

N° 417192

M. T...

6<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 28 mars 2018

Lecture du 6 avril 2018

## CONCLUSIONS

### M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

M. T... fait l'objet de poursuites pénales devant le tribunal correctionnel de Paris sur le fondement du délit de corruption d'agent public étranger prévu à l'article 435-3 du code pénal. Par ailleurs, M. T... semble membre du conseil d'administration d'un fonds de dotation, même si la requête ne l'affirme pas si clairement. Les fonds de dotation sont des structures relativement récentes, créées en 2008, qui combinent certains traits des associations et des fondations. Or, l'article 12 du décret n° 2009-158 du 11 février 2009 permet à l'administration de refuser à un fonds de faire appel à la générosité du public lorsqu'un membre de son conseil d'administration a été condamné depuis moins de cinq ans à certaines infractions, dont les infractions de corruption. M. T..., qui craint une condamnation qui mettrait en cause sa participation à des conseils d'administration de fonds de dotation, a donc demandé au premier ministre d'abroger cet article et il attaque le refus. Il a formé une question prioritaire de constitutionnalité contre l'article 435-3 du code pénal et, au stade de l'examen de cette question, il ne nous semble que pas que vous puissiez juger la requête irrecevable. La disposition est applicable au litige, puisqu'elle fonde la partie de la disposition réglementaire que le premier ministre a refusé d'abroger, et elle n'a jamais été déclarée conforme à la Constitution.

Aux termes de cette disposition est incriminé « *le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, 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.* ». Cette infraction a été introduite pour respecter plusieurs conventions internationales : la convention signée à Bruxelles le 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne ; et la convention signée à Paris le 17 décembre 1997, dans le cadre de l'OCDE, en vue de lutter contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. On peut également citer la convention pénale n° 173 sur la corruption du conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 et la convention des Nations unies contre la corruption du 31 octobre 2003, dite convention Mérida, également ratifiées par la France.

Selon le requérant, la disposition méconnaîtrait six principes constitutionnels s'imposant à toute loi pénale. Dans bien des cas, la réponse à la critique peut être trouvée dans les dispositions générales du code pénal, régissant toutes les infractions en l'absence de précision contraire. Dans d'autres, la réponse vient du texte lui-même ou de l'interprétation que vous en donnerez, notamment à la lumière de ces traités, même si l'exercice est toujours délicat puisque vous n'êtes pas le juge naturel de ces dispositions.

Un certain nombre de critiques nous semblent, à l'évidence, infondées.

Est invoqué le principe de **nécessité des incriminations**. Outre le fait qu'il s'agit ici de respecter une convention internationale, respect qui a aussi des racines constitutionnelles, il nous semble que punir la corruption d'agents public étrangers, c'est punir des faits de corruption et donc protéger aussi les intérêts de la société française. Dans tous les cas où la loi pénale française sera applicable, la corruption aura un lien avec la France : elle aura a lieu en France, ou sera commise par un ressortissant français ou contre une victime française en vertu des articles 113-6 et suivants du code pénal. C'est parce que la corruption est un phénomène qui traverse les frontières et qu'elle nuit aux relations entre les pays, politiques ou commerciales, que ces traités ont été signés.

Contrairement à ce qui est soutenu, l'article ne punit pas une simple intention qu'il n'y aurait aucune « nécessité » de punir en elle-même, mais comporte bien un élément matériel : la proposition de l'avantage à l'agent public étranger pour obtenir de lui un acte lié à l'exercice de sa fonction, que cette proposition soit acceptée ou non. La tentative de corruption est donc plus que la simple intention de corrompre.

S'agissant ensuite de **la nécessité des peines**, le fait d'avoir prévu la même peine maximale pour la corruption d'agents publics français et étrangers ne caractérise par une erreur manifeste du législateur dans la fixation de ces peines.

En troisième lieu, le Conseil constitutionnel tire de l'article 9 de la déclaration des droits de l'homme et du principe de légalité des délits l'obligation que toute définition d'un délit comporte un **élément moral**. C'est bien le cas ici, en application de l'article contesté combiné à l'article 121-3 du code pénal : un dol général est nécessaire, l'intention de commettre l'acte (l'avantage proposé ne l'est pas par inadvertance, sans le vouloir) ; s'y ajoute le dol spécial exigé par le texte (l'avantage est proposé pour obtenir un certain résultat).

On ne voit pas ensuite ce qui, dans cette infraction, s'opposerait au **principe d'interprétation stricte de la loi pénale**, que le Conseil constitutionnel rattache à l'article 8 de la déclaration de 1789.

Enfin, l'emploi des mots « à tout moment », n'a certainement pas pour effet d'entraîner une **application rétroactive de la loi pénale** : l'incrimination n'a été édictée que pour l'avenir par la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000, puis modifiée à chaque fois pour l'avenir, notamment par la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007. L'ajout en 2007 des mots « à tout moment » dans la définition de la corruption d'un agent public français manifeste la volonté du législateur d'inclure dans l'incrimination le cas où l'avantage est proposé après qu'a été accompli l'acte espéré, lorsque l'intention corruptrice est établie.

Reste la critique première et la plus importante de la question prioritaire de constitutionnalité : il est soutenu que plusieurs éléments de la définition méconnaîtraient le **principe de clarté et de précision de la loi pénale**, que le Conseil constitutionnel rattache à l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Là encore, plusieurs aspects de cette critique nous semblent de faible consistance.

Le terme « quiconque » ne permettrait pas de savoir si les personnes morales, en particulier celles de droit public, sont concernées : mais elles le sont, sauf l'Etat, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal.

S'agissant du cadeau du corrupteur, l'obligation de précision n'interdit pas d'employer des notions générales, tel « avantages quelconques » ou « à tout moment », qui sont très larges tout en étant précises : on peut dire si quelque chose est un avantage ou non, et le « à tout moment » a été ajouté, comme nous vous le disions, pour inclure le cas où l'avantage est postérieur à l'acte accompli par le corrompu. L'infraction est donc particulièrement large mais n'est pas imprécise de ce point de vue.

Les termes désignant les personnes corrompues (dépositaire de l'autorité publique, chargé d'une mission de service public et investi d'un mandat électif public) seraient trop flous, mais cela ne nous semble pas le cas : la caractéristique d'agent public vient soit des pouvoirs exercés, soit du rattachement à une mission publique ou à un mandat, ces notions étant précises en droit français et utilisées pour la définition de l'infraction de corruption d'un agent public français.

Sur ces deux points, la requête contient divers exemples pertinents pour illustrer des difficultés d'application : un président de club de football étranger ou les acteurs d'une radio locale étrangère doivent-ils être regardés comme chargés du service public du sport si leur Etat les finance ? Cette difficulté de frontière est cependant inhérente à la définition même de la corruption, dont la définition est effectivement très large. Par analogie, pour le délit de concussion de l'article 432-10 du code pénal, la Cour de cassation a estimé que l'emploi des mots « personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public » étaient suffisamment précis et qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité (Cass. crim., 25 juin 2014, n° 13-88.069, inédit).

Enfin, le requérant critique le fait que la loi ne précise pas si ces notions s'apprécient au regard du droit français ou du droit étranger. Pour apprécier le sérieux de cette question, il vous revient en principe d'interpréter vous-mêmes la disposition et de dire ensuite si la question de la constitutionnalité de la disposition ainsi interprétée est sérieuse ou non. S'agissant d'un contrôle au regard d'une exigence constitutionnelle de clarté et de précision, cela ne vous empêche pas, pour autant, de renvoyer la question si vous jugez que l'interprétation à faire de la disposition est trop ambiguë, du fait de la rédaction de la loi. Mais vous devez, en amont, vous poser la question de la correcte interprétation de la loi.

En l'espèce, deux choses ressortent clairement de l'économie de la disposition :

- d'une part, le juge pénal applique la loi française, il ne condamne jamais sur le fondement d'une infraction étrangère. Cela résulte notamment des articles L. 113-1 et suivants du code pénal régissant l'application de la loi pénale française dans l'espace.

Les éléments constitutifs de l'infraction ne le sont donc qu'au regard des qualifications faites par la loi française. Ainsi, lorsque le texte parle de « dépositaire de l'autorité publique », il entend désigner des personnes qui exercent, par des voies variées, une parcelle d'autorité publique ou participent à l'exercice de cette autorité ;

- d'autre part, il est nécessaire que le juge pénal soit, d'une certaine manière, conduit à tenir compte de la loi étrangère pour déterminer si les relations entre un agent et son employeur le qualifient d'agent public, si une activité peut être qualifiée de « mission de service public » ou si une personne privée doit être regardée, au regard des actes que la législation étrangère lui permet d'adopter, comme dépositaire de l'autorité publique. En ce sens, c'est bien la loi étrangère à laquelle le juge se référera pour déterminer la situation juridique de l'agent étranger : il partira de la définition de la qualité de l'agent dans la loi étrangère.

L'articulation entre loi française et loi étrangère nous semble pouvoir poser des difficultés dans certains cas d'espèce, qui seront peut-être difficiles à traiter, mais nous paraît, au niveau des principes applicables, découler relativement naturellement de l'économie de l'infraction.

Nous sommes confortés dans cette idée par le fait que les conventions internationales, qui s'imposent et constituent un élément d'interprétation de la loi française, fournissent la même double clé d'articulation, en la formalisant davantage. Ainsi :

- la convention de Bruxelles du 26 mai 1997 prévoit explicitement que les expressions de fonctionnaire national ou d'officier public qu'elle emploie doivent être interprétées par référence au droit national de l'Etat de la personne en cause, c'est-à-dire du corrompu ; mais elle ajoute que l'Etat où ont lieu les poursuites « *n'est tenu d'appliquer [cette] définition (...) que dans la mesure où celle-ci est compatible avec son droit national* » ;
- la convention du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 reprend la même exigence et indique que la notion d'agent public est interprétée par référence au droit national de l'Etat où la personne exerce sa fonction mais que « *l'Etat qui poursuit ne peut appliquer la définition d'agent public que dans la mesure où cette définition est compatible avec son droit national* ».

Dans ces conditions, il nous semble que la façon dont la loi s'appliquera est suffisamment claire : cette articulation, certes délicate, entre loi étrangère et loi française découle de l'économie du texte et est confirmée tant par les conventions internationales applicables que par les précisions qu'apporteront votre décision.

Si vous nous suivez, il n'y a pas non plus, sur ces différents points, d'incompétence négative du législateur.

**La question, qui n'est pas nouvelle au sens de procédure, ne nous paraît donc pas sérieuse et nous concluons à ce que vous ne la renvoyez pas au Conseil constitutionnel.**