Voir aussi sous Confessionnal

Délit

- Formel, 81, 96, 105, 122, 161, 192, 198, 201, 210, 449, 752
- « Quasi-formel », 81, 96, 161, 454
- Matériel, 96, 161, 667

Démocratie, 7, 1079

Dénonciation

- Agent public vietnamien, 810 et s.
- Citoyen, 849 et s.
- Information du parquet, 514, 517, 518
- Moyen de révélation, 393
- Risque, **715 et s.**

Déontologie

- Commerciale, 217
- Activités publiques, **636 et s.**
- Agents publics, **705 et s., 763 et s.**
- Codes de conduite, 765 et s.
- Commerciale, 217
- Commission, 730 et s.
- Règles *a minima*, 770 et s.
- Secteur privé, *voir sous* Ethique et Codes éthiques

Dévolution, 726 et s.

Voir aussi sous Conflits d'intérêts

Dirigeants

- Entreprises privées, 2, 10, 11, 308 et s., 389, **826 et s.**
- Etatiques, 10, 20, **493 et s.**

Dissuasion, 899 et s.

- Prévention, 901 et s.
- Répression, 900

Doi moi, 147, 177, 178

Dol, 88, 101, 130, 136, 138, 143, 293, 317 et s., 322, 347, 469, 753

Double incrimination, Voir sous Coopération internationale

Droit pénal

- Des affaires, 56
- Définition, 56
- International, 904 et s.,

E

Echanges

- Définition, 28
- De dons, 40
- Economiques internationaux, 15, 16, 28 et s., 36, 52, 66, 114, 127, 163, 168, 184, 186, 222, 242, 316, 627, 868, 901, 903, 913, 1029

Equipes communes d'enquête, 1064

Enquêtes

- Compétences spéciales, 565 et s.
- Droit français, 550 et s.
- Droit vietnamien, 555 et s.
- Techniques spéciales, 550 et s.
 - o Criminalité organisée, 552
 - o Extension au domaine de corruption, 551 et s.

Enrichissement illicite, 338 et s.

- Définition, 338
- Droit national, 349 et s.
- Infraction internationale, 340 et s.
- Condition préalable, 342
- Eléments matériels, 345 et s.
- Charge de la preuve, 346
- Intention, 347
- Réserve, 355

Entraide judiciaire, 1027 et s.

- Définition, 1028
- Rôle des instruments internationaux, 1031 et s.
- Droit français, 1059 et s.
- Régime général, 1060 et s.
- Régime spécifique, 1062 et s.
- Coopération directe des BRA, 1068
- Droit vietnamien, 1070 et s.

Ethique (secteur privé), 828 et s., 862 et s.

- Alerte, *voir sous* Lanceurs d'alerte, Whistleblowing
- Charte, 836, 837, 877 et s., 894
- Conception française, 864 et s.
- Conception mercantile, 874
- Conception vietnamienne, 886 et s.
- Corruption, 872 et s.
- Loyauté du dirigeant, 828 et s., 839 et s.
- Publication des revenus, 829 et s.
- RSE *voir sous* RSE

EUROPOL, 1047, 1049 et s.

- Compétences, 1050
- Définition, 1049
- Evolution, 1051

EUROJUST, 1052 et s.

- Compétences, 1055
- Définition, 1052, 1053

Exclusion des marchés publics, 601 et s.

- Corruption, 601
- Définition, 599
- Droit français, 600 et s.
- Droit vietnamien, 602
- Manque de rigueur, 601

Exhibits, 557, 625

Extradition, 124, 500, 503, 980 et s.

- Définition, 980 et s.
- Droit français, 996 et s.
- Droit vietnamien, 1014 et s.
- Mandat d'arrêt européen, 988 et s., 1008 et s.
- Procédure de droit commun, 997 et s.
- Rôle des instruments internationaux, 983 et s.

Extranéité, 28, 138, 149, 326, 364, 500, 903, 904, 1047

F

Facture

- Définition, 379
- Fausse, 233, 238, 279, 379
- Fictive, 253, 319, 379

Favoritisme (délit de), 23, 570, 662 et s.

- Condition préalable, 663
- Définition, 662
- Eléments constitutifs, 664 et s.
- Intention, 666
- Notion vietnamienne, 692 et s., 697, 698
- Prescription, 669
- Sanctions, 667

Fonctionnaires, *Voir sous* Agent public

Foreign corrupt practices act (FCPA), 30, 118, 137, 792, 797, 919

Foreign Tax and compliance Act (FATCA), 439, 440

Forum shopping, 32, 33, 242, 418, 1086

G

Garde à vue, 552 et s.

- Droit vietnamien, 558
- Exclusion des infractions de corruption, 552, 553
- Régime dérogatoire, 552

Gel (des avoirs), 596, 1067, 1203 et s.

- Aspect extra-judiciaire, 1222 et s.
- Définition générale, 1203
- Droit français, 1209 et s., 1216 et s.
- Droit vietnamien, 1226 et s.
- Garanties, 1124 et s.
- Mesure de coopération, 1205 et s.
- Sanction internationale, 1215 et s.

Genesis, 18

Gouvernance, 169, 608, 630, 800

Gouvernement d'entreprise, 829 et s., 864

GRECO, 565, 925

H

Harmonisation des législations, 33, 47, 50, 183, 629, 906, 912 et s.

- Action des instruments internationaux, 915 et s.
- Extraterritorialité, 930 et s.
- Rapprochement des législations, 922 et s.

Haute autorité de transparence de la vie publique, 645, 731, 738, 859, 860

I

Immunités, 58, 145, 268, 363, 471 et s.

- Anciens gouvernants étrangers, 495
- Blanchiment, 268, 1186, 1197
- Consulaire, 490
- Cour pénale internationale, 494, 973
- Droit coutumier, 145
- Définition, 473

- Diplomatique, 489
- Droit français, 474 et s.
- Droit vietnamien, 481 et s., 498
- Gouvernants étrangers en exercice, 496
- Fonctionnaires internationaux, 491
- Irresponsabilité, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 482, 483, 489, 491, 492, 973
- Inviolabilité, 476, 477, 478, 479, 480, 482, 483, 489, 491, 492, 973
- Ministres, 478
- Président de la République, 475 et s., 485
- Parlementaires, 479, 482 et s.

Infraction

- De conséquence, 230, 232, 234, 252, 275, 291, 353, 1182
- Economique, 36, 56, 508, 544, 1004,
- Principale, 245, 246, 251, 259, 266 et s., 275, 285, 291, 297, 1096, 1158, 1182 et s.
- Transnationale, 901, 905, 906, 908

Ingérence, 124, 128, 140, 141, 144, 145, 153, 158, 160, 162, 929

- Ancien fonctionnaire vietnamien, 773
- Délits français, *Voir sous* Prise illégale d'intérêts

Instruments internationaux

- Invocabilité directe, 932 et s.
- Lutte contre la corruption, 915 et s.
- Lien entre corruption et blanchiment, 238 et s.
- Reconnaissance de l'importance du secteur privé, 167 et s.
- Rôle en matière de coopération, 983 et s., 1031 et s.

Intégrité (des agents publics)

- Droit français, 705 et s.
- Droit vietnamien, 763 et s.
- Externe, 723 et s.
- Interne, 707 et s.
- Sanctions, 741 et s., 780 et s.

Intérêt

- Déclaration, 645, 738
- Général, 2, 23, 163, 508, 532, 534, 536, 537, 613, 638, 650, 703, 723 et s., 771, 772
- Social, 25, 314 et s., 835 et s., 874 et s.

Intermédiaire, 83, 98, 106, **161**, 198, 293, 912, 1101

Internationalisation

- Des délits de corruption, 63, 116 et s., 905, **906 et s.**
- Des échanges, 29, 222
- Des pratiques corruptrices, 26, **29, 30**, 60, 115, 473, **502**, 627
- Lutte contre la corruption, 901, **903 et s.**
- Rapprochement des législations, **912 et s.**

Interpol, 1046 et s.

IPC, 20, 180, 838, 912

ITBI, 221, 895 et s.

J

JIRS, 567 et s.

K

Know Your Customer (KYC), **1119**, 1121, 1139, 1149, *voir aussi sous* Vigilance

L

Lanceurs d'alertes (protection), 401, **717 et s.**

- Agents publics, 715, 811
 - Protection, **717 et s.**, **814 et s.**
- Voir aussi sous* Whistleblowing et Signalement

Liquidité (des paiements), 374 et s., 466, 1074

- Limitation, 1155
- Mouvements transfrontières d'espèces, 1156

Liste

- Black list
 - o Droit vietnamien, 1146
 - o Comité 1267, 1215
- Liste noire du GAFI, 287, **420**, 421, 422, 436, 1102, 1150
- OCDE, 436, 437
- Warning List, 1146

Lobbying, **649 et s.**

- Définition, 651
- Encadrement, 651 et s.
- Risques, 650

Loi Sarbanes-Oxley, 799, 801, **804 et s.**, 930

Loyauté (du dirigeant), 830 et s., 841 et s.

M

Mandat d'arrêt européen, 124, **988 et s.**, **1108 et s.**

Manquement aux obligations professionnelles (infraction), 784

Marchés publics, 599 et s., **656 et s.**

- Définition française, 657
- Définition vietnamienne, 690
- Egalité d'accès, 658, 692
- Exclusion, 599 et s.
- Particularité des pays en développement, 689
- Procédure française, 658
- Procédures vietnamiennes, 693
- Sanctions disciplinaires en droit vietnamien, 696 et s.
- Sanction pénale française, *voir sous* Favoritisme
- Signaux d'alerte, 660
- Transparence, 187, 219, 658, 691,
- Vérification (procédure vietnamienne), 700

Mauvaise gestion économique volontaire, **329 et s.**

Ministère public, 352, 446, 459, 463, 508, 510, **512 et s.**

- Droit absolu d'être informé, 514
- Monopole (corruption transnationale), 541 et s.
- Opportunité des poursuites, 514
- Partie, 515
- Titulaire de l'action publique, 512

Montage

- Comptable, 379 et s.
- Juridico-financier, 0, 300, **382 et s.**, 429, 584, 589, 974, 1128.

N

Name and shame, 436, 437, 439

Non justification des ressources, 353

NPI, 39, 40

Non bis in idem, 1002, 1020, 1075, 1202, 1210

O

Offshore (centres financiers)

- Avantages pour dissimulation, 363, 423, **424 et s.**, 427, 428
- Classification, 428, **431**
- Confidentialité/ anonymat, 429 et s.
- Critères, 427
- Définition, 239, 382, 420, **424, 426**
- Discrédit, 432, **434 et s.**,
- Fraude fiscale aggravée, 443
- Listes, 437

Offshore leaks, 439

Opacité, 154, 180, 421, 636, 671, 673, 887 et s.

Voir aussi sous Pacte

Opération suspecte, 1154 et s.

- Notion française, 1158
- Notion vietnamienne, 1159

Organisation criminelle, 230, 1150, 1196

P

Pacte corrupteur, 68, 81 et s., 112

- Antériorité, 85, 86, 100, 111, 138, 203, 211
- Moyens de révélation, 392 et s.
- Preuve, 464 et s.
- Obscurité, 360, 363, 371 et s.

Pacte mondial, 869, 895

Pantouflage, voir sous Prise illégale d'intérêts

Paiements de facilitation, 81, 131, 137, 153

Paradis fiscaux, voir sous Offshore

Parquet

- Droit français, voir sous Ministère public
- Droit vietnamien, 508, **513, 516 et s.**
 - o Appréciation des suites à donner, 516
 - o Déclenchement des poursuites, 513
- Droit d'être informé, 517 et s.
- Instruction, 519
- Procureur, 521

Patrimoine

- Augmentation substantielle, 344
- Confusion, 312, 390
- Déclaration, 639 et s.
- Elus, 643 et s.
- Identification, 415
- Saisie, 593, 594

Pays et territoires non coopératifs, 420, 421, 436, 1102, 1134, 1136, 1150

Voir aussi sous Liste

Périmètre requis, 1131, 1136

Personnes morales

- Confiscation, 870, 1190
- Crimes internationaux, 873, 974
- Exclusion des marchés publics, 599 et s.
- Financement des partis politiques, 641
- Responsabilité de la mère pour agissements de la filiale, 876
- Responsabilité pénale
 - o Droit français, 125, 315, 585, 600, 870, 1190
 - o Droit vietnamien, 151, 335, 602, 603

Personnes politiquement exposées (PPE), 471, 1131, 1133, 1135, 1146, 1149

Phtora,18

PIAC, 415, **618**

Plan quinquennal, 330, 335

Plateforme relative aux paradis fiscaux et judiciaires, 441

1240. Pôles économiques et financiers, 566,568, 571

Police économique, 555, 563

Pots-de-vin, 12, 29, 41, 46, **107, 109**, 187, 877

Poursuites

- Compétence, **511 et s, 562et s**
- Déclenchement, 362 et s
- Déroulement, 508 et s.

Pouvoir (Le), 1 et s.

Pratiques, 16

Pratiques corruptrices, 15, 16 et s.

- Appréhension pénale, 0 et s.
- Définition, 26
- Prévention, 628 et s.

Prescription

- Abus de biens sociaux, 324
- Corruption, 447 et s.
- Décennale, 448, 453 et s.
- Infractions occultes, 324, 451
- Interruption,459et s.
- Régime dérogatoire (report du délai), 324, 449, 452, 456 et s.
- Triennale, 324, 447

Présents,*voir sous* Cadeaux

Présomption

- Contrariété à l'intérêt social, 314
- Culpabilité, 346,352
- De corruption, 467
- De lien avec l'infraction, 583
- Innocence, 351, 355, 463
- Intention, 318 et s.,469, 666, 753
- Origine illégale des fonds et revenus, 253, 270, 1191

Preuves

- Charge de la preuve, (actor incubit probatio), 463
- Degré,**462 et s.**
- Des avantages, 466 et s,
- Existence du pacte, 464, 465
- Imputabilité, 468
- Intention, 469

Prévention des pratiques de corruption, 628 et s.

- Action citoyenne, *voir sous* Société civile.
- Mesures dissuasives, 899 et s.
- Notion, 629
- Secteur public, **632et s.**
 - o Activités publiques, 636 et s.
 - o Agents publics, 702 et s.
- Secteur privé, **790 et s.**
 - o Personnes physiques, 794 et s.
 - o Personnes morales, 862 et s.

Prévention des activités de blanchiment, 1092 et s.

- Autres professionnels, 1107 et s.
- Professions financières, 1098 et s.
- Obligation de déclaration, 1152 et s.
- Obligation de vigilance, 1121 et s.,*voir aussi sous* Know your customer

Prise illégale d'intérêts (délict), 741et s.

- Définition, 741, 742
- Ingérence de l'agent public en exercice, **744et s.**
 - o Conditions préalables, 745et s.
 - o Élément matériel, 748et s.
 - o Élément intentionnel, 753
 - o Prescription, 755
 - o Sanction, 754
- Ingérence de l'ancien agent public (pantouflage),**757 et s.**
 - o Conditions préalables, 758
 - o Élément matériel, 760
 - o Limitations, 761
 - o Prescription, 761
 - o Sanction, 761

Probité

- Définition, **23** ets., 57, 186
- Devoir de, 23, 163
- Manquement au devoir de., **23**et s.,65, 222, 325, 344, 361, 508, 532, 536, 547, 570, 717, 742, 750, 900

Procureur financier, 307, **570**, 572, 573, 1233

Produits (de la corruption)

- Blanchiment, **402** et s.
- Nature *voir sous* Avantage
- Traçabilité, 467

R

Recel

- Abus de biens sociaux, 325
- Droit vietnamien, 281

Recommandations (du GAFI), 243, 436, 1090, 1096, 1121, 1163

Recouvrement, 610 et s.

- Condamnation préalable et CSC, 620 et s.
- Définition, 606, 610
- Innovation de la Convention de Mérida, 609
- Lien avec la confiscation, 619
- Organismes, 618
- Objectifs, 613

Relation d'affaires, 1126, 1127

Rémunération des agents publics vietnamiens (taux de), 787,788

Renouveau, *Voir sous* Doi moi

Repentis, 394 et s.

- Droit français, **395** et s.
- Droit vietnamien, **398**et s.

Restitution, 606 et s.

- Définition, **612**
- Difficultés mise en œuvre, 613, **617** et s.
 - o Efficacité du recouvrement, 618

- o Confiscation préalable, 619, 620
- o Identification de la victime, 622 et s.
- o Inadaptation de la procédure, 624

Risque pénal, 45, 53et s.,260, 286, 304, 315, 316, 325, 347, 373, 468, 581, 644, 668, 716, 751, 792, 900, 1085, 1089, 1128

RSE, 865 et s.

S

Saisies, 590 et s.,

- Absence d'immunité, 1197
- Biens mal acquis, 1188 et s.
 - o Double incrimination, 1195
 - o Non atteinte au droit de propriété, 1196
- Conservatoires, 592, 595, 598
- Définition, 591
- Droit français, 592 et s.
- Droit vietnamien, 596 et s.
- Organisme, 618

Sanctions

- Caractère dissuasif, 507, 577, 581, 598, 599, 601, 604
- Complémentaires, **577**et s., *Voir aussi sous* Confiscation et Exclusion des marchés publics
- *Quantum* des sanctions principales, 73, 125, 358, 448, 574, 601, 754, 761, 900

Scandale « politico-financier », 10, 11, 42, 60, 118, 151, 155, 162, 306, 336, 390, 434, 457, 682, 732, 801, 821, 837, 852, 1110, 1235

Secret

- Bancaire, 239, 382, 385, 419, **428,430**, 431, 435, 439, **440**, 442, 443, 504, 556, 1036, 1041, 1165
- Défense, 1061
- Professionnel, 419, **428,430**, 556, **785**, 1165, 1172

Secteur public

- Corruption,**65** et s.,**632** et s.
- Dominance en droit vietnamien, **887**et s.

- Opacité vietnamienne, 180, 421, 636, 673, 887et s.

Secteur privé

- Acteur international, 168 et s.
- Corruption, **183 et s.**
- Intégrité, *voir sous* Ethique
- Opacité vietnamienne, 180
- Rôle actif en matière de corruption, 890
- Soumission en droit vietnamien, **887 et s.**
- Transparence des entreprises vietnamiennes, **892et s.**

Shell Bank, 1137, 1147

Signalement (devoir de)

- Agents publics français, 716
- Agents publics vietnamiens, 767, 810

Signes extérieurs de richesse, 341, 354

Société civile, 844 et s.

- Associations de lutte contre la corruption, 857
- Citoyens, 849 et s.,858
- Droit français, **856 et s.**
- Droit vietnamien, **846 et s.**
- Front National de la Patrie (FNP), 847et s.
- Presse, 851 et s.,

Société-écran,98, 238, **240**, 255, 367, 382, 429, 468, 760, 1111

Soft law, 171, 836

Système corrompu, 6, 20

T

Techniques (de blanchiment)

- Achat pour autrui, 384
- Activités de change, 416
- Classification de Jurado, 413
- Contrat de commission, 411, 1128
- Cuckoo smurfing (schtroumf coucou), 408
- Déclaration de command, 411, 1128
- Lingots d'or, 416
- Mandat, 411, 1128
- Prêt garanti, 414

- Smurfing (schtroumfage), 407

Têt, 40, 110, 153, 161, 778

Tracasseries, 772,784

TRACFIN,822, **1167 et s.**

Trafic d'influence, **37**, 134, 142, 452, 570, 696

Transactions de représentation, 411, 1128

Transparence

- Activités publiques vietnamiennes, 673 et s.
- Lobbying, *voir sous* Lobbying
- Marchés publics, 656 et s.,689 et s.
- Secteur privé, 862 et s.
- Vie politique française, 638 et s.

Tigres asiatiques, *Voir sous* NPI

Tribunal Spécial pour le Liban (TSL), 952, 957et s.

Troisième directive anti-blanchiment, 236, 241, 253, 439, 442, 1098, 1099, 1124, 1128, 1149, 1158, 1165, 1204, 1216

V

Victimes, 523et s.

- Droit d'agir, *voirsous* Action civile
- Droit vietnamien, **529 et s.**
- Particularité des victimes de corruption, 536 et s.
 - o Corrupteur, 538
 - o Tiers au pacte, 539, 540,
 - o Associations, 541 et s.

Vigilance, 1121 et s.

- Approche par les risques (notion), 1124, 1125
- Allégée, 1130, 1145
- Droit français, **1123 et s.**
- Droit vietnamien, **1139et s.**
- Horizontale, 1147
- Renforcée, 1131 et s., 1146
- Standard, 1127 et s., 1140et s.,

W

Whistleblowing, 797, **800 et s.**, 930, 1236

- AU004, **805 et s.**
- Convention de Mérida, 803
- Droit vietnamien, 810 et s
- Extraterritorialité, 802, 930
- Loi « *Sarbanes Oxley* », 801, 802
- Système français, 804 et s.
- Système de protection, 814 et s.,

Voir aussi sous Lanceurs d'alerte

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION -----	1
PARTIE 1 : L'APPREHENSION DES PRATIQUES CORRUPTRICES PAR LE DROIT PENAL -----	23
TITRE 1 : L'étendue du dispositif répressif applicable aux pratiques corruptrices -----	27
Chapitre 1 : L'existence d'infractions spécifiques : les délits de corruption -----	29
Section 1 : La matérialisation du délit dans les relations impliquant le secteur public	30
§1- La corruption limitée aux agents publics internes-----	30
A – Le corrompu : un agent public national -----	31
1. La condition préalable tenant à la qualité de l'auteur-----	31
2. Les éléments constitutifs de l'infraction de corruption passive -----	34
B – Le corrupteur, une qualification ouverte à toute personne -----	42
1. Un délit distinct en France contenant ses propres particularités. -----	42
2. La question latente relative à la réelle indépendance du délit au Vietnam -----	47
§2- L'extension de l'infraction aux agents publics étrangers et internationaux-----	51
A – L'évolution du droit pénal français vers l'incrimination de la corruption transnationale-----	52
1. L'application hétérogène du délit sous l'empire de la loi du 30 juin 2000-----	53
a. La ratification de la Convention de Bruxelles de 1997-----	54
b. La ratification de la convention de l'OCDE de 1997-----	56
2. L'égalité de traitement de tous les fonctionnaires étrangers depuis 2007 -----	59
a. La corruption active d'agents publics étrangers -----	59
b. La corruption passive des agents publics étrangers-----	61
B– Une extension très incertaine au Vietnam -----	63
1. L'incertitude au regard du corrupteur -----	63
2. L'incertitude au regard de l'agent public corrompu -----	67
Section 2 : L'incrimination de la corruption dans les relations entre personnes privées, une infraction indispensable dans une économie mondialisée -----	71
§1 – L'amplification du pouvoir de décision des entreprises privées dans les échanges économiques internationaux -----	72
A– La reconnaissance internationale de ce phénomène-----	72
1. La reconnaissance de l'entreprise en tant qu'acteur international -----	72
2. L'importance de ce phénomène dans les marchés en développement, l'exemple du Vietnam	75
B– La réponse des organismes internationaux et régionaux en la matière-----	78
1. L'action des organisations régionales -----	78
2. L'action des organisations internationales -----	81
§2– La nécessité d'une réponse pénale adaptée dans les systèmes nationaux -----	84
A – Un délit intégré en droit pénal français sous impulsion européenne et internationale-----	84
1. L'ancien délit de corruption limitée aux salariés et subordonnés-----	84
2. La consécration d'un délit général de corruption privée par la loi du 4 juillet 2005 -----	87
B – Une incrimination absente du dispositif vietnamien, une minimisation du risque de corruption dans le secteur privé ? -----	90

Chapitre 2: L’incrimination des pratiques associées à la corruption -----	95
Section 1: Le blanchiment de capitaux, une infraction intimement liée aux pratiques corruptrices -----	95
§1– Le blanchiment du produit de la corruption, une étape essentielle au corrompu-----	96
A-La nécessité de donner une apparence légale à un revenu illégal -----	96
B- La reconnaissance internationale du risque élevé de blanchiment en matière de corruption ---	102
§2– Les éléments constitutifs de l’infraction dans chacun des systèmes nationaux -----	106
A- L’évolution du délit français de blanchiment-----	107
1. Le blanchiment, une infraction de conséquence « sœur » du recel -----	108
2. La consécration de l’autonomie de l’infraction -----	114
B - L’évolution significative de l’incrimination en droit vietnamien-----	120
1. L’infraction de blanchiment avant 2009, une dualité de définitions.-----	120
2. L’infraction de blanchiment depuis sa modification par la loi de 2009-----	129
Section 2 : L’existence de délits connexes à la corruption -----	134
§1 – Les délits connexes présents dans les législations nationales-----	135
A- L’utilité du délit français d’abus de biens sociaux-----	136
B- La particularité du délit vietnamien de mauvaise gestion économique volontaire -----	150
§2 – L’intérêt suscité par l’incrimination du délit d’enrichissement illicite-----	153
A- Une infraction expressément prévue dans la Convention des Nations Unies contre la corruption -----	153
B - L’absence regrettable de ce délit dans les systèmes nationaux français et vietnamien -----	156
 TITRE 2 : La difficulté de mise en œuvre des mesures de sanctions -----	 161
Chapitre 1 : Les obstacles relatifs au déclenchement des poursuites -----	163
Section 1: Un phénomène particulièrement indétectable -----	164
§1 – L’obscurité du phénomène -----	164
A.- Un phénomène intrinsèquement obscur -----	164
1. Des délits occultes et indolores-----	165
2. Les moyens de révélation du pacte de corruption -----	172
B- Une obscurité renforcée par les activités de blanchiment des produits de la corruption.-----	177
1. La complexité des circuits financiers empruntés par les blanchisseurs -----	177
2. L’utilisation de systèmes laxistes et/ou corrompus à des fins de blanchiment. -----	182
§2 – Le rôle des centres financiers <i>Offshore</i> dans la dissimulation des pratiques corruptrices-----	185
A - L’avantage des paradis fiscaux en matière de dissimulation -----	185
B - La montée d’un discrédit international envers ces institutions-----	189
Section 2 : Des possibilités de poursuites réduites-----	195
§1 – Les entraves tenant aux particularités des incriminations de corruption-----	195
A - Une prescription mal adaptée-----	196
B - Un degré de preuves trop élevé pour les autorités de poursuites -----	203
§2 – Les entraves tenant à la qualité des auteurs de corruption -----	207
A - Le régime des immunités, un frein à la condamnation de certains auteurs de corruption-----	207
1. Le régime des immunités internes, une entrave relative aux poursuites -----	208
2. Les immunités applicables aux étrangers, une entrave absolue aux poursuites -----	214
B - Les entraves liées à la condamnation des auteurs étrangers -----	220

Chapitre 2 : Les entraves à la condamnation effective et dissuasive des auteurs de corruption ----- 223

Section 1: Les obstacles au bon déroulement des poursuites----- 223

§1 – Les spécificités relatives aux détenteurs d’un droit d’action -----224

A - Les personnes traditionnellement titulaires d’un droit d’action -----224

1. Le parquet, titulaire de l’action publique.-----225

2. La victime, titulaire de l’action civile.-----229

B - Le statut très particulier de la victime d’activités corruptrices -----234

§2 – Les spécificités relatives à la conduite de la procédure-----238

A - La mise en place indispensable d’enquêtes spéciales -----239

1. Les dispositifs spécifiques français visant à favoriser les enquêtes -----239

2. L’absence regrettable de dispositifs spécifiques d’enquêtes en droit vietnamien -----242

B - La nécessité d’une procédure pénale adaptée -----244

Section 2: L’applicabilité fragile de mesures de sanctions effectives aux auteurs de corruption ----- 250

§1 – Le délicat régime juridique des sanctions complémentaires -----251

A - La complexité tenant à la sanction de confiscation -----251

1. Les obstacles relatifs à la sanction même de confiscation -----251

2. Les difficultés liées à la mise en place d’un régime de saisies conservatoires -----256

B - La sanction peu rigoureuse d’exclusion des marchés publics -----260

§2 – La complexité engendrée par la mise en œuvre de la procédure de recouvrement et de restitution des avoirs -----263

A -Un principe consacré par la convention des Nations unies contre la corruption-----263

B - Une mise en œuvre délicate dans les systèmes nationaux -----267

PARTIE 2 : LA MISE EN PLACE DE DISPOSITIFS VISANT A PREVENIR LES PRATIQUES CORRUPTRICES ----- 275

TITRE 1: Les mesures purement préventives ----- 277

Chapitre 1 : La prévention des pratiques corruptrices dans le secteur public ----- 279

Section 1 : La prévention des risques de corruption dans les activités publiques ---- 279

§1- Les normes françaises relatives à la transparence du secteur public-----280

A - La transparence de la vie politique française -----280

1. La moralisation de la vie politique française-----280

2. L’encadrement du lobbying -----284

B - La transparence des marchés publics français -----287

1. Les mesures en faveur de la transparence des marchés publics -----287

2. La sanction pénale de la violation de ces dispositions : le délit de « favoritisme ». -----290

§2- Les mesures vietnamiennes pour réduire l’opacité bureaucratique -----295

A - Les mesures en faveur de la transparence des activités publiques -----296

1. Les dispositions relatives à la prévention des pratiques de corruption dans les organismes publics -----296

2. La déclaration des revenus et patrimoines des agents publics vietnamiens -----300

B - Les mesures visant à accroître la transparence des marchés publics -----303

Section 2 : La prévention des risques de corruption des agents publics ----- 310

§1- Les dispositions françaises visant à garantir l'intégrité de l'agent public -----	310
A - Les mesures visant à garantir l'intégrité interne du fonctionnaire-----	311
1. Les mesures visant à garantir l'intégrité par la limitation des « cadeaux » -----	311
2. Les mesures visant à garantir l'intégrité par le risque de dénonciation. -----	314
B - Les mesures visant à garantir l'intégrité externe du fonctionnaire : la prévention des conflits d'intérêts. -----	318
1. La prévention des conflits d'intérêts-----	318
2. La sanction pénale du conflit d'intérêt : les délits de prise illégale d'intérêt.-----	326
§2- Les avancées vietnamiennes dans la création d'une déontologie publique-----	334
A - Les impulsions relatives à la mise en place de codes de conduite à destination des agents publics-----	335
B - La prééminence de règles de conduite légales a minima-----	337
1. Les règles de conduite prévues par la loi contre la corruption -----	337
2. Les sanctions de la violation des dispositions légales -----	341

Chapitre 2 : La prévention des pratiques corruptrices dans le secteur privé----- 347

Section 1 : La responsabilisation des acteurs privés -----	348
§1 – Le rôle des personnes physiques au sein des entités économiques -----	348
A - Le rôle des salariés : les alertes professionnelles-----	349
1. Le système du « <i>whistleblowing</i> » -----	349
2. La protection des lanceurs d'alertes -----	354
B - Le rôle du dirigeant pour le respect d'une éthique d'entreprise-----	359
1. La loyauté du dirigeant français-----	359
2. Le devoir de loyauté du dirigeant vietnamien-----	364
§2 – Le rôle de la société civile-----	365
A - La place déterminante de la société civile dans le dispositif préventif vietnamien-----	366
B - Les avancées françaises pour conférer un rôle prépondérant à la société civile-----	372
Section 2 : L'apparition de la notion de déontologie applicable aux entreprises privées -----	376
§1 – La notion française d'éthique d'entreprise-----	376
A - Une notion essentiellement perçue sous l'angle de la « RSE »-----	377
B - Le développement du concept et son application à la prévention des activités de corruption -	379
§2 – Une conception encore au stade des prémices en droit vietnamien-----	385
A - La perception de l'entreprise privée comme victime de l'opacité publique -----	386
B - L'émergence d'une notion de « déontologie privée » en droit vietnamien.-----	387

TITRE 2: les mesures dissuasives des pratiques corruptrices----- 391

Chapitre 1 : L'internationalisation de la lutte contre la corruption ----- 393

Section 1 : L'avènement de nouvelles infractions supranationales de corruption----	394
§1 – L'impulsion des travaux internationaux-----	395
A - L'harmonisation des législations nationales -----	395
1. Les instruments internationaux contre la corruption -----	396
2. Le rapprochement des législations -----	399
B - L'invocabilité directe des conventions internationales devant les juridictions nationales-----	403
1. L'effet direct des conventions internationales : de la théorie à la pratique en général -----	403
2. L'invocabilité des conventions relatives à la lutte contre la corruption -----	405
§2 – La genèse du basculement de la corruption dans le domaine des crimes internationaux -----	409

A - Les évolutions en faveur du basculement -----	410
B - Les avantages d'un tel basculement pour la lutte contre la corruption -----	415
Section 2 : L'intensification de la coopération internationale en matière de corruption	419
-----	-----
§1 – Les mesures visant à faciliter l'extradition -----	421
A - Le rôle des instruments internationaux en matière d'extradition -----	421
B - Les efforts étatiques pour assurer l'effectivité de la procédure en matière de corruption -----	425
1. Le droit français de l'extradition -----	426
2. Le droit vietnamien de l'extradition -----	430
§2 – Les mesures en faveur de l'entraide judiciaire -----	435
A - Le rôle des instruments internationaux pour la promotion de l'entraide judiciaire en matière de corruption -----	436
B - Les efforts étatiques pour le développement de l'entraide judiciaire en matière de corruption. -----	443
1. Le droit français de l'entraide judiciaire. -----	444
2. Le droit vietnamien de l'entraide judiciaire. -----	447
Chapitre 2 : L'intensification de la lutte contre le blanchiment comme mesure dissuasive de la corruption-----	453
Section 1 : La prévention des activités de blanchiment -----	454
§1 – L'identification des opérateurs à risque -----	454
A - Les opérateurs primaires : les professions financières -----	455
B – Les autres opérateurs à risque. -----	458
§2 – Les obligations préventives -----	462
A – L'obligation de vigilance : concrétisation du principe « Know your customer ». -----	463
B - L'obligation de déclaration. -----	472
1. Les moyens de détection des opérations suspectes. -----	472
2. Le rôle fondamental des cellules de renseignement financier -----	477
Section 2: L'efficacité des mesures anti-blanchiment -----	483
§1 – La saisie des biens mal acquis -----	484
A - L'avantage de la consécration d'une autonomie du blanchiment par rapport à l'infraction principale -----	484
B - L'aspect dissuasif des mesures de confiscation des biens « mal acquis » -----	486
§2 – Le gel des avoirs -----	492
A - Le gel applicable dans un contexte de coopération -----	493
B - Le gel des avoirs dans le cadre des sanctions financières internationales -----	497
CONCLUSION -----	503
BIBLIOGRAPHIE -----	507
INDEX -----	563
TABLE DES MATIERES-----	577