

Le délit de corruption : état des lieux

Par le renforcement des mesures de prévention et des outils de répression du délit de corruption, les pouvoirs publics ont manifesté une volonté accrue de lutter contre les pratiques corruptives et de protéger les principes de probité et de transparence qui régissent la mise en œuvre des règles de la commande publique. Ces instruments sont au service des autorités judiciaires qui disposent d'un arsenal répressif important pour garantir la déloyauté des décideurs publics dans les marchés publics.

Auteur

Martène Joubier

Avocat à la Cour

Matthieu HénonAvocat à la Cour – Associé Droit Pénal
Cabinet SEBAN et Associés

Mots clés

Corruption active • Corruption passive • Fautes • Sanctions
• Trafic d'influence

Parce qu'ils engagent les deniers publics, la passation, l'attribution et l'exécution des marchés publics doivent être effectuées en toute transparence, probité et impartialité.

Feu le Service central de prévention de la corruption (SCPC) affirmait ainsi, dans son rapport de 2007, que « les marchés publics restent plus que jamais le lieu de prédilection de pratiques déviantes » et constituent « le support privilégié de la corruption publique »⁽¹⁾.

Afin de lutter contre les atteintes aux règles de probité et de concurrence, et plus généralement contre la fraude dans les marchés publics – source d'une rupture évidente de confiance des administrés envers les pouvoirs publics –, des instruments de surveillance de la vie économique ont été instaurés, à l'instar par exemple de la création de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et des conventions de délégations de service public (MIEM) en 1991⁽²⁾.

(1) SCPC, L'audit de la corruption dans les marchés publics des collectivités publiques, Rapport annuel 2007.

(2) Autorité administrative indépendante créée par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 chargée de contrôler le comportement des acheteurs publics et leur impartialité pendant la durée du marché public.

En sus de ces outils de détection de la fraude, le législateur a mis en place, dès 1993⁽³⁾, des outils de prévention récemment renforcés par les dispositions de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Sapin II prévoyant notamment la création de l'Agence française anticorruption (AFA), la mise en place d'un code de conduite au sein de sociétés et d'établissements publics limitativement énumérés, des mécanismes de contrôle spécifiques et la protection des lanceurs d'alerte.

Outre ces mesures préventives, un arsenal répressif lourd est prévu aux termes des dispositions de l'article 432-11 du Code pénal⁽⁴⁾ qui visent à sanctionner les pratiques corruptrices commises par des décideurs publics notamment dans le cadre de la mise en œuvre des règles de la commande publique.

Le délit de corruption est un outil juridique à double facette...

L'article 432-11 du Code pénal - qui regroupe dans un même texte les délits de corruption passive et de trafic d'influence - sanctionne toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif qui solliciterait ou agréerait sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des avantages quelconques.

Il s'agit là d'un délit à double face :

- la corruption passive vise le corrompu qui accepte ou sollicite un don ou un avantage quelconque en contrepartie de l'accomplissement ou d'une abstention d'accomplir un acte entrant dans sa mission en faveur du corrupteur ;

- au délit de corruption passive répond celui de la corruption active⁽⁵⁾, commis par le corrupteur (un particulier, un entrepreneur, une société, etc..) qui remet ou propose un don ou un avantage en l'échange du service rendu par le fonctionnaire, l'élu ou le gestionnaire.

La corruption passive et la corruption active constituent donc deux délits distincts, poursuivis et réprimés sépa-

rément mais qui se caractérisent tous deux par un pacte de corruption entre le corrompu - auteur du délit de corruption passive - et le corrupteur - auteur du délit de corruption active - ; le corrompu perçoit du corrupteur un avantage et s'engage en contrepartie à accomplir - ou s'abstenir d'accomplir - un acte de sa fonction.

L'engagement du corrompu peut se matérialiser par la proposition - le corrompu à l'initiative du pacte - ou l'acceptation - le corrupteur est à l'initiative - d'accomplir ou ne pas accomplir un acte relevant de ses fonctions ou facilité par ses fonctions.

La simple sollicitation ou l'agrément d'avantages suffisent à consommer la qualification de corruption passive⁽⁶⁾ ; il importe peu que :

- l'avantage n'ait pas été perçu, les qualifications étant consommées dès lors que le dirigeant a été, ou devait être, récompensé pour son acte ;

- la contrepartie promise n'ait pas été effectivement perçue par le corrupteur⁽⁷⁾ ;

- le corrupteur se soit imposé l'avantage⁽⁸⁾ ;

- la sollicitation n'ait pas été formellement exprimée dès lors qu'est caractérisé « le lien de causalité entre les dons sollicités et l'attribution des marchés »⁽⁹⁾.

La récompense obtenue ou seulement espérée peut consister en une somme d'argent, des objets de valeur, la mise à disposition d'un appartement, des voyages d'agrément, une mise à disposition de véhicules, l'acquiescement d'une dette, des travaux ou réparations, un prêt d'argent consenti dans des conditions inespérées etc.

Le délit est caractérisé lorsque l'avantage est en corrélation avec la contrepartie promise au corrupteur⁽¹⁰⁾.

La corruption passive existe même si l'avantage a été réclamé ou accepté postérieurement au manque de probité, les textes d'incrimination réprimant les manquements à venir - « pour accomplir » ou « s'abstenir d'accomplir » - ou passés - « avoir accompli » ou « s'être abstenu d'accomplir »-.

La contrepartie promise doit toutefois relever, soit d'actes licites ou illicites relevant des fonctions du corrompu, soit « d'actes facilités par ses fonctions »⁽¹¹⁾.

À titre d'exemple, par un arrêt du 2 octobre 2014, la cour d'appel de Fort-de-France a pu condamner un élu du chef de corruption passive pour avoir sollicité, en contrepartie de l'attribution de marchés publics, le versement de numéraires de la part d'entreprises candidates afin

(3) 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 portant notamment création du Service central de prévention de la corruption (SCPC).

(4) « Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 d'euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, 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 :

1° Soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenu d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; (...).

(5) C. pén., art. 433-1.

(6) Cass. crim. 12 décembre 1989, n° 88-83.417, *Bull. crim.* n° 474.

(7) Cass. crim. 9 novembre 1995, n° 94-84.204, *Bull. crim.* n° 346.

(8) Cass. crim. 1^{er} mars 2000, n° 98-86.353, *Bull. crim.* n° 101.

(9) Cass. crim. 30 juin 1999, n° 96-81.242, 96-81.935, 97-86.607, *Bull. crim.* n° 168.

(10) *Ibid.*

(11) Cass. crim. 3 juin 1997, n° 96-83.171.

de financer son train de vie et ses campagnes électorales^[12].

Plus récemment, par un arrêt du 11 février 2016, la cour d'appel de Versailles a condamné un chef de corruption passive, un fonctionnaire départemental pour avoir sollicité auprès du dirigeant d'une entreprise bénéficiant d'un marché public, un virement bancaire d'un montant de 9 320 euros et divers cadeaux en nature dont des téléphones de type Iphone dans la perspective du renouvellement du marché ainsi que le versement d'une somme d'argent en espèces d'un montant de 350 000 euros sollicité auprès de l'apporteur d'affaires^[13].

Il appert toutefois de relever que le délit ne se limite pas aux décisions prises effectivement et personnellement par le corrompu ; il sanctionne aussi celui dont les pouvoirs se limitent à émettre des avis destinés à déterminer l'autorité compétente pour prendre la décision attendue par le corrupteur.

La jurisprudence - constante en la matière - estime qu'« il n'importe que le corrompu n'ait pas accompli lui-même ledit acte dès lors qu'il entrainait dans ses attributions d'en proposer ou préparer la réalisation »^[14].

réprimant lourdement les acteurs publics...

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière^[15], les sanctions encourues par les décideurs publics, poursuivis pour corruption passive, se sont considérablement alourdies, les peines principales encourues étant désormais de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 d'euros, auxquelles s'ajoutent plusieurs peines complémentaires qui constituent un véritable enjeu pour les élus et autres personnes publiques.

En effet, l'article 432-17 du Code pénal prévoit que peuvent être prononcées :

- une interdiction des droits civils, civiques et de la famille ;
- une interdiction d'exercer une fonction publique, une activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ;
- la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution ;
- une inéligibilité systématique mais pas automatique^[16].

L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (art. 39) et l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (art. 45)

prévoient également une interdiction de candidater à des marchés ou des conventions de délégation de service public en cas de condamnation définitive pour une infraction d'atteinte à la probité.

Les personnes morales peuvent également être déclarées pénalement responsables, sur le fondement des articles 121-2 et 131-38 du Code pénal. Outre les sanctions « classiques » prévues aux termes de l'article 433-25 du Code pénal - peine d'amende, exclusion des marchés publics, interdiction de faire appel public à l'épargne etc. - la loi dite Sapin II a renforcé les sanctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre des personnes morales par la création d'une peine de programme de mise en conformité (PPMC) pour une durée maximale de cinq ans, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA), introduite à l'article 131-39-2 du Code pénal. Le contenu de ce programme réside dans la mise en place de mesures internes de prévention et de détection de faits prévus dans le cadre de l'obligation de conformité anticorruption (OCA) : élaboration d'un code de conduite, dispositif d'alerte interne, cartographie des risques, procédures de contrôles comptable, formation des cadres et des personnels les plus exposés au risque de corruption etc.

Sur le plan procédural, une procédure transactionnelle - conditionnée par l'accord de la personne morale et présentant l'avantage de ne pas être inscrite sur le bulletin n° 1 du casier judiciaire - peut être conclue avec le procureur de la République dans le cadre d'une convention judiciaire d'intérêt public au titre de laquelle plusieurs obligations pourront être imposées :

- le versement d'une amende au Trésor public dont le montant sera fixé de « manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel » ;
- la mise en place, pour une durée maximale de trois ans, d'un programme de mise en conformité sous le contrôle de l'AFA ;
- la réparation des dommages causés par l'infraction aux éventuelles victimes identifiées à ce stade et qui pourront transmettre au Procureur tout élément permettant d'évaluer leur préjudice^[17].

et prenant en considération l'éventuelle faute de la personne morale publique, victime, dans l'indemnisation octroyée pour le préjudice subi

Une personne morale de droit privé et public, directement et personnellement victime d'une infraction à la probité, est recevable à se constituer partie civile du chef du délit de corruption commis par l'un de ses agents ou salariés.

[12] CA Fort-de-France 2 octobre 2014 - Cass. crim. 12 juillet 2016, n° 15-80.477.

[13] CA Versailles 11 février 2016 - Cass. crim. 20 avril 2017, n° 16-81.790.

[14] Cass. crim. 29 juin 2005, n° 05-82.265, *Bull. crim.* n° 200.

[15] Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, art. 6.

[16] C. pén., art. 432-17 et 433-22 ; Cons. const. 11 juin 2010, déc. n° 2010-6/7, M. Stéphane A., QPC, *JO* 12 juin 2010, p. 10845.

[17] Code de procédure pénale, art. 41-1-2.

La Cour de cassation fait d'ailleurs preuve d'une certaine souplesse, allant jusqu'à approuver l'arrêt d'une cour d'appel ayant admis la recevabilité de la constitution de partie civile d'une société privée, dans le cadre de poursuites pénales engagées pour attribution irrégulière de marchés publics ayant eu « pour conséquence directe de lui faire perdre une chance d'en être déclarée attributaire »⁽¹⁸⁾.

Le préjudice invoqué peut même être d'ordre moral. Dans un arrêt du 4 mai 2006, la chambre criminelle a rejeté un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt qui avait reçu la constitution de partie civile de l'Agent judiciaire du Trésor au titre de l'atteinte portée à la réputation des personnels civils et militaires du ministère de la Défense constituant un « facteur d'affaiblissement de l'autorité de l'État dans l'opinion publique »⁽¹⁹⁾.

La jurisprudence considère toutefois que l'imprudence de la personne morale, victime, doit être prise en considération dans la fixation du montant des dommages et intérêts alloués.

La Cour de cassation estime, en effet, que la victime ayant concouru à la réalisation de son propre dommage, en raison d'un comportement fautif, peut être amenée à supporter tout ou partie de son préjudice.

L'arrêt de la chambre criminelle du 20 avril 2017 s'inscrit dans cette position jurisprudentielle⁽²⁰⁾. En l'espèce, des poursuites pénales avaient été engagées contre un fonctionnaire départemental des chefs de favoritisme, corruption passive et blanchiment. Après avoir rappelé que « lorsque plusieurs fautes ont concouru à la production du dommage, la responsabilité de leurs auteurs

se trouve engagée dans une mesure dont l'appréciation appartient souverainement aux juges du fond », la Cour a censuré la décision d'appel au motif que celle-ci avait condamné le prévenu à réparer le préjudice du département constitué partie civile « sans rechercher, comme elle y était invitée, si la victime n'avait pas commis des fautes ayant concouru à la réalisation de son dommage, de nature à justifier une exclusion ou une atténuation de la responsabilité du prévenu » - étant précisé que l'appelant faisait valoir des dysfonctionnements au niveau des organes de contrôle interne de la collectivité.

Les imprudences ou lacunes d'une personne morale susceptibles d'être considérées comme ayant participé à la réalisation de son propre préjudice relèvent toutefois d'une appréciation souveraine des juges du fond.

Au regard de cette jurisprudence constante, on peut légitimement penser qu'une personne morale concernée par les mesures de prévention prévues par l'article 17 II, de la loi dite Sapin II, - savoir un code de conduite, un dispositif d'alerte interne, une cartographie des risques, des procédures d'évaluation, de contrôles comptables, un dispositif de formation, un régime disciplinaire spécifique, un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures - qui ne les aurait pas mises en œuvre, serait susceptible d'être considérée comme ayant participé à son propre dommage et verrait son indemnisation limitée de ce fait.

Le souci du législateur de lutter contre les pratiques corruptives s'est ainsi récemment manifesté par un renforcement des garde-fous et par un alourdissement de la répression, tant pour la personne physique que pour la personne morale. Ce renforcement et cet alourdissement sont justifiés par la nécessité de garantir les principes de loyauté, de probité dans la mise en œuvre des règles de la commande publique et de transparence de la vie économique publique, mais aussi de dissuader les acteurs publics qui seraient tentés de tirer profit de la passation d'un marché.

[18] Cass. crim. 28 janvier 2004, n° 02-86.597 - Cass. crim. 17 octobre 2007, n° 06-87.566, *Bull. crim.* n° 248.

[19] Cass. crim. 4 mai 2006, n° 05-81.743.

[20] Cass. crim. 20 avril 2017, n° 16-81.790.