



HAL
open science

La lutte contre la corruption à l'épreuve des principes fondamentaux. Étude comparative entre le droit français et le droit koweïtien

Ahmad Alqahtani

► **To cite this version:**

Ahmad Alqahtani. La lutte contre la corruption à l'épreuve des principes fondamentaux. Étude comparative entre le droit français et le droit koweïtien. Droit. Université de Poitiers, 2018. Français. NNT : 2018POIT3012 . tel-03823504

HAL Id: tel-03823504

<https://theses.hal.science/tel-03823504v1>

Submitted on 21 Oct 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE POITIERS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES
ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE PIERRE COUV RAT

**LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION
A L'ÉPREUVE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX**
ÉTUDE COMPARATIVE ENTRE LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT KOWEÏTIEN

Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles
présentée et soutenue publiquement le 19 juin 2018

par

Ahmad ALQAHTANI

DIRECTRICE DE RECHERCHE

Bernadette AUBERT

Maître de conférences, HDR - Université de Poitiers

SUFFRAGANTS

Catherine MARIE

Professeur, Droit privé et sciences criminelles, Université de La Rochelle (Rapporteur)

François FOURMENT

Professeur, Droit privé et sciences criminelles, Université de Tours (Rapporteur)

Romain OLLARD

Professeur, Droit privé et sciences criminelles, Université de Poitiers

Mohamed BUZUBAR

Secrétaire général de l'Autorité publique anticorruption au Koweït, Docteur en droit

**LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION A L'ÉPREUVE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX.
ÉTUDE COMPARATIVE ENTRE LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT KOWEÏTIEN**

Résumé

La corruption est caractérisée par un phénomène multiforme, occulte, difficile à déceler et, conséquemment, difficile à réprimer ses auteurs. Pour lutter contre ce phénomène, les systèmes juridiques adoptent une politique d'incrimination et des règles procédurales en vue de son éradication. Toutefois, cette adoption peut susciter un certain nombre des points d'interrogation dans la perspective des principes fondamentaux. Pour la démonstration, cette recherche porte sur une étude comparative entre le droit français et le droit koweïtien.

En ce qui concerne la politique d'incrimination, les droits français et koweïtien se trouvent dans une situation paradoxale. D'un côté, les textes d'incrimination respectent les principes fondamentaux en délimitant les éléments constitutifs de corruption de manière exhaustive et claire. D'un autre côté, les droits français et koweïtien créent certaines incriminations qui semblent faciles à prouver pour surmonter la difficulté probatoire de la corruption. Mais cette politique néglige certains principes fondamentaux.

En ce qui concerne la procédure, les droits français et koweïtien mettent en place des règles qui contribuent à la prévention et à l'établissement de la preuve de corruption. Dans une phase préalable à la procédure pénale, les droits français et koweïtien créent des institutions anticorruptions et des règles de transparence. Elles visent à la fois la prévention de corruption et la collecte des informations utiles à détecter la corruption. Les règles sont, dans cette phase, apparues acceptables eu égard au respect des principes fondamentaux. Dans la phase de procédure pénale où les autorités utilisent certaines techniques de recherche spéciales, les droits français et koweïtien s'efforcent d'harmoniser ces procédures avec les principes fondamentaux. Néanmoins, cette harmonisation ne donne pas une réponse satisfaisante au respect de certains principes fondamentaux.

Mots-clés

Lutte contre la corruption — Principes fondamentaux — Preuve — Transparence — Droit français — Droit koweïtien.

**THE FIGHT AGAINST CORRUPTION TESTED BY FUNDAMENTAL PRINCIPLES. COMPARATIVE STUDY
BETWEEN FRENCH LAW AND KUWAITI LAW**

Abstract

The crime of bribery is described as covertly criminal conduct that is difficult to detect and prove. Therefore, it is difficult to prove that a crime has been committed and to sentence perpetrators of such a crime. Different jurisdictions have made an effort to counter this problem through criminalization measures and criminal procedures measures. However, both measures might threaten fundamental rights and therefore need to be examined. Accordingly, this research adopts a comparative study between the French and Kuwaiti jurisdictions to examine the mechanisms of countering the crime of bribery in these two jurisdictions.

In term of the criminalisation policy, French and Kuwaiti jurisdictions appear self-contradictory. On the one hand, the French and Kuwaiti Jurisdictions respect fundamental rights by stating clearly and comprehensively the elements of criminalisation of bribery crime. On the other hand, the two jurisdictions threaten fundamental rights by excluding some criminalization elements of the crime to facilitate punishment.

In terms of procedures related to the crime of bribery, French and Kuwaiti jurisdictions provide a special system that facilitates both the prevention of the crime and proving that it has been committed. In more details, this system, called the transparency system works in previous stage of pre-trial stage. The transparency system aims to prevent the crime from occurring, and if has occurred it helps to collect information necessary to prove that the crime was committed. French and Kuwaiti jurisdictions show respect for fundamental rights when implementing the transparency system. However, criminal procedures applied to the crime of bribery that are implemented in the pre-trial stage in both jurisdictions might threaten fundamental rights.

Keywords

Fight against corruption — Fundamantal principales — Evidence — Transparency — French law — Kuwait law.

Institut de sciences criminelles — Équipe poitevine de recherche et d'encadrement doctoral en sciences criminelles (EA 1228)

Faculté de droit et de sciences sociales — Bâtiment E9 — 43, place Charles de Gaulle — TSA 81110 — 86073 Poitiers cedex 09 — <http://isc-epred.labo.univ-poitiers.fr>

L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Qu'il me soit permis au seuil de cette étude, d'exprimer ma profonde gratitude à Madame Bernadette Aubert qui a accepté de diriger cette thèse. Ses conseils passionnés et avisés, ses nombreuses remarques et sa disponibilité m'ont éclairé et soutenus tout au long de ce long chemin qu'est un travail de thèse. Elle a ainsi grandement contribué à la concrétisation de cette thèse.

Je remercie très chaleureusement les membres du jury d'avoir accepté d'en faire partie en dépit de leurs multiples occupations et de manifester ainsi leur intérêt pour mon travail.

Je tiens également à remercier les membres de l'institut de sciences criminelles et de l'Équipe Poitevine de Recherche et d'Encadrement Doctoral en sciences criminelles à l'Université de Poitiers pour leur aide et leur soutien.

Enfin, je remercie Fatima pour son soutien sans faille et sa patience constante.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	13
PREMIERE PARTIE. UNE POLITIQUE D’INCRIMINATION PARADOXALE A L’EGARD DES PRINCIPES FONDAMENTAUX	43
TITRE I. LA DELIMITATION DE L’INCRIMINATION DE CORRUPTION EN RESPECT DES PRINCIPES FONDAMENTAUX	47
CHAPITRE I. LE SUJET DE L’INCRIMINATION DE CORRUPTION.....	53
CHAPITRE II. L’OBJET DE L’INCRIMINATION DE CORRUPTION	101
TITRE II. LE CONTOURNEMENT DE L’INCRIMINATION DE CORRUPTION EN NEGLIGEANT LES PRINCIPES FONDAMENTAUX	159
CHAPITRE I. LE NON-RESPECT DU PRINCIPE DE NECESSITE DE L’INCRIMINATION.....	163
CHAPITRE II. LE NON-RESPECT DU PRINCIPE DE PRESOMPTION D’INNOCENCE.....	203
DEUXIEME PARTIE. DES MODES DE PREUVE PERFECTIBLES EU EGARD AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX	233
TITRE I. LA RECHERCHE D’INDICES EN AMONT DE LA PROCEDURE PENALE : UNE ADEQUATION ACCEPTABLE AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX	239
CHAPITRE I. L’ADAPTATION DES INSTITUTIONS ANTICORRUPTION AU PRINCIPE DE SEPARATION DES POUVOIRS.....	243
CHAPITRE II. L’ATTEINTE MESUREE AUX PRINCIPES DE LA CONFIDENTIALITE	271
TITRE II. LES TECHNIQUES SPECIALES DE L’ETABLISSEMENT DE LA PREUVE : DES TENSIONS PERCEPTIBLES EU EGARD AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX	313
CHAPITRE I. UN EFFORT DE RATIONALISATION DES TECHNIQUES D’INVESTIGATION POLICIERES POUR RESPECTER LES PRINCIPES FONDAMENTAUX	317
CHAPITRE II. L’ENCADREMENT INCERTAIN DE LA PROCEDURE DU REPENTI.....	347
CONCLUSION GENERALE	389
ANNEXE LES INSTITUTIONS ANTICORRUPTION EN FRANCE ET AU KOWEÏT	393
BIBLIOGRAPHIE	401
INDEX	437
TABLE DES MATIERES	443

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AFA	Agence française anticorruption
APA	Autorité publique anticorruption koweïtienne
AFDI	Annuaire français de droit international
AJIC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJ pénal	Actualité juridique : pénal
AJCT	Actualité juridique : collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
Arch. Pol. Crim.	Archives de politique criminelle
Cah. Cons. const.	Cahiers du Conseil constitutionnel
Cah. dr.	Les Cahiers de droit
Cass.	Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CDE	Cahiers de droit européen
CJEG/RJEP	Les cahiers juridiques de l'électricité et du gaz/ Revue juridique de l'économie publique
comm.	Commentaire
Comm. comme. électr.	Communication Commerce électronique
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cour const.	Cour constitutionnelle koweïtienne
CRDF	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
D.	Recueil Dalloz
D. H.	Dalloz. Recueil hebdomadaire de jurisprudence
Dr. adm.	Revue Droit administratif
Dr. et patr.	Revue Droit et patrimoine
Dr. pénal	Revue Droit pénal
Gaz. pal.	Gazette du palais
HATVP	Haute Autorité pour la transparence de la vie publique
J.-Cl.	JurisClassier
JCP	La Semaine Juridique, édition générale
JCP Adm.	La Semaine Juridique, Administrations et Collectivités
JCP E	La Semaine Juridique, édition entreprise
JDI	Journal de droit international "Clunet"
JOFR	Journal officiel de la République française
JOK	Journal officiel de l'État de Koweït
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
p.	page
RD aff. int.	Revue de droit des affaires internationales
RDBF	Revue de droit bancaire et financier

RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDT	Revue de droit du travail
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale
Rép. trav.	Répertoire du droit du travail
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
RJF	Revue de jurisprudence et des conclusions fiscales
RJOI	Revue Juridique de l'Océan Indien
RLCT	Revue Lamy des collectivités territoriales
RLDI	Revue Lamy droit des affaires
RSC	Revue sciences criminelles et de droit pénal comparé
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
suiv.	suivant
S. Dalloz	Recueil Sirey
T. corr.	Tribunal correctionnel
V.	voir

INTRODUCTION

1. La corruption n'est pas un phénomène nouveau. Depuis longtemps, les livres religieux avertissent de ses conséquences sur la justice. Par exemple, l'Ancien Testament prévoit que « la gratification aveugle les clairvoyants et pervertit les paroles des justes »¹. Le Coran dit : « ne dilapidez pas vos biens entre vous pour des vanités et ne les utilisez pas pour obtenir la faveur des juges et dévorer injustement et sciemment une part des biens d'autrui »². Le prophète Muhammad insiste sur ce verset en disant que « Dieu maudit le corrupteur, le corrompu et l'intermédiaire entre les deux ».
2. Les anciens philosophes, tels qu'Aristote, Machiavel, Montesquieu et Rousseau, considèrent la corruption comme un phénomène existant dans tous les modes de gouvernement³. Pour eux, elle est vue comme une « dénaturation des principes sur lesquels se fonde un système politique »⁴. Cela explique l'interdiction de corruption dans la république romaine. À l'époque, il était interdit aux candidats à des élections, de « blanchir leurs toges pour mieux séduire le peuple »⁵.
3. L'ancienneté de la corruption permet de donner une grande diversité de concepts à la notion de corruption. Ce fléau constitue ainsi un objet rétif à une analyse en sciences sociales⁶. Mais cela n'empêche pas de faire émerger un certain nombre d'approches de la notion de corruption.
4. Généralement, la corruption est presque toujours désignée comme « scandale ». Pierre Lascoumes essaie d'identifier les critères de cette approche : « une atteinte à été commise, une règle sociale majeure a été transgressée, des qualifications juridiques (escroquerie, corruption, meurtre) attestent de la gravité des faits. Enfin, le traitement d'un événement en scandale exige aussi une individualisation précise des auteurs, ceux-ci ne peuvent être qu'en petit nombre pour assurer une forte personnalisation. Leur responsabilité paraît nettement engagée »⁷.
5. Les sociologues sont convaincus que personne ne peut définir la corruption en matière de sciences sociales⁸. Mais deux théories essentielles se concentrent sur les effets de la corruption. D'une part, une approche utilitariste qui ne perçoit pas toujours la corruption comme un mal. Au contraire, elle constitue une réponse légitime à un pouvoir sclérosé qui est, par intransigeance ou incompréhension, incapable de

¹ Exode, XXIII, 8.

² *AL-Baqara* (2:188).

³ Yves Mény, *La corruption de la République*, Fayard, 1992, p. 10.

⁴ *Ibid.*

⁵ Claude Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome Républicaine*, Gallimard, 1976, p. 402.

⁶ Giorgi Blundo, « La corruption entre scandales politiques et pratiques quotidiennes », in Giorgi Blundo (dir.), *Monnayer les pouvoirs : espaces, mécanismes et représentations de la corruption*, PUF, Collection Enjeux, 2000, p. 11.

⁷ Pierre Lascoumes, *Elites irrégulières. Essai sur la délinquance d'affaires*, Gallimard, 1997, p. 9.

⁸ Giorgi Blundo, « La corruption entre scandales politiques et pratiques quotidiennes », *op. cit.*

négocier. Elle transgresse ainsi les règles qui bloquent l'évolution des structures⁹. Dès lors, « les causes de la corruption ne sont plus à chercher dans l'amoralisme cynique des individus opportunistes, mais dans leurs réactions rationnelles face à l'injustice économique (la présence de monopoles en place ou de rentes de situation dont ils sont exclus) et sociale (l'inégalité de traitement) »¹⁰. D'autre part, une approche absolutiste qui perçoit la corruption comme un mal. Elle constitue « deux types de déviance. Tout d'abord, le comportement de détenteur d'une autorité qui [...] utilise sa situation de pouvoir pour détourner une règle, à son profit, ou à celui d'une autre personne ou d'une autre organisation. Ensuite, une conception plus extensive désigne le contournement ou la distorsion d'une norme professionnelle (bonne foi contractuelle), ou d'un principe moral (égalité de traitement) dont la sanction n'est pas précisément établie »¹¹.

6. En sciences politiques, Arnold Heidenheimer distingue trois formes de corruption : la corruption blanche, la corruption grise, la corruption noire. Cette distinction dépend de la réprobation plus ou moins fortement attachée par l'opinion publique aux pratiques de corruption¹². « La corruption noire correspondant aux pratiques les plus graves ; elles sont ordinairement réprimées par le droit pénal. La corruption grise est condamnée par l'opinion publique, mais tolérée dans les milieux dirigeants, comme par exemple les pratiques illégales de financement des partis politiques avant 1988 en France. Quant à la corruption blanche, elle est généralement tolérée ou considérée comme bénigne par l'ensemble de la population »¹³.
7. En somme, l'approche de la notion de corruption dépend des normes de référence juridique, morale, économique, politique, etc. Elle est donc modifiable et évolutive selon sa référence¹⁴.
8. L'approche juridique de la notion de corruption repose sur un postulat qui la considère comme un mal et un fléau. Actuellement, tout système juridique incrimine les faits corruptifs qui « interpell[ent] tout le monde, sans exception. Tout le monde, c'est vous, c'est moi, c'est notre commune, notre entreprise, notre ville et bien entendu, notre pays. Car tous pâtissent des méfaits économiques, sociologiques et humains

⁹ « Les grilles de lecture », in Jean Cartier-Bresson (dir.), *Pratiques et contrôle de corruption*, Montchrestien, 1997, p. 33 et suiv.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Pierre Lascoumes, *Corruption*, Presse de Sciences politiques, 1999, p. 36. V. aussi, Yves Mény, *La corruption de la République*, *op. cit.*, p. 10 et suiv.

¹² Arnold Heidenheimer, *Raeding in Comparative Analysis on political corruption*, Holt, Rinehart & Winston Inc., New York, 1970, p. 3 et suiv., cité par Eric Alt et Irène Luc, *La lutte contre la corruption*, PUF, Que sais-je, 1997, p. 4 et suiv.

¹³ Eric Alt et Irène Luc, *La lutte contre la corruption*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴ V. Yves Mény, *La corruption de la République*, p. 205 et suiv.

de ce phénomène »¹⁵. Tout corrupteur, qui « achète » la conscience du corrompu, le déshumanise car il le pousse à faire ce qu'il n'aurait pas fait en l'absence de contrepartie¹⁶. Tout corrompu trompe nécessairement son patron ou l'administration. Il fausse l'égalité entre les clients, détruit la confiance de l'administration à laquelle il appartient.

9. Au cours des dernières décennies, les domaines et les formes de corruption se sont élargis. Ainsi, le phénomène de corruption se caractérise par l'omniprésence et l'exhaustivité. Au niveau national, il existe dans tous les systèmes politiques, qu'il s'agisse d'un État démocratique ou d'un État autoritaire, et dans tous les systèmes économiques. Au niveau international, le fléau de la corruption consiste à corrompre un agent public étranger dans les transactions commerciales internationales. Il peut se trouver également au sein des institutions internationales dès lors que celles-ci ont des agents ayant certaines fonctions.
10. En effet, la dangerosité de la corruption ne réside pas seulement dans son effet direct d'enrichissement illicite pour quelques personnes, mais réside dans ses effets dominos. D'une part, la corruption peut être associée à toutes formes de criminalité. Elle peut aussi être associée à certaines formes spéciales de criminalité comme la criminalité économique et financière, le blanchiment d'argent et la criminalité organisée. D'autre part, la dangerosité de la corruption augmente lorsqu'elle peut avoir des effets transfrontières. Elle passe ainsi par les réseaux financiers étrangers et internationaux. La corruption menace donc la stabilité politique et économique¹⁷.
11. Cette dangerosité est prise en compte par de nombreux instruments régionaux et internationaux.
12. À l'international, la mobilisation de la lutte contre la corruption est apparue pour protéger le commerce international. Les États-Unis d'Amérique avaient sensibilisé¹⁸ les organisations internationales afin de relancer l'action internationale contre la corruption. Ce mouvement s'explique par la pression des entreprises américaines sur les autorités. La loi américaine du 19 décembre 1977 « *Foreign Corrupt Practices* » incriminait la corruption d'agents publics étrangers par les entreprises américaines, en raison du fait que celles-ci ne pouvaient pas décrocher des marchés internationaux. En effet, les entreprises américaines avaient perdu des milliards de dollars au profit des entreprises européennes et japonaises concurrentes qui utilisaient le système de rétro commission au profit des décideurs publics étrangers afin de gagner les marchés publics. De la sensibilisation américaine, il en est résulté certains instruments non contraignants (résolution, recommandation, déclaration) en matière de corruption en général et de

¹⁵ Radouane Bnou-Nouçair, *La lutte mondiale contre la corruption*, L'Harmattan, 2007, p. 9.

¹⁶ Etienne Perrot, « Mais où est le mal ? », *revue Projet*, n° 232 (attention corruption !), 1993, p. 72.

¹⁷ V. Pierre Lascoumes, *Elites irrégulières. Essai sur la délinquance d'affaires*, Gallimard, 1997, p. 9.

¹⁸ Isis Mabilia Loutaya, *La lutte contre la corruption en droits interne, européen et international*, thèse, Université de Poitiers, 2013, p. 109.

corruption d'agents étrangers en particulier¹⁹. Mais très vite des textes à valeur contraignante ont été adoptés. Le premier d'entre eux est la Convention du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales au sein de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).

13. Il faut attendre la Convention des Nations unies contre la corruption du 31 octobre 2003 pour qu'on puisse parler d'un instrument international à vocation globale et universelle qui prend conscience de la dangerosité du fléau de la corruption. Cette convention a l'avantage de concerner l'incrimination de tous types de corruption (publique, privée, nationale, internationale) et d'être ouverte à l'adhésion de tout État le souhaitant.
14. Sur le plan régional, il y a de nombreuses conventions régionales de lutte contre la corruption. On peut citer la Convention interaméricaine contre la corruption, adoptée le 29 mars 1996, 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, adoptée le 26 mai 1997, la Convention pénale sur la corruption, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 27 janvier 1999, la Convention civile sur la corruption, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1999, la Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption, adoptée par les chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine le 12 juillet 2003, enfin la Convention arabe contre la corruption, adoptée le 21 décembre 2010.
15. En droit interne, plus spécifiquement le droit français et le droit koweïtien, ces droits ancrent la prise de conscience de la dangerosité de la corruption. Celle-ci est incriminée depuis les premiers codes pénaux. Au fil du temps, l'incrimination a été renforcée pour qu'elle soit efficace. Ce renforcement se manifeste par le fait de procéder à certaines modifications sur les textes d'incrimination, par le fait de créer certaines infractions supposant la corruption et par le fait de choisir certaines procédures spéciales. On peut donc dire que le système de répression de la corruption est complet. Non seulement l'incrimination a été élargie mais elle est associée à des procédures qui sont parfois antérieures à la procédure pénale elle-même. L'idée essentielle est de résoudre les difficultés à réprimer les multiformes de corruption et de résoudre les difficultés à apporter la preuve, difficulté majeure, pour découvrir les systèmes corruptifs.

¹⁹ Par exemple, la Résolution 51/59 du 12 décembre 1996 sur la lutte contre la corruption, la Déclaration du 16 décembre 1996 sur la corruption et les actes de corruption dans les transactions commerciales internationales et la Recommandation du Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques du 27 mai 1994 sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales.

16. Mais à vouloir réprimer d'une façon efficace et rapide, il arrive que certains principes fondamentaux soient mis de côté, potentiellement ou relativement. L'équilibre entre la répression et le respect de ces principes est délicat mais nécessaire à une lutte irréprochable.
17. En conséquence, il convient, dans cette introduction générale, de définir le domaine de la recherche tant de point de vue de la lutte contre la corruption (§ 1) que de celui des principes fondamentaux (§ 2). À partir de ces définitions, il sera possible de présenter la recherche qui, de droit comparé, se concentre sur les difficultés à trouver un équilibre satisfaisant (§ 3).

§ 1. LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

18. Puisque l'expression « lutte » n'est pas un terme juridique, il serait utile de citer sa définition dans les dictionnaires généraux. Le mot « lutte » peut, dans *Le Petit Larousse*, se définir selon plusieurs sens comme : « affrontement, combat entre des personnes, des groupes, chacun s'efforçant d'assurer sa domination, de faire triompher sa cause » ; « ensemble des actions menées pour obtenir quelque chose, pour défendre une cause » ; « ensemble des actions menées pour vaincre un mal » ; « résistance opposée à une force, à un élément contraire, volonté de vaincre des difficultés »²⁰. Toutes ces définitions supposent un effort considérable ou une pluralité de moyens et actions. En cela, les droits français et koweïtien disposent d'un ensemble de moyens qui nous permettent de parler d'un processus de « lutte » contre la corruption. Nous présenterons ce processus (II) après avoir défini la corruption (I).

I. LA CORRUPTION

19. Dans la langue française, le mot corruption a plusieurs sens. Il vient du verbe latin *corrumpere*, qui, dans un sens organique, signifie avarier, décomposer, gâter, pourrir, putréfier, altérer²¹. Généralement, il revêt deux sens : *lato sensu* et *stricto sensu*. La corruption *lato sensu* consiste à altérer ce qui est sain, honnête dans l'âme : avilir, dénaturer, dépraver, pervertir, souiller, tarer²². *Stricto sensu* il s'agit d'engager quelqu'un par des dons, des promesses, ou par la persuasion à agir contre sa conscience, son devoir : acheter, circonvenir, gagner, soudoyer, stipendier, suborner²³. Le Dictionnaire de la langue française, plus connu comme le Littré, précise que « corrompre » signifie gagner quelqu'un par don ou promesse²⁴.

²⁰ *Le Petit Larousse*, Larousse, 2003, p. 609.

²¹ Paul Robert, *Le nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2009, p. 550.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.* V. proche de ce sens, *Le Petit Larousse*, Larousse, 2003, p. 265.

²⁴ Emile Littré, *Le nouveau petit Littré : le dictionnaire usuel de la langue française*, Littré, 2005, p. 172.

20. En langue arabe, deux mots peuvent constituer la traduction du mot corruption. Le premier est celui qui se prononce « *alfassad* ». Il s'agit de l'altération, la destruction, le mauvais, l'improbité, la pourriture, la nullité, le dysfonctionnement²⁵. D'une façon générale, la connotation de ce terme désigne l'inaptitude d'une chose ou d'un homme à accomplir son rôle principal. Autrement dit, « *alfassad* » désigne la déviance. Le deuxième mot se prononce « *alrachwa* » : il traduit l'avantage pris, sollicité, donné, promis ou proposé, tous de manière illicite ou immorale, pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte²⁶. De cette façon, l'expression « *alrachwa* » peut être liée à « *alfassad* » car elle présente un cas de déviance. Dès lors, on peut dire que la corruption *lato sensu* dans la langue française équivaut à « *alfassad* » dans la langue arabe tandis que la corruption *stricto sensu* équivaut à « *alrachwa* ».
21. La délimitation de la notion de corruption, celle que nous l'avons rappelée ci-dessus, nous conduit à la définir juridiquement tant en droit français (A) qu'en droit koweïtien (B), puis nous délimitons les actes concernant notre étude (C).

A. En droit français

22. Dans le premier Code pénal français, celui de 1791, aucune disposition n'utilise le terme « corruption ». Néanmoins cela ne veut pas dire que la corruption *stricto sensu* n'est pas incriminée. Une section intitulée « crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont confiés » dans le titre consacré aux « crimes et attentats contre la chose publique » contient trois articles (7, 8 et 9) interdisant la corruption. Celle-ci concerne, à l'époque, le fait de tout membre de la législature, fonctionnaire, tout citoyen placé sur la liste des jurés, tout juré, après le serment prêté, tout juge criminel, tout officier de police en matière criminelle qui trafique, moyennant argent, présent ou promesse, son opinion ou l'exercice du pouvoir qui lui est confié. Cette définition n'aborde la corruption que dans son sens passif, c'est-à-dire le fait du corrompu. L'acte du corrupteur n'est pas incriminé en tant que fait principal²⁷.
23. La corruption fait son apparition, en tant qu'incrimination, dans le Code pénal de 1810 aux articles 177 et 179.

²⁵ *AL Mu'jam Al Wassit {Dictionnaire arabe-arabe}*, 4e édition, Maktabat Alshorouk Aldawliyah (Shorouk International Bookshop), 2004, p. 688.

²⁶ *Idem*, p. 374.

²⁷ D'ailleurs, il convient de noter que ces articles incriminent la corruption en la distinguant des faits de concussion. Auparavant, la concussion, consistant en la perception illicite à titre de droits ou contributions se confondait, dans la législation romaine et dans les lois de l'Ancien régime, avec la corruption. V. Adolphe Chauveau et Hélie Faustin, *Théorie du code pénal*, Tome II, 3e édition, 1852, p. 544 et suiv.

24. À l'article 177, au paragraphe intitulé « De la corruption des fonctionnaires publics », est écrit « 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 [...]. 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 ».
25. Ce qui est innovant dans ce Code, en comparaison de celui de 1791, est l'intégration de la corruption active, avec les faits de corrupteur dans l'incrimination en tant que fait principal. L'article 179 incrimine le fait de quiconque aura corrompu ou tenté de corrompre par promesses, offres, dons ou présents, un fonctionnaire, agent ou préposé, de la qualité exprimée en l'article 177, pour obtenir un acte du ministre du fonctionnaire, agent ou préposé.
26. Les articles 177 et 179 du Code pénal de 1810 ne sont pas restés sans changements. Plusieurs modifications leur ont été apportées que nous préciserons dans la première partie de notre étude. Mais à ce stade, nous notons que ces modifications ont toujours été faites pour consolider l'incrimination de corruption *stricto sensu* en clarifiant ou élargissant son champ d'application personnel et matériel.
27. Aujourd'hui, le Code pénal entré en vigueur le premier mars 1994 conserve la même idée. L'expression « corruption », qui figure dans les intitulés de paragraphes du Code pénal actuel, vise la corruption *stricto sensu*, qu'elle soit passive ou active. Elle est passive lorsqu'un individu se laisse ou tente de se laisser acheter au moyen d'un avantage quelconque en vue d'accomplir un acte de sa fonction ou de s'en s'abstenir. Elle est active lorsqu'un individu propose ou donne un avantage quelconque à un autre individu afin que ce dernier accomplisse un acte de sa fonction ou s'en abstienne. Ces deux caractéristiques de l'agent existent dans d'autres articles mentionnant la qualité ou le statut de la personne susceptible d'être corrompue. Par exemple, on peut parler de corruption passive et active internationale lorsque l'agent appartient à une administration publique ou à l'autorité judiciaire des Communautés européennes, des États membres de l'Union européenne, des autres États étrangers et des autres organisations internationales publiques. On peut aussi parler de corruption passive et active privée lorsque la personne susceptible d'être corrompue n'exerce pas une fonction publique. Mais si l'on met de côté la qualité de la personne susceptible d'être corrompue, les éléments constituant la corruption passive et la corruption active sont identiques²⁸.

²⁸ C'est grâce à plusieurs modifications. Par exemple, Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, *JORF*, n° 151, 1 juillet 2000, p. 9944 ; Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, *JORF*, n° 264,

28. Hors Code pénal, la définition pénale de la corruption est toujours *lato sensu* de sorte qu'elle implique des infractions dont la corruption passive et active font partie. Cette définition commence à apparaître avec la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques²⁹. L'article premier de cette loi vise les faits de corruption active ou passive, de trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique ou par des particuliers, de concussion, de prise illégale d'intérêts ou d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics (connu sous le nom de favoritisme). Cette liste d'infractions est peu étendue par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique³⁰. Elle confirme la liste précédente et ajoute les faits de détournements de fonds publics.

B. En droit koweïtien

29. Jusqu'en 1960, il n'y avait pas, au Koweït, de code ou de loi concernant les infractions et les peines. Cette matière était principalement réglementée par le droit islamique « charia » ou les coutumes³¹. Pour la définition de la corruption, il faut alors exposer sa définition dans le droit islamique (1), ensuite, dans le droit positif (2).

1. Le droit islamique

30. La corruption *stricto sensu*, qui, rappelons-le, équivaut en arabe à « *alrachwa* », est l'un des grands péchés qui ne sont effacés que par le repentir³². Elle est généralement considérée comme un péché pour le corrompu, le corrupteur et leur intermédiaire³³. Néanmoins, les grandes écoles juridiques musulmanes, dites aussi la doctrine, qui interprètent les sources de la législation islamique (Coran et Sunna), sont en désaccord sur la définition de la corruption en tant qu'infraction méritant une peine déterminée par les pouvoirs publics ou le juge. Deux écoles insistent sur le rôle du corrupteur. L'école Hanafite, fondée par

14 novembre 2007, p.18648 ; Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF*, n° 115, 18 mai 2011, p. 8537.

²⁹ 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, *JORF*, n° 25, 30 janvier 1993, p. 1588.

³⁰ 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, *JORF*, n° 287, 10 décembre 2016, texte n° 1.

³¹ V. Otman Abdelmalek Alsaleh, *{Le système constitutionnel et les institutions politiques au Koweït}*, 1987, p. 41 ; Mohamed Almoqatei, *{Le système constitutionnel koweïtien et ses institutions politiques}*, Faculté de droit, 2006, p. 74 et suiv. ; Khaled Tohmah, *{L'histoire du droit au Koweït}*, 2008, p. 14.

³² V. Ali Mohamed Alkandary, *{La corruption dans la fonction publique : étude comparée de droit islamique et de droit saoudien}*, mémoire, Université islamique d'Imam Mohamed ibn Saoud, 1995, p. 54 et suiv.

³³ *Encyclopédie de la doctrine islamique*, Volume XXII, Ministère des affaires islamiques au Koweït, p. 222.

Abu Hanîfa, la définit comme étant le fait qu'un individu accorde un avantage à un autre ayant autorité en vue d'agir dans son intérêt³⁴. L'école Malikite, fondée par *Mâlik Ibn Anas*, qualifie de corruption tout ce qui est accordé pour accomplir un acte injuste ou ne pas accomplir un acte juste³⁵. Une autre vise plus particulièrement l'agent corrompu. Il d'agit de l'école Hanbalite, fondée par *Ahmad Ibn Hanbal*, qui définit la corruption comme celle qui est réalisée en cédant à une sollicitation³⁶. Enfin, l'école Chaféite, fondée par *Muhammad Ibn Idriss*, s'intéresse à une forme spéciale de corruption, celle qui est réalisée à l'égard d'un juge pour que celui-ci décide injustement ou s'abstienne de décider justement³⁷.

31. Les écoles ont un intérêt certain dans la délimitation de l'incrimination de corruption. Cependant, dans le droit pénal islamique, cette incrimination appartient au « *Tazir* »³⁸, ce qui a des conséquences importantes pour le juge et les pouvoirs publics. En effet, ni l'un ni l'autre ne sont liés par les définitions données en ce domaine ni obligés de les suivre. Ils ont donc une grande liberté de choisir une définition adaptée aux conditions nécessaires à la protection de l'intérêt de la communauté.
32. Au Koweït, il n'existait pas de définition précise de la corruption choisie parmi les définitions ci-dessus. Mais cela ne veut pas dire que la corruption n'a jamais été incriminée. Les sources historiques nous révèlent certains cas dont deux que nous évoquons brièvement. Ainsi un historien koweïtien évoque le cas, en 1938, d'un juge révoqué de ses fonctions en raison de corruption³⁹. La même année, un mouvement politique avait réussi à constituer une Assemblée législative et à promulguer une loi organique appelée la Constitution de 1938, la corruption a été l'une des causes de ce changement politique dans l'Emirat de Koweït. L'Assemblée législative avait même constitué une commission spéciale pour la lutte contre la corruption. Le secrétaire général de cette Assemblée écrit, dans ses mémoires⁴⁰, que l'Assemblée avait réussi à licencier des fonctionnaires corrompus⁴¹. Même si la peine prononcée fut seulement la révocation pour ces fonctionnaires corrompus et même si le corrupteur n'a pas été concerné, nous pouvons dire que la répression existait déjà.

34 Mohamed Amin Ibn Abidin, *{Note Ibn Abidin}*, Volume V, 3^e réédition, Presse Albabi Alhalabi, Caire, 1984, p. 383.

35 Mohamed Alrahoni, *{Note Alrahoni}*, Volume VII, Dar Alfekr, Caire, p. 294.

36 Mansour Albahoti, *{L'interprétation d'Alkéna'a}*, Volume VI, Dar alfekr, Liban, 1982, p. 316.

37 Mohamed Alsharbini Alkhatib, *{L'interprétation d'Almenhaj}*, Volume IV, 7^e réédition, Presse Albabi Alhalabi, Caire, 1958, p. 384.

38 Le *Tazir* désigne une peine laissée, d'après certaines règles, à la discrétion du juge. Il s'oppose au *Haad* qui est une peine déterminée et préfixée par le Coran. V. Naguib Hosni, « Le droit pénal islamique », *RIDP*, 1985, p. 401.

39 Abdullah bin Khaled Alhatem, *{D'ici que commence le Koweït}*, 2^e édition, Dar Alqabas, 1980, p. 207.

40 Ces mémoires sont interdits de publication au Koweït, mais disponible en arabe sur le site : <http://cutt.us/rD4FA>

41 Khalid Suliman Aladsani, *{Les mémoires de Khalid Suliman Aladsani}*, p. 38, sur le site : <http://cutt.us/rD4FA>.

2. Le droit positif

33. La corruption est incriminée, dans les sens passif et actif, dans le premier Code pénal de 1960. Puis une loi de 1970 vient redéfinir l'incrimination en rajoutant certaines précisions. Avant d'exposer la définition de corruption en droit pénal koweïtien (b), il convient de s'arrêter un peu sur l'histoire de l'élaboration du Code pénal (a).

a. L'élaboration du Code pénal koweïtien

34. Il n'est pas exagéré de dire que le système pénal koweïtien a été élaboré à la lumière du modèle français malgré l'inexistence de relations directes avec la France. En effet, le Koweït était, entre 1899 et 1962, un protectorat britannique. Avant l'indépendance, l'Émir Abdullah Al-Salem (1950-1965) s'intéressait à un mode d'organisation de l'État destiné à construire un royaume indépendant ou destiné à adhérer au Commonwealth⁴². C'est dans ce but qu'il a constitué, en 1954, la Haute Commission exécutive, l'équivalent d'un gouvernement, et a créé le Journal Officiel du Koweït pour la publication des décrets, lois et décisions administratives. Cette période a connu un grand essor au niveau des lois écrites dont le Code pénal et le Code de procédure pénale de 1960 font partie.
35. L'exposé des motifs du Code pénal explique son origine. Il précise que « ce code est inspiré par le Code pénal du Bahreïn de 1956 en raison de la ressemblance des situations de ce pays et du Koweït »⁴³. Le Bahreïn est également sous protectorat britannique.
36. Le Code pénal bahreïmien a, quant à lui, sa propre histoire. En raison des troubles politiques et sociaux sévissant entre la famille royale et certains groupes politiques et de travailleurs dans ce protectorat britannique, le Conseiller britannique de l'Émir bahreïmien a, en 1955, appelé un expert juridique de l'Inde-anglaise pour préparer un code pénal similaire au code pénal indo-anglais⁴⁴. Mais, ce code⁴⁵ a été refusé par les groupes d'opposition. En conséquence, une commission d'experts arabes, dont certains de ses membres avaient fait leurs études en France a, en 1956, été constituée pour modifier ce code. L'un des membres a écrit que « les autorités britanniques occupant le pays préparèrent un code d'inspiration anglo-saxonne qui souleva de vives protestations de la part des nationalistes. Ces protestations trouvèrent leurs raisons dans les dispositions concernant les délits contre la sûreté de l'État -et surtout celles interdisant les

⁴² Elias Nassrallah, « {Des documents britanniques divulguent des secrets des années soixante} », *journal Alhayat*, 9 octobre 2003, p. 15.

⁴³ Exposé des motifs du Code pénal, *JOK*, n° 278, la sixième année, 11 juin 1960, p. 29.

⁴⁴ *Journal Alwasat* bahreïmien, n° 768, 13 octobre 2004, disponible sur : <http://www.alwasatnews.com/news/517384.html>

⁴⁵ En effet, le Code pénal indo-anglais peut être considéré comme le fruit des idées de Bentham qui préconise la codification à l'instar des codes napoléoniens. V. David Annoussamy, *Le droit indien en marche*, Société de législation comparé, 2001, p. 41 et suiv.

associations considérées comme criminelles- et le Code tout entier fut jugé par les nationalistes comme portant de graves atteintes aux libertés individuelles. Sur la suggestion des nationalistes, le Sultan s'adressa à un ancien professeur égyptien, le doyen Sanhourî, pour réformer ce Code de manière à calmer les esprits des nationalistes. Une commission fut formée dans ce but en 1956 -dont j'étais moi-même membre- et a travaillé à modifier les dispositions critiquées et à introduire des conceptions françaises jugées par la Commission comme plus défendables et plus scientifiques. La Commission réussit à élaborer un projet associant les conceptions françaises et anglo-saxonnes et ce projet est devenu -après une légère modification- le Code actuel de Bahreïn. Le Code du Koweït est inspiré du Code de Bahreïn et ne présente, en comparaison avec celui-ci, que des différences sans importance »⁴⁶.

b. La définition de la corruption en droit pénal koweïtien

37. En 1960, quatre articles (114, 115, 117, 118) du Code pénal sont consacrés à l'incrimination de corruption *stricto sensu* (ou *alrachwa* en arabe). Selon l'ensemble de ces articles, plusieurs faits sont constitutifs de corruption. D'abord, le fait qu'un fonctionnaire public sollicite ou accepte, pour lui-même ou autrui, de l'argent, un avantage ou une promesse afin d'accomplir ou ne pas accomplir un acte de ses fonctions. Constitue ensuite un acte de corruption le fait qu'une personne fournisse un avantage à un fonctionnaire public afin d'accomplir ou ne pas accomplir un acte de la fonction. Enfin, la récompense ultérieure constitue une corruption si un avantage est attribué à un fonctionnaire sans accord antérieur après que ce dernier ait accompli ou n'ait pas accompli un acte de ses fonctions. Il convient de préciser que le fait de l'intermédiaire, qui sert de lien entre le corrompu et le corrupteur, est considéré comme étant un acte de corruption en tant que tel.
38. Ces articles ont été remplacés par huit autres. Il s'agit des articles 35, 36 et 38 à 43 de la loi n° 31/1970 portant modification de certaines dispositions du Code pénal⁴⁷. Ces nouveaux articles ne changent pas la définition de la corruption, mais viennent aggraver les peines et éclairer certains éléments constituant les faits corruptifs pour assurer une interprétation la plus large possible de la corruption comme on le verra dans la première partie de notre étude.
39. La corruption, dans ce sens large « *alfassad* », est également utilisée dans le droit pénal koweïtien. La loi n° 2/2016 relative à la création de l'Autorité publique anticorruption et aux dispositions de déclaration de la situation financière⁴⁸ crée une longue liste d'infractions considérées comme infractions de corruption et qui s'ajoutent à la corruption *lato sensu*. Il s'agit des infractions portant atteinte aux fonds publics, du

⁴⁶ Naguib Hosni, « La législation pénale dans le monde arabe », *RSC*, 1967, p. 795.

⁴⁷ *JOK*, n° 787, la seizième année, p. 6.

⁴⁸ *JOK*, n° 1237, la soixante-deuxième année, 1^{er} février 2016, p. 38.

trafic d'influence, du blanchiment d'argent, du faux monnayage, de la contrefaçon, des infractions relatives à la conduite de la justice, de l'enrichissement illicite, de la fraude douanière et de la fraude fiscale. Le but essentiel de cette extension est de préciser le champ de la mission de l'Autorité anticorruption et de rendre ces infractions imprescriptibles.

40. Après cet exposé introductif des définitions pénales de corruption, nous devons préciser exactement la définition sur laquelle porte notre étude.

C. La définition de la corruption dans notre étude

41. Le mot « corruption », qui figure dans l'intitulé de notre recherche, concerne essentiellement les infractions de corruption *stricto sensu* dans les droits pénaux français et koweïtien. Notre sujet est donc délimité par l'incrimination de la corruption passive et la corruption active dans tous les domaines où la corruption est incriminée, c'est-à-dire la corruption nationale, internationale, privée, publique.
42. Cependant, à ce stade, il faut préciser la terminologie utilisée. En effet, le droit koweïtien ne connaît pas les appellations de corruption passive et/ou active. On utilise la « demande de corruption » à la place de corruption passive et « l'offre de corruption » plutôt que corruption active. Parfois, on utilise le mot « corruption » de manière neutre si le pacte de corruption est conclu entre le corrompu et le corrupteur. Nous surpassons la différence des termes, qui ne change pas le contenu de l'incrimination, en choisissant les termes français (corruption passive et active) et en mentionnant les termes koweïtiens si nécessaire. La raison en est simple. Les termes français sont traduits et bien connus en langue arabe alors que les termes koweïtiens (la demande de corruption et l'offre de corruption) ne sont pas assez connus en langue française.
43. Si les faits corruptifs sont incriminés, cette incrimination n'est pas suffisante pour parler d'un processus réel de lutte contre la corruption. Il faut un ensemble d'actions pour éradiquer la corruption. Les droits français et koweïtien ont en effet mis en place des dispositifs permettant de mieux la réprimer. On peut parler dès lors de lutte contre la corruption.

II. LE PROCESSUS DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

44. A cause de sa dangerosité, la corruption attire, dans ses sens strict et large, l'attention de la société internationale. De nombreuses conventions et textes internationaux s'attachent donc à intensifier les efforts en la matière. Certains de ces textes influencent la lutte contre la corruption en droit interne français et koweïtien. Cependant, il ne faut pas oublier le contexte national et les affaires polémiques qui jouent le rôle le plus important dans la promulgation des lois consacrées à la lutte contre la corruption au

Koweït et en France. Après avoir exposé la transposition des textes internationaux (A) et le contexte national (B) influençant la lutte contre la corruption, nous montrerons les moyens mis à disposition (C).

A. La transposition des textes internationaux

45. Il y a plusieurs organisations internationales et régionales qui se préoccupent de la lutte contre la corruption⁴⁹. Nous présenterons, d'une part, dans cette introduction, la transposition de la convention à laquelle la France et le Koweït font partie, à savoir, la Convention des Nations unies contre la corruption (1), d'autre part, les textes auxquels la France et le Koweït ont séparément adhéré (2).

1. Convention des Nations unies contre la corruption

46. La Convention des Nations unies contre la corruption est considérée comme le premier instrument mondial de lutte contre la corruption. Elle est adoptée, à Mérida, par résolution de l'Assemblée générale des Nations unies 58/4 du 31 octobre 2003. La France l'a ratifiée par la loi du 4 juillet 2005 et l'a publiée par le décret du 4 septembre 2006⁵⁰, tandis que le Koweït l'a ratifiée par la loi n° 47/2006⁵¹.
47. Cette convention ne concerne pas seulement les infractions de corruption passive et active. Mais elle s'intéresse à un ensemble d'infractions considérées comme de la corruption, comme par exemple la soustraction et le détournement de biens publics, le trafic d'influence passif et actif, la prise illégale d'intérêts, l'enrichissement illicite, l'abus de biens sociaux, le blanchiment d'argent, le recel, l'entrave au bon fonctionnement de la justice. Pour ce faire, la Convention de Mérida préconise de prendre des mesures préventives variées dans la lutte contre ces infractions dans les secteurs public et privé. Elle comprend également des chapitres relatifs à la coopération internationale, au recouvrement d'avoirs mal acquis, à l'assistance technique et à l'échange d'informations.
48. La France a promulgué la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption⁵² afin d'assurer l'adéquation de sa législation avec les engagements résultant des différents instruments internationaux⁵³, dont la Convention de Mérida.

⁴⁹ Sur cette question, V. Isis Mabilia Loutaya, *La lutte contre la corruption en droit interne, européen et international*, thèse, Université de Poitiers, 2013, p. 47 et suiv.

⁵⁰ La loi n° 2005-743 du 4 juillet 2005 autorisant la ratification de la convention des Nations unies contre la corruption, *JOFR*, n° 155, 5 juillet 2005, p. 11072 ; Le décret n° 2006-1113 du 4 septembre 2006 portant publication de la Convention des Nations unies contre la corruption, *JOFR*, n° 206, 6 septembre 2006, p. 13226.

⁵¹ *JOK*, n° 797, 10 décembre 2006, la cinquante-deuxième année, p. 1.

⁵² La loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, *JORF*, n° 264, 14 novembre 2007, p. 18648.

⁵³ L'exposé des motifs de la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, disponible sur : <http://cutt.us/Hk182>

49. En ce qui concerne les mesures renforçant la lutte contre les infractions de corruption *stricto sensu*, cette loi élargit la corruption passive d'agents publics à tous les agents publics étrangers et internationaux. Il en va de même avec la corruption passive des agents de justice étrangers et internationaux.
50. En ce qui concerne la procédure pénale, cette loi confère des moyens aux enquêteurs en étendant à la lutte contre la corruption certaines mesures prévues en matière de délinquance organisée : la surveillance sur l'ensemble du territoire, les infiltrations, les sonorisations et les fixations d'images dans des lieux privés.
51. Par ailleurs, et bien que le législateur français laisse certains moyens prévus dans la convention sans effet direct en droit interne⁵⁴, la jurisprudence française les a pris en compte dans deux affaires qui ont introduit par une modification législative. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a déclaré recevable la constitution de partie civile de l'association « *Transparency International France* » en interprétant l'article 2 du Code de procédure pénale. La doctrine⁵⁵ est assez unanime pour dire que la Cour de cassation s'est inspirée de l'article 35 de la Convention de Mérida⁵⁶. Elle a jugé qu'une association dont l'objet est la lutte contre la corruption pouvait, même hors habilitation législative, agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social⁵⁷. Dans une autre affaire, la Cour de cassation admit la recevabilité de la constitution de partie civile pour corruption d'un agent public étranger bien que les poursuites des délits de corruption d'agents étrangers aient été réservées, selon l'article 435-6 du Code pénal⁵⁸, au seul ministère public⁵⁹. Dans ces deux affaires, la doctrine affirme que la Cour de cassation a admis la constitution de partie civile des associations anticorruption en se fondant sur la Conventions de Mérida⁶⁰. Cette possibilité de constitution de partie

⁵⁴ V. Juliette Lelieur, « La loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption du droit français par rapport aux exigences du droit international ? », *Dr. pénal*, n° 11, 2008, étude 25.

⁵⁵ *Ibid* ; Cass. crim., 9 novembre 2010, *D.*, 2010, obs. Sabrina Lavric, p. 2707 ; Chantal Cutajar, « L'affaire des biens mal acquis, ou le droit pour la société civile de contribuer judiciairement à la lutte contre la corruption », *JCP*, 2009, p. 3.

⁵⁶ Cet article prévoit que « chaque État Partie prend les mesures nécessaires, conformément aux principes de son droit interne, pour donner aux entités ou personnes qui ont subi un préjudice du fait d'un acte de corruption le droit d'engager une action en justice à l'encontre des responsables dudit préjudice en vue d'obtenir réparation ».

⁵⁷ Cass. crim., 9 novembre 2010, *D.*, 2010, obs. Sabrina Lavric, p. 2707 ; Chantal Cutajar, « L'affaire des biens mal acquis, ou le droit pour la société civile de contribuer judiciairement à la lutte contre la corruption », *JCP*, 2009, p. 3.

⁵⁸ Cet article est abrogé par la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

⁵⁹ Cass. crim., 4 avril 2012, Bull. n° 86.

⁶⁰ Anne-Catherine Fortas, « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *RSC*, 2014, p. 25 ; Chantal Cutajar, « Affaire Karachi : une nouvelle consécration du droit à la vérité, note sous la décision Cass. crim., 4 avril 2012 », *JCP*, 2012, p. 674 ; Haritini Matsopoulou, « Affaire de l'attentat de Karachi : recevabilité des constitutions de partie civile pour corruption et abus de biens sociaux », *RSC*, 2012, p. 553.

civile des associations anticorruption a finalement été adoptée par le législateur comme nous le verrons ci-dessous.

52. Au Koweït, aucune loi ne transpose directement les dispositions de la Convention des Nations unies en droit interne. Il y a ainsi une inadaptation à cette convention. Au niveau de l'incrimination, le droit koweïtien n'incrimine ni la corruption d'agents publics étrangers et d'agents internationaux ni la corruption privée de manière complète. De plus, il n'y a pas en principe de responsabilité pénale des personnes morales. Par contre, la loi anticorruption n° 2/2016 lui emprunte certaines dispositions mais sans prendre en compte l'idée de l'harmonisation à l'égard des exigences internationales parce que cette loi est promulguée dans un contexte purement national.

2. Autres textes internationaux

53. En France, cinq textes ont conduit à modifier les dispositions pénales relatives à l'incrimination de corruption, qui ont fait l'objet de plusieurs lois.
54. Les deux premiers textes sont des conventions adoptées au sein de l'Union européenne (la Convention de Bruxelles relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, signée le 26 mai 1997) et au sein de l'OCDE (la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales). Un projet de loi ayant pour objet de modifier des dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale dans ce domaine⁶¹ fait expressément référence à ces deux conventions. Le texte définitif, du 30 juin 2000⁶², transpose effectivement les dispositions conventionnelles. Dès lors, sont incriminées la corruption impliquant un fonctionnaire européen ou un fonctionnaire national d'un autre État membre de l'Union européenne et la corruption impliquant un fonctionnaire étranger ou international en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international.
55. En second lieu, le droit français a dû transposer le contenu de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil de l'Union européenne, du 22 juillet 2003, relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé. Ce fut fait *via* la loi du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice⁶³. Elle abroge la section 6 du chapitre II du titre V du livre I du Code du travail

⁶¹ Sénat, Rapport n° 42, Commission des lois, présenté par José Balareello, 3 novembre 1999.

⁶² La loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, *JOFR*, n° 151, 1 juillet 2000, p. 9944.

⁶³ La loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, *JORF*, n° 156, 6 juillet 2005, p. 11136.

qui incrimine la corruption privée et réécrit cette incrimination dans les articles 445-1 et 445-2 au sein du Code pénal.

56. Enfin, les deux textes adoptés au sein du Conseil de l'Europe (la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 et de son protocole additionnel du 15 mai 2003) ont ajouté des dispositions législatives après leurs publications⁶⁴. La loi 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, outre qu'elle transpose les dispositions de la convention de Mérida des Nations unies du 31 octobre 2003, fait de même avec ces deux textes régionaux. La Convention pénale européenne sur la corruption et son protocole ont ainsi étendu l'incrimination de corruption active d'agent public étranger ou international aux faits de corruption au-delà de celle destinée à obtenir un avantage dans le commerce international. Ils ont également permis d'une meilleure protection des lanceurs d'alerte.
57. Au Koweït, la seule convention régionale qui traite de la corruption et qui a été ratifiée est la Convention arabe de la lutte contre la corruption, faite au Caire, le 21 décembre 2010⁶⁵. La plupart de ses dispositions sont similaires aux dispositions de la Convention des Nations unies de la lutte contre la corruption. Aucune loi n'a été émise pour l'adapter, et la loi anticorruption ne la mentionne même pas dans son préambule alors qu'elle mentionne la Convention des Nations unies.
58. Au Koweït comme en France, la lutte contre la corruption est poussée dans un contexte national.

B. Le contexte national

59. L'engagement réel de la lutte contre la corruption est né dans un contexte national pour plusieurs raisons. On peut faire ce constat tant en France (1) qu'au Koweït (2).

1. En France

60. L'incrimination de corruption est renforcée en raison du développement de l'administration de l'État et de l'économie. Cela conduit à « un éclatement des incriminations »⁶⁶. Dans le Code pénal de 1810, qui

⁶⁴ La ratification de la Convention pénale sur la corruption est autorisée par la loi n° 2005-104 du 11 février 2005 autorisant la ratification de la convention pénale sur la corruption (*JORF*, n° 36, 12 février 2005, p. 2388) et publiée par le décret n° 2008-672 du 4 juillet 2008 portant publication de la convention pénale sur la corruption (*JOFR*, n° 0157, 6 juillet 2008, p. 10867). La ratification de son protocole additionnel est autorisée par la loi n° 2007-1154 du 1 août 2007 autorisant l'approbation du protocole additionnel à la convention pénale sur la corruption (*JORF*, n° 177, 2 août 2007, p. 12985) et publiée par le décret n° 2008-671 du 4 juillet 2008 portant publication du protocole additionnel à la convention pénale sur la corruption (*JOFR*, n° 0157, 6 juillet 2008, p. 10865).

⁶⁵ La ratification est adoptée par la loi n° 92/2013 autorisant la ratification de la Convention arabe de la lutte contre la corruption (*JOK*, n° 1137, la cinquante neuvième année, 25 juin 2013, p. 386).

⁶⁶ Philippe Bonfils, « La corruption en droit pénal », in *La corruption, Actes du XIème colloque d'éthique économique, 1 et 2 juillet 2004*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2005, p. 223.

introduit pour la première fois la corruption active comme une infraction distincte, sept lois s'y rapportent. Quant au Code de 1994, si le plus grand part de la réécriture de l'incrimination vise à s'adapter aux engagements internationaux, cela n'empêche pas que le législateur exploite cette occasion pour améliorer l'incrimination à la lumière des observations jurisprudentielles et doctrinales. En quelques mots -car nous reviendrons sur cette question de manière détaillée- le renforcement dans cette matière porte sur l'élargissement du champ d'application personnel et matériel de l'incrimination.

61. La politique de la lutte contre la corruption fait apparaître la plupart des infractions comme des infractions de manquement au devoir de probité de deux manières.
62. Premièrement, figure le trafic d'influence qui suppose l'utilisation de l'influence en contrepartie d'un avantage. Il est né avec « l'affaire Wilson » du nom d'un député, gendre du président de la République en 1888. Wilson utilise son influence pour négocier des participations d'hommes d'affaires dans ses entreprises en échange de l'obtention de décorations. Il est condamné en première instance pour corruption de fonctionnaire. La Cour d'appel infirme ce jugement en relaxant Wilson parce qu'il n'était pas considéré comme fonctionnaire et que ses actes ne dépendaient pas de ses fonctions⁶⁷. Cette affaire aura permis l'adoption de la loi du 4 juillet 1889 qui crée le délit de trafic d'influence.
63. Deuxièmement, la lutte contre la corruption *stricto sensu* est confrontée à des difficultés de preuve importantes. On recourt alors à d'autres textes, en réprimant le « pantouflage. » et le « favoritisme. ».
64. Concernant le pantouflage, créé par l'article 10 de la loi budgétaire du 6 octobre 1919, il est considéré comme un délit de prise illégale d'intérêts par un ancien agent public. Garçon nous explique l'origine de l'incrimination : « au lendemain d'une longue guerre qui avait troublé l'économie générale et les mœurs du pays, de nombreux fonctionnaires quittaient l'administration [...] pour entrer dans des entreprises privées où ils trouvaient des emplois plus lucratifs. Cette situation était particulièrement fâcheuse quand les entreprises où ils étaient ainsi accueillis avaient été soumises, lorsqu'ils étaient en fonction, à leur contrôle ou leur surveillance. Il était à craindre, en effet, que les places qui leur étaient accordées ne fussent la récompense ou le paiement de faveurs qu'ils avaient eux-mêmes consenties à ces entreprises dans l'accomplissement de leurs fonctions »⁶⁸. C'est la raison pour laquelle le législateur interdit ce comportement, qui permet de surmonter la difficulté de la preuve du pacte de corruption.
65. Concernant le favoritisme, qui est le délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics ou les contrats de concession, il est créé en 1991 essentiellement pour lutter contre la

⁶⁷ Cour d'appel de Paris, 26 mars 1888, *D.*, 1888, II, p. 155.

⁶⁸ Émile Garçon, *Code pénal annoté*, Tome 1, Art. 1 à 294, Recueil Sirey, 1952, p. 687.

corruption effectuée dans les procédures de passation de marchés publics⁶⁹. Par cette incrimination, la violation d'un règlement assurant la liberté et l'égalité des candidats dans les marchés publics ou les contrats de concession, qui entraîne un avantage actuel ou potentiel à l'un de ces candidats, constitue une infraction. En le comparant avec l'infraction de corruption passive, le délit de favoritisme est plus facile à prouver parce qu'il n'exige pas un lien de causalité entre l'acte de la fonction et l'avantage.

66. Hors l'incrimination, dans le contexte national, il existe des mesures spécialement prises pour prévenir la lutte contre la corruption et pour la poursuivre d'une manière plus efficace.
67. D'une part, la transparence est considérée comme un moyen efficace de lutte contre la corruption. Pas moins de quatre lois, entre 1988 et 2013, vont en dessiner les contours, la plupart d'entre elles étant précédées par des affaires judiciaires. C'est ainsi que « l'affaire Luchoire » déclenche des mesures de transparence en matière politique avec la loi du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique⁷⁰. Cette affaire concerne trois personnes inculpées pour corruption, usage de faux et infraction à la législation sur le commerce des armes par le fait qu'une société vend illégalement des armes à l'Iran en échange, selon certains journalistes⁷¹, de contribution au financement du Parti socialiste. Cette loi sera complétée par la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés⁷². En 1995, à nouveau, en raison d'« affaires en cascade »⁷³ concernant la corruption, l'exigence de transparence de la vie politique est élargie par une loi du 19 janvier relative au financement de la vie politique⁷⁴. Enfin et directement en lien avec « l'affaire Cahuzac », ministre chargé

⁶⁹ V. Philippe Terneyre, « L'apport au droit des marchés publics de la loi anti-corruption », *RFDA*, 1993, p. 952 ; Jean-Paul Philippe, « La lutte contre la corruption, le point de vue du policier à partir du retour d'expériences de plusieurs enquêtes », *D.*, 2008, p. 1093.

⁷⁰ La loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, *JORF*, 12 mars 1988, p. 3290.

⁷¹ Gaetner Gilles, « 1987: l'affaire Luchoire », *L'Express*, 30 mars 1995, disponible sur : https://www.lexpress.fr/informations/1987-l-affaire-luchoire_603634.html

⁷² La loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, *JORF*, n° 4, 5 janvier 1991, p. 236.

⁷³ Denis Robert, « Rétrospective 1994 : Des affaires en cascade », *Libération*, 27 décembre 1994, disponible sur : http://www.liberation.fr/france-archive/1994/12/27/retrospective-1994-des-affaires-en-cascade_117437

⁷⁴ La loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique, *JORF*, n° 18, 21 janvier 1995, p. 1105.

du budget ayant des comptes non déclarés à l'étranger⁷⁵, la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique⁷⁶ renforce les mesures de transparence.

68. D'autre part, il semble indispensable de créer des organes spécialisés dans la lutte contre la corruption susceptible de veiller à cette transparence et d'obliger les décideurs politiques à déclarer leur situation patrimoniale. Il y eut tout d'abord, la Commission pour la transparence financière de la vie politique (1988), remplacée par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (2013). Ensuite le Service central de prévention de la corruption, créé en 1993, est remplacé par l'Agence française anticorruption en 2016. Enfin, la spécialisation vise les autorités de poursuite. La loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière⁷⁷ crée le Procureur de la République financier qui exerce une compétence dans la grande délinquance économique et financière dont les affaires, complexes, de corruption font partie.

2. Au Koweït

69. Le Code pénal de 1960 est assez pauvre en innovation. Il ne contient que l'incrimination de corruption de fonctionnaire public, sans aucune définition de ce statut. En 1970, le Gouvernement présente un projet de loi sur un nouveau code pénal qui prend en compte les lacunes de ce code. Néanmoins, faute de temps, le Gouvernement et l'Assemblée nationale décident de modifier seulement les dispositions les plus importantes. Ainsi l'accord se fait sur les infractions contre la sécurité de l'État et sur les infractions d'abus de fonction publique⁷⁸ dont la corruption fait partie.
70. Dès lors, la loi n° 31/1970 portant modification du Code pénal⁷⁹ vient modifier les articles concernant la corruption. Elle vise à éclaircir certains éléments et à élargir le champ d'application personnel de sorte que la notion de « fonctionnaire public » est définie de façon large. Au niveau procédural, cette loi réorganise la procédure du repentir pour faciliter la preuve contre le corrompu.
71. Cette situation persiste jusqu'à l'année 2012 lorsqu'une loi renforçant les mesures contre la corruption est promulguée en raison d'un scandale politique. Celui-ci est né après qu'un journal eut publié à sa Une :

⁷⁵ « Affaire Cahuzac : résumé des épisodes précédents », *Le Monde*, 8 décembre 2016, disponible sur : http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2016/12/08/affaire-cahuzac-resume-des-episodes-precedents_5045933_4355770.html

⁷⁶ La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF*, n° 238, 12 octobre 2013, p. 16829.

⁷⁷ La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF*, n° 284, 7 décembre 2013, p. 19941.

⁷⁸ Assemblée nationale koweïtienne, compte rendu n° 241, l'audience 7 juillet 1970, quatrième session, p. 4 et suiv.

⁷⁹ *JOK*, n° 787, la seizième année, p. 6.

« 17 millions dans le compte d'un député et 8 millions dans le compte d'un autre : des ressources financières de députés troublent les banques et les organes de contrôle »⁸⁰. Par la suite, plusieurs banques déposèrent plainte. Ce scandale entraîne des manifestations pour exiger la démission du président du Conseil des ministres, la dissolution du Parlement et la poursuite contre les corrompus et les corrupteurs. Sous la pression de la rue, le Président du Conseil des ministres quitte la vie politique et le Parlement est dissout. Mais, au niveau judiciaire, le Ministère public publie un communiqué de presse qui déçoit la population, en déclarant le classement sans suite. Il précise qu'après avoir achevé toutes les enquêtes nécessaires, le Ministère public n'est pas parvenu à rapporter suffisamment d'éléments établissant les origines illicites des fonds déposés. Il ajoute que cette affaire doit être prise en compte par le législateur afin que celui-ci, d'une part réexamine les législations actuelles de blanchiment d'argent et de l'enrichissement illicite, d'autre part prenne les mesures nécessaires pour adopter l'obligation de déclaration des situations financières⁸¹.

72. Toujours en raison de ce scandale, l'Émir du Koweït émet un décret-loi nécessaire⁸² n° 24/2012, ayant force de loi selon l'article 70 de la Constitution, relatif à la création de l'Autorité publique anticorruption (APA) et aux dispositions de déclaration de la situation financière⁸³. Les principales dispositions de ce décret-loi sont la déclaration de situation financière et l'incrimination d'enrichissement illicite. Néanmoins, ce décret-loi est abrogé par la Cour constitutionnelle parce que, selon celle-ci, le critère de nécessité prévu à l'article 70 de la Constitution n'est pas rempli dans le décret-loi précité⁸⁴. Un mois après cette décision, l'Assemblée nationale rétablit les dispositions de ce décret-loi dans une nouvelle loi n° 2/2016 relative à la création de l'Autorité publique anticorruption et aux dispositions de déclaration de situation financière ⁸⁵.
73. En complément des mesures renforçant la lutte contre la corruption, la loi n° 13/2018 relative au conflit d'intérêts⁸⁶ vient incriminer la prise illégale d'intérêts de manière extensive. Cette loi renvoie à un règlement exécutif qui sera publié dans trois mois à compter de la publication de la loi (à partir du 15 juillet 2018), pour organiser les dispositions de déclaration d'intérêts. Dans cette étude, nous n'étudierons

⁸⁰ *Alqabas*, 20 août 2011, n° 13732.

⁸¹ « Le communiqué de presse du Ministère public », *Alwatan*, 18 octobre 2012, disponible sur : <http://alwatan.kuwait.tt/articledetails.aspx?id=228050>

⁸² Le décret-loi nécessaire est, selon l'article 70 de la Constitution, une mesure urgente prise alors que l'Assemblée nationale n'est pas en session ou est dissoute.

⁸³ *JOK*, n° 1107, 25 novembre 2012, l'année cinquante-huitième, p. 3.

⁸⁴ Koweït, Cour const., 20 décembre 2015, n° 24/2015.

⁸⁵ *JOK*, n° 1237, la soixante-deuxième année, 1 février 2016, p. 38.

⁸⁶ *JOK*, n° 1338, la soixante-quatrième année, 15 avril 2018, p. 3.

que l'incrimination de prise illégale d'intérêts car elle est entrée en vigueur alors que les dispositions de déclaration d'intérêts ne le sont pas encore.

74. Que ce soit dans un cadre international ou dans un contexte national, les droits koweïtien et français ont plusieurs moyens de lutte contre la corruption.

C. Les moyens de lutte contre la corruption

75. Qu'il s'agisse du droit français ou du droit koweïtien, on constate qu'il existe des outils assez nombreux mis en place pour la lutte contre la corruption que ce soit en prévention de celle-ci, pour la détecter et mieux en apporter la preuve ou les deux à la fois. Mais il est vrai que selon les cas, s'il y a similitude, il n'y a pas forcément identité de ces moyens qu'il convient d'énumérer succinctement même si nous en avons déjà évoqué quelques uns.
76. Le premier moyen est la constitution d'organes spécialisés dans la lutte contre la corruption. L'idée de cette spécialisation porte sur la création d'acteurs ayant les connaissances et les expériences suffisantes pour remplir leurs missions de manière professionnelle. Ainsi, on peut trouver, en France l'Agence française anticorruption (AFA) et la Haute autorité de la transparence de la vie publique (HATVP), au Koweït l'Autorité publique anticorruption (APA).
77. Très proche de cette idée de la spécialisation d'acteurs, on peut évoquer un deuxième moyen relatif au rôle des associations anticorruption admis selon l'article 2-23 du Code de procédure pénale français. Ainsi, elles peuvent se constituer partie civile pour des faits relevant d'infractions de corruption. Cette disposition peut obliger le ministère public à mettre en mouvement l'action publique. Si cette procédure avait été disponible en droit koweïtien, le ministère public n'aurait pas pu classer sans suite le scandale évoqué plus haut.
78. Le troisième moyen dont disposent les droits français et koweïtien concerne les mesures de transparence et les déclarations de situations financières et d'intérêts. Puisque les infractions de corruption sont commises clandestinement, c'est ainsi le meilleur moyen de mettre en lumière les personnes les plus exposées aux risques de corruption et les secteurs où la dangerosité et la gravité de corruption sont élevées.
79. L'allongement de la durée de la prescription de l'action publique pour les infractions de corruption en droit français ou l'imprescriptibilité de leur action publique en droit koweïtien peuvent être également considérés comme un quatrième moyen.

80. Le cinquième moyen disponible consiste à utiliser les techniques spéciales d'enquête pour établir la preuve des infractions de corruption comme par exemple la procédure de repentir, la sonorisation, l'infiltration et la captation d'image.
81. Le sixième moyen dont disposent les droits français et koweïtien est relatif à la protection de celui qui dénonce les faits corruptifs contre les éventuelles représailles, notamment celui qui révèle des informations obtenues dans le cadre de sa profession, et qu'on appelle le lanceur d'alerte.
82. Enfin, un dernier moyen est prévu en droit français. La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique⁸⁷, dite loi Sapin 2, instaure un moyen appelé « programme de conformité ». La loi oblige certains établissements publics et privés à le mettre en place. Son application est contrôlée par l'Agence française anticorruption. Selon l'article 17 de cette loi, ce programme est fondé sur la mise en œuvre des procédures suivantes : un code de conduite définissant les différents types de corruption ou de trafic d'influence ; un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements relatifs à l'existence de situations contraires au code de conduite de la société ; une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption ; des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques ; des procédures de contrôles comptables destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence ; un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ; un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la société en cas de violation du code de conduite de la société ; un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.
83. Il ne faut pas non plus oublier la possibilité de création des infractions qui peuvent être considérées alternatives à la corruption *stricto sensu* car elles sont plus faciles à prouver que la corruption. Ce sont les infractions de favoritisme, de prise illégale d'intérêts et d'enrichissement illicite.
84. Force est de constater que les moyens susvisés sont utiles pour combattre le caractère clandestin et occulte de la corruption. Cependant, certains de ces moyens sont audacieux, voire à la frontière de l'acceptabilité, au regard des principes fondamentaux en droits français et koweïtien qu'il faut définir.

⁸⁷ 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, *JORF*, n° 287, 10 décembre 2016, texte n° 2.

§ 2. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX

85. Le mot « principe » peut vouloir dire la règle générale qui guide la conduite ou la loi générale régissant un ensemble de phénomènes⁸⁸. Il peut aussi signifier la règle d'action s'appuyant sur un jugement de valeur et constituant un modèle, une règle ou un but⁸⁹. Le mot « fondamental » désigne ce « qui a l'importance d'une base, un caractère essentiel et déterminant »⁹⁰.
86. Dès lors, on peut dire que les principes fondamentaux signifient l'ensemble de règles qui ont un caractère important.
87. Sur le plan juridique, aucun dictionnaire juridique ne donne une définition précise de l'expression « principes fondamentaux ». Par contre, on peut trouver la définition des expressions proches comme celles de « droits fondamentaux » ou de « libertés fondamentales ».
88. D'après Cornu, les droits fondamentaux ont divers sens. Ils sont par exemple des droits proclamés comme tels par diverses sources juridiques (Charte des Nations unies, Déclaration universelle des droits de l'homme, etc.) ou l'ensemble hétérogène de véritables droits et de libertés. L'expression « droits fondamentaux » est parfois utilisée comme synonyme de droits de l'homme, de droits universels ou de droits consacrés par la Constitution et les conventions internationales. Les libertés fondamentales sont ainsi jointes aux droits fondamentaux⁹¹.
89. Michel Levinet précise que « les droits et libertés fondamentaux incluent aussi des principes essentiels à tout système libéral : séparation des pouvoirs, pluralisme des courants de pensée et d'opinion, constitutionnalité, légalité, prééminence du droit, non-rétroactivité de la loi pénale, légalité des délits et des peines, indépendance des juridictions, égalité devant la loi, interdiction des discriminations, proportionnalité, dignité de l'être humain... »⁹².
90. Pour Andreas Auer, les droits fondamentaux sont « un ensemble de droits et de garanties que l'ordre constitutionnel reconnaît aux particuliers dans leurs rapports avec les autorités étatiques. Ils sont ‘fondamentaux’, d'une part, parce qu'ils se rapportent à l'homme qui est le fondement de tout droit, et, d'autre part, parce que les conséquences de leur reconnaissance traversent ou devraient traverser tout l'ordre juridique »⁹³. Les libertés fondamentale peuvent donc être incluses dans cette définition.

⁸⁸ *Le Petit Larousse*, Larousse, 2003, p. 824.

⁸⁹ Paul Robert, *Le nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2009, p. 2024.

⁹⁰ *Idem*, p. 1070.

⁹¹ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11e édition, PUF, 2016, p. 465.

⁹² Michel Levinet, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, Que sais-je ?, 2010, p. 5.

⁹³ Andreas Auer, « Les droits fondamentaux et leur protection », *Revue Pouvoirs*, n° 43, 1987, p. 87.

91. D'ailleurs, les droits fondamentaux peuvent se définir à la fois d'un point de vue formel et d'un point de vue matériel⁹⁴. D'un point de vue formel, les droits fondamentaux sont ceux qui se retrouvent garantis au niveau constitutionnel et/ou au niveau international. Dans cette conception, la reconnaissance d'un droit par un texte constitutionnel, ou par un texte international dont c'est l'objet, suffit à lui faire reconnaître un caractère fondamental⁹⁵. D'un point de vue matériel, le droit est fondamental lorsque la Société et les autorités lui reconnaissent ce caractère même s'il n'est pas lié à la norme ou au texte explicite qui les supporte, comme par exemple le droit à la vie et le principe de non-commercialité du corps humain⁹⁶.
92. Ainsi, la diversité des notions de droits fondamentaux amène certains auteurs à aborder la notion des droits fondamentaux de manière prudente⁹⁷. Cette prudence est notamment justifiée lorsque l'expression « droit » ne pourrait pas explicitement concerner certains principes constitutionnels et libertés fondamentales parce qu'ils ne constituent que des principes ou des libertés mais non des droits comme par exemple le principe d'égalité ou celui de la séparation des pouvoirs.
93. Dès lors, pour ne pas confondre les termes, nous préférons choisir l'expression « principes fondamentaux » parce qu'elle peut inclure, grâce à sa généralité, les droits fondamentaux et les libertés fondamentales ainsi que tous les principes et les règles constitutionnels qui doivent être respectés par le législateur. À ce propos, l'expression « principes fondamentaux » est plus neutre que l'expression « droits fondamentaux ». De plus, la plupart des principes que nous traitons dans cette étude concerne les principes directeurs du droit pénal et de la procédure pénale. Mais, nous étudions aussi certains principes qui n'appartiennent pas au droit pénal. Pour cela, nous préférons l'expression « principes fondamentaux » à celle de « principes directeurs de droit pénal ».
94. Nous choisissons l'adjectif « fondamentaux » pour préciser que, dans notre étude, les principes sont au sommet de la hiérarchie des normes. C'est-à-dire que nous étudierons les principes prévus dans le bloc de constitutionnalité français et dans la Constitution koweïtienne qui ont lieu avec notre étude. Nous analysons aussi tous les principes qui ne sont pas explicitement mentionnés dans le bloc de constitutionnalité français et la Constitution koweïtienne. Mais, ils sont dégagés par le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle koweïtienne auxquels ces derniers reconnaissent une valeur constitutionnelle. Ainsi, entre les principes constitutionnels et les principes à valeur

⁹⁴ Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2002, p. 10 et suiv.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Sébastien Platon, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, thèse, Université de Bordeaux, 2007, p. 9 et suiv.

constitutionnelle, nous préférons les « principes fondamentaux » qui peuvent inclure les deux premières expressions.

§ 3. LE SUJET : LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION « A L'ÉPREUVE » DES PRINCIPES FONDAMENTAUX

95. Avant de proposer un plan (III), nous devons expliquer la problématique sur laquelle notre recherche s'articule (I) et présenter la méthode utilisée (II).

I. LA PROBLÉMATIQUE

96. En matière de corruption, le défi que doit relever le droit pénal consiste à incriminer un comportement ayant un caractère protéiforme et évolutif. Il faut comprendre que le risque de corruption existe lorsqu'existe un pouvoir décisionnel. Par conséquent, si la corruption est considérée comme un acte nuisible pour le secteur public dont les agents ont un pouvoir décisionnel, il en va de même du développement du secteur économique d'autant que le rôle du secteur privé est croissant dans l'intérêt public et que les deux secteurs s'entremêlent. Le droit pénal doit également prendre en compte que les pratiques et les formes de corruption se renouvellent sans cesse⁹⁸. Ainsi, les législateurs doivent adopter des textes qui, idéalement, incriminent exhaustivement la multiplicité des pratiques et les comportements corruptifs.
97. Par ailleurs, l'appréhension de la corruption se heurte à une difficulté probatoire. Cette difficulté tient aux éléments constitutifs. Dans ses formes passive et active, il faut constater : la qualité ou le statut de la personne corrompue ou susceptible d'être corrompue, les procédés de la corruption (accepter, solliciter, proposer), l'avantage pour obtenir l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de la fonction. Ce dernier élément liant l'avantage à l'acte de la fonction constitue la difficulté à détecter la corruption et établir sa preuve. Marc Segonds le qualifie de « *diabolica probatio* »⁹⁹. Cet élément permet ainsi aux corrompus de dissimuler l'avantage corruptif dans des montages financiers complexes¹⁰⁰. La jurisprudence française a constaté cette difficulté et a donc décidé que « le point de départ du délai de prescription des faits de corruption [...] qui ont été dissimulés est reporté à la date où ceux-ci sont

⁹⁸ Astrid Mignon Colombet, « L'anticorruption est-elle l'avenir du monde ? », *JCP G*, 2014, p. 2302.

⁹⁹ Marc Segonds, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », *RLDI*, 2015, n° 105, p. 15.

¹⁰⁰ Chantal Cutajar, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *D.*, 2008, p. 1081 ; Christian Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *AJ pénal*, 2006, p. 197 ; ; Jean-Paul Philippe, « La lutte contre la corruption, le point de vue du policier à partir du retour d'expériences de plusieurs enquêtes », *D.*, 2008, p. 1093.

apparus et ont pu être constatés dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique »¹⁰¹. La corruption est également difficile à prouver parce que les faits du corrupteur sont incriminés. Ainsi, ni le corrupteur ni le corrompu n'ont d'intérêt à divulguer leur pacte de corruption.

98. Ces caractères de la corruption conduisent les législateurs français et koweïtien à constituer un arsenal juridique afin de renforcer la lutte contre la corruption. Les droits français et koweïtien contiennent ainsi un ensemble de moyens pour atteindre l'objectif d'une lutte efficace et effective contre le phénomène de corruption. Pour cela, notre recherche se concentre sur l'incrimination de corruption et la facilitation des éléments de preuve, et exclut la peine.
99. Cependant, au regard des principes fondamentaux en droit français et koweïtien, certains de ces moyens interrogent. Ils sont alors caractérisés par l'expression « à l'épreuve de » qui peut signifier deux situations. D'une part, elle signifie la capacité de résister, les moyens de lutte contre la corruption respectant les exigences de principes fondamentaux. D'autre part, elle désigne une situation difficile à supporter, les moyens de lutte contre la corruption ignorant les exigences de principes fondamentaux.
100. C'est toute la problématique de cette étude que de mettre à l'épreuve, par rapport aux principes fondamentaux, les moyens de lutte contre la corruption qui visent à incriminer ou faciliter l'incrimination de fléau de corruption.
101. Certes, la corruption doit être combattue par la prévention et la répression, notamment parce qu'elle porte atteinte à la probité, à l'égalité des citoyens, parce qu'elle menace la confiance dans l'État et, par conséquent, nuit à la stabilité de l'État. La corruption est ainsi « la tentative la plus efficace pour démolir un État de droit »¹⁰² dans lequel les droits et libertés fondamentaux sont garantis. À ce stade, l'incrimination de corruption entre, comme tous les faits punis qui menacent les droits et libertés, dans le « paradoxe pénal »¹⁰³. Comme le souligne Mireille Delmas-Marty, « le droit pénal semble tout à la fois protection et menace pour les libertés et les droits fondamentaux. [...]. Il en résulte que le principal effet de la prise en compte des libertés et droits fondamentaux dans le champ pénal s'analyse en une limitation de la répression, véritable encadrement du droit pénal par le jeu des libertés et droits fondamentaux »¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cass. crim., 6 mai 2009, pourvoi n° 08-84.107, inédit ; Christine Courtin, « Prescription de l'action publique », *Rép. pén.*, octobre 2015 (actualisation : juin 2016), n° 69.

¹⁰² Mireille Delmas-Marty et Stefano Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, p. 696.

¹⁰³ Mireille Delmas-Marty, « Le paradoxe pénal », in Mireille Delmas-Marty et Claude Lucas de Leysac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Edition du Seuil, 1996, p. 368.

¹⁰⁴ *Ibid.*

102. En effet, en droit français comme en droit koweïtien, certains moyens de lutte contre la corruption ne respectent pas les principes fondamentaux alors que certains les respectent, ou au moins les limitent de manière acceptable. C'est ce que nous voudrions démontrer dans une approche comparative.

II. LA METHODE

103. Cette étude est une étude comparative qui met en lumière la lutte contre la corruption à l'épreuve des principes fondamentaux dans les droits français et koweïtien.
104. En dehors du fait que l'étude comparative permet une meilleure connaissance en général, elle permet aussi au juriste une meilleure compréhension de son droit dont les caractères particuliers se dégagent mieux au vu d'une comparaison avec l'étranger »¹⁰⁵. Cet intérêt est, de plus, alimenté et justifié par le fait que le système pénal koweïtien est historiquement inspiré par la conception française¹⁰⁶. De la sorte, les principes qui gouvernent le droit pénal et la procédure pénale sont quasiment semblables. En matière de corruption, la comparaison est justifiée par le fait que les droits français et koweïtien font preuve d'un certain rapprochement en matière de droit de fond et de procédure, malgré le décalage sur certains points. Si notre étude aborde les points de convergence et de divergence des deux droits en matière de corruption, c'est pour mieux confronter les dispositions nationales aux principes fondamentaux. Le choix de la France s'explique par la riche situation de son droit à propos des principes fondamentaux. À ce titre, il convient de noter que les systèmes juridiques, français et koweïtien, reposent sur la conception de la hiérarchie des normes. Celle-ci prend son sens par l'existence des instances, française et koweïtienne, qui contrôlent la conformité des lois avec les principes fondamentaux.
105. Une étude comparative nécessite une analyse comparative non seulement entre la loi nationale et la loi étrangère mais aussi entre les jurisprudences. Cette analyse sera opérée. En raison des langues différentes, nous traduisons le droit koweïtien en transférant le sens équivalent.

III. LE PLAN

106. Dans notre étude, la lutte contre la corruption est accentuée par deux mouvements qui intéressent la politique d'incrimination et les modes de preuve.
107. D'une part, il s'agit de la construction de textes d'incrimination qui reflètent l'ampleur du phénomène de corruption. Cela signifie que la volonté de réprimer efficacement pousse le législateur à adopter des textes

¹⁰⁵ Marc Ancel, *Utilité et méthode du droit comparé : Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel Editions Ides et calendes, 1971, p. 9 et suiv. ; V. aussi, Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, 4e édition, Dalloz, 2016, p. 10 et suiv.

¹⁰⁶ Naguib Hosni, « La législation pénale dans le monde arabe », *RSC*, 1967, p. 795 ; *supra* n° 34.

d'incrimination permettant de couvrir toutes les hypothèses de corruption. Parfois, la jurisprudence traduit cette volonté en s'extrayant des règles traditionnelles. À ce stade, le législateur intervient pour remédier à la situation. Il fait preuve d'un comportement exemplaire de sorte que l'incrimination de corruption respecte les principes fondamentaux. En revanche, la volonté de réprimer efficacement prend un sens inverse. Le législateur crée des textes d'incrimination qui peuvent avoir un lien assez distendu avec la corruption *stricto sensu*. Cette méthode va à l'encontre du respect des principes fondamentaux. Il existe donc une politique d'incrimination paradoxale à l'égard des principes fondamentaux (Première partie).

108. D'autre part, en raison de la difficulté probatoire de la corruption, le processus de lutte contre la corruption se concentre sur la facilitation de la preuve. Pour ce faire, les procédures en matière de corruption sont marquées par le recours à des méthodes non traditionnelles. Nous les qualifions ainsi parce qu'elles interviennent dans une phase préalable à la procédure pénale d'un côté, et parce qu'elles sont techniquement particulières en matière de preuve pénale d'un autre côté. La particularité de ces procédures a pesé sur les principes fondamentaux. La difficulté est réelle. Les dispositions proposées tant par le droit français que le droit koweïtien sont perfectibles (Deuxième partie).

PREMIERE PARTIE.

**UNE POLITIQUE D'INCRIMINATION PARADOXALE A
L'EGARD DES PRINCIPES FONDAMENTAUX**

109. En affrontant les principes fondamentaux, l'incrimination de corruption prend deux formes contradictoires. L'une paraît respectueuse des principes fondamentaux tandis que l'autre les néglige.
110. La corruption porte atteinte à la valeur de probité. Celle-ci peut se définir juridiquement comme « une règle de conduite d'essence morale faisant l'objet d'une contrainte extérieure et ayant pour finalité de maintenir l'ordre »¹⁰⁷. Elle constitue ainsi un devoir pour les personnes qui sont obligées d'accomplir un acte précis ou exercent une fonction indépendamment du domaine de cette fonction¹⁰⁸. Le rôle du droit pénal est ainsi de protéger la probité contre l'atteinte grave à celle-ci parce qu'elle cause réellement ou potentiellement un dommage. L'importance de la finalité de la probité et la gravité de son atteinte justifient la restriction de libertés et de droits engendrée par l'interdit pénal et la sanction qui y'est attachée. À ce stade, l'incrimination de corruption satisfait alors le principe de nécessité de l'incrimination.
111. Dès lors que la nécessité de l'incrimination est précisée, le principe de légalité criminelle joue son rôle. Il doit traduire l'importance de l'incrimination en précisant clairement, d'une part, les comportements punissables qui causent réellement ou potentiellement le dommage et, d'autre part, les sanctions les mieux adaptées.
112. Les textes relatifs à la corruption, dont la constitution peut prendre diverses formes, délimitent, en droit français comme en droit koweïtien, ces éléments constitutifs de manière exhaustive mais aussi de manière respectueuse du principe de légalité criminelle. Ainsi, le sujet et l'objet de la corruption ne posent aucune difficulté dans leurs interprétations. En outre, la délimitation de l'incrimination prend en compte le caractère occulte de la corruption. En conséquence, les droits français et koweïtien créent un régime dérogatoire au droit commun de prescription de l'action publique pour que la corruption n'échappe pas à la répression. En cela, cette dérogation ne porte pas atteinte aux principes fondamentaux ; elle est justifiée.
113. Mais les faits corruptifs sont difficiles à établir, notamment lorsque le pacte de corruption est conclu. Pour que la corruption passive et active soit réprimée, il faut donc qu'un lien de causalité entre l'avantage indu et l'acte de fonction soit établi. Il faut prouver que l'avantage corruptif est la contrepartie d'un acte

¹⁰⁷ Jean-Marie Brignant, *Contribution à l'étude de la probité*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2012, p. 103.

¹⁰⁸ A ce propos, il ne faut pas confondre, comme le fait le Code pénal français, le devoir de probité, dans son sens général, et les infractions qui sont classées dans une section intitulée « manquements au devoir de probité ». Car, en ce qui concerne la corruption *stricto sensu*, le Code pénal français limite le manquement au devoir de probité à la corruption passive qui est commise par un agent public national, alors que le manquement à la probité peut comprendre toutes les formes de corruption active, passive, nationale, internationale, publique, privée, etc.

entrant dans la fonction de corrompu. Il faut prouver encore que l'acte de la fonction accompli par le corrompu est la contrepartie de l'avantage corruptif. Quelle que soit l'hypothèse, la preuve de ce lien de causalité est difficile à apporter.

- 114.** Cette difficulté conduit les législateurs français et koweïtien à contourner l'incrimination de corruption dans certains domaines du secteur public, dans lesquels la dangerosité de la corruption est élevée. Ils recourent ainsi à d'autres infractions afin de protéger le même bien juridique que les infractions de corruption protègent, celui de la probité. Il s'agit d'un contournement parce que le lien de causalité entre l'avantage corruptif et l'acte de la fonction n'est plus exigé pour constituer le comportement incriminé. Le fait de prouver l'avantage ou l'acte entrant dans la fonction est suffisant pour établir de la responsabilité. Ou encore, parce que l'avantage enrichissant l'agent public est simplement présumé illicite par un fait corruptif. Il en résulte que la preuve est, dans ces infractions, plus facile à apporter que les infractions de corruption. On trouve ce contournement dans les incriminations de favoritisme, de prise illégale d'intérêts et d'enrichissement illicite qui constituent, en fait, des formes modifiées de la corruption *stricto sensu* pour en contourner la difficulté probatoire.
- 115.** Or, ce contournement de l'incrimination de corruption s'écarte du respect des principes fondamentaux que l'incrimination de corruption satisfait. D'une part, les éléments composants des infractions de favoritisme et de prise illégale d'intérêts supposent la corruption sans exiger le lien de causalité entre l'acte de la fonction et l'avantage indu. Cette supposition de l'atteinte à la probité néglige donc le principe de nécessité de l'incrimination. D'autre part, l'infraction d'enrichissement illicite, qui autorise la présomption de culpabilité, permet de punir la corruption. Le fait de ne pas pouvoir justifier l'avantage est ainsi suffisant pour établir la responsabilité pénale. Cette présomption de culpabilité néglige alors le principe de présomption d'innocence. À ce propos, comme nous le verrons ci-dessous, les droits koweïtien et français ne sont pas identiques par rapport à la façon de contourner l'incrimination de corruption. Mais, par ce contournement, leur négligence des principes fondamentaux est proche.
- 116.** Nous analysons la politique d'incrimination de corruption par la délimitation de l'incrimination de corruption respectant les principes fondamentaux (Titre I) et le contournement de l'incrimination de corruption qui néglige ces mêmes principes (Titre II).

TITRE I.

LA DELIMITATION DE L'INCRIMINATION DE CORRUPTION EN RESPECT DES PRINCIPES FONDAMENTAUX

117. L'incrimination précise et claire de corruption constitue l'un des mécanismes importants de l'État de droit¹⁰⁹. Cette incrimination doit aussi traduire une volonté réelle de réprimer toutes les formes des faits corruptifs.
118. Considérant que l'État confie une partie de ses pouvoirs à certains individus et leur délègue des fonctions particulières pour s'occuper des affaires des citoyens, veiller à l'application des lois et sauvegarder l'intérêt public, l'État doit aussi garantir la répression en cas d'abus de pouvoir, d'abus de confiance, de corruption et de trafic d'influence. En cela, l'incrimination de corruption repose sur la protection de la probité, l'impartialité et l'indépendance de la fonction publique. Elle était et est encore une manière classique d'éradiquer les opérations « d'achat-vente de pouvoirs - matériels ou intellectuels, réels ou supposés - réalisée sur un marché noir, et à l'issue de laquelle chacun des participants espère y trouver son compte, au détriment d'autres individus, touchés par les effets de ce marché »¹¹⁰. Il s'agit de la protection contre la perte de confiance envers l'État d'une part et de la consolidation de la justice et de l'égalité entre les citoyens d'autre part.
119. En raison du phénomène de corruption qui apparaît aujourd'hui comme « la tentative la plus efficace pour démolir un État de droit »¹¹¹, cette dangerosité renforce son incrimination de trois façons.
120. D'une part, les extensions du rôle de l'État, la multiplication des modes d'intervention de la puissance publique et l'évolution de la qualité de ses agents contribuent à multiplier les secteurs dans lesquels la corruption peut trouver une place. Dès lors, la définition exacte des représentants de l'intérêt de l'État est nécessaire pour l'extension de l'incrimination de corruption.
121. D'autre part, le rôle accru du secteur privé joue un rôle important en matière de corruption. L'accroissement des échanges économiques des entreprises dans la sphère nationale et internationale a conféré au secteur privé un pouvoir véritable¹¹². Il en résulte que le trafic de ce pouvoir n'est pas moins dangereux que le trafic de la fonction publique. L'extension de l'incrimination de corruption dans ce secteur doit être appliquée pour lutter contre la dangerosité de la corruption.

¹⁰⁹ Kruk Maria, « Progrès et limites de l'Etat de droit », *Pouvoirs*, 3/2006, n° 118, p. 73.

¹¹⁰ Francis Baillet, « Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires ; État des risques - Moyens de les prévenir », *Gaz. pal.*, 25 mars 2006, n° 84, p. 2.

¹¹¹ Mireille Delmas-Marty et Stefano Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, p. 696.

¹¹² Anne-Laure Amilhat Szary, « La prise de position des acteurs privés dans la gouvernance territoriale : enjeux, opportunités, risques », in Anne-Laure Amilhat Szary (dir.), *Les acteurs privés dans la gouvernance: firme et territoire en Amérique latine*, Institut de recherche et débat sur la gouvernance, 2010, p. 6.

- 122.** Enfin, si l'objectif de l'incrimination de corruption consiste à éviter que les représentants de l'État marchandent la fonction publique ou ceux qui ont une qualité précise dans le secteur privé, la répression du corrupteur peut être secondaire ou non dans la lutte contre la corruption. Mais, au regard de la dangerosité de la corruption, le but de la lutte efficace contre la corruption ne peut pas être atteint sans être encadré par un environnement contribuant à ne pas permettre à autrui de proposer la corruption. C'est pourquoi l'efficacité de la lutte contre la corruption se manifeste non seulement par la répression du corrompu mais aussi par la répression du corrupteur. Autrement dit, l'élimination de tout corrompu requiert nécessairement l'élimination de tout corrupteur. Ainsi la modalité de sa répression est variable. Certains systèmes juridiques le répriment comme complice, certains le répriment comme auteur et d'autres le répriment comme coauteur. Les systèmes juridiques qui choisissent la modalité de réprimer le corrupteur comme complice peut, comme on va le voir, rencontrer des cas où les règles de complicité ne sont pas appropriées pour réprimer le corrupteur. Les droits français et koweïtien prennent en considération cet inconvénient en adoptant les modalités qui étendent l'incrimination à toutes les parties au pacte de corruption et tous ceux qui proposent ce pacte.
- 123.** Cette politique d'extension de l'incrimination qui concerne les participants à la corruption est inhérent au mouvement de délimitation. Autrement dit, l'extension doit être mesurée par le fait de délimiter précisément et visiblement qui peut être le corrompu et délimiter la modalité appropriée de répression du corrupteur. Cette corrélation entre l'extension et la délimitation vise à permettre que l'incrimination de corruption respecte le principe de la légalité criminelle. Ainsi notre étude se concentre dans un premier chapitre sur la délimitation des participants à la corruption qui sont le sujet de l'incrimination de corruption (chapitre I).
- 124.** D'un autre côté, le respect des principes fondamentaux est étendu à l'objet de l'incrimination de corruption, c'est-à-dire à la substance de l'incrimination. Ce respect résulte de la compréhension de deux éléments contradictoires. Il s'agit, d'une part, de la multiplication des formes et hypothèses de corruption, et d'autre part de l'obligation de se conformer au principe de la légalité criminelle par respect des précisions de l'incrimination. Les auteurs de corruption exploitent d'ailleurs ce paradoxe pour constituer l'objet de corruption et échappent à la répression. Ils peuvent contourner les précisions du texte pénal par des comportements qui ne constituent pas apparemment un fait de corruption. Mais, les législateurs français et koweïtien dépassent cette difficulté. Ils tiennent compte des formes diverses de corruption qui peuvent faire obstacle à la répression. De plus, la dissimulation de l'objet de corruption qui donne au phénomène de corruption le caractère occulte est soumise à un traitement particulier pour lutter efficacement contre la corruption.

125. Ainsi, à l'instar de la délimitation du sujet de l'incrimination de corruption, nous démontrons que la prise en compte des caractères et des formes diverses du phénomène de corruption va de pair avec le respect des principes fondamentaux (chapitre II).

CHAPITRE I.

LE SUJET DE L'INCRIMINATION DE CORRUPTION

126. Afin que le principe de légalité criminelle ne fasse pas obstacle à la répression de corruption, les droits français et koweïtien précisent, de manière mesurée, les règles d'interprétations de la qualité de corrompu et les règles d'incrimination du corrupteur.
127. Pour Chauveau et Hélie, la corruption est le crime du fonctionnaire qui profite de son autorité pour effectuer ou non un acte dans le cadre de ses fonctions¹¹³. Dans cette définition, le fonctionnaire est seul à être sujet de l'incrimination de corruption ; l'infraction ne viserait alors que l'agent du secteur public.
128. Les auteurs actuels sont davantage circonspects lorsqu'il faut donner une définition de la corruption et ils préfèrent en général de cerner vaguement la notion. Tel est le cas de la définition proposée par Jean Pradel et Michel Danti-Juan qui considèrent que « la corruption est un agissement par lequel une personne investie d'une fonction déterminée, publique ou privée, sollicite ou accepte un don, une offre ou une promesse en vue d'accomplir, de retarder ou de ne pas accomplir un acte entrant dans le champ de ses fonctions »¹¹⁴. Il y a extensions des champs d'application. Il s'agit alors d'étendre l'incrimination de corruption à d'autres secteurs que le secteur public. Cette extension est considérée comme une réponse nécessaire non seulement à la lutte contre la corruption en quelque domaine que ce soit, mais aussi au respect du principe de légalité criminelle.
129. En effet, en droit pénal, les individus corrompus et les corrupteurs ne peuvent être condamnés qu'en vertu d'un texte législatif précis et clair. Par exemple, si la corruption dans le secteur privé n'est pas incriminée, le principe de légalité criminelle ne permet pas que l'incrimination de corruption d'un fonctionnaire puisse s'étendre à un corrompu relevant du secteur privé. La notion de fonctionnaire qui appartient au droit public a une signification précise et différente de celle d'employé qui, lui, appartient au droit privé.
130. Ainsi, le législateur, seul compétent pour créer les infractions, doit en préciser le champ d'application. En outre, cette délimitation doit être précisée de manière à ce que le juge pénal puisse appliquer au mieux, le plus strictement possible, le texte pénal à chaque cas de corruption sans qu'il ait besoin d'intervenir à la place du législateur en créant une nouvelle incrimination. Pour ce faire, les législateurs français et koweïtien consacrent, dans l'incrimination de corruption, une identification originale pour la qualité de corrompu. Originale car elle ne concerne que le droit pénal et le juge pénal. C'est-à-dire qu'elle n'est ni

¹¹³ Adolphe Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du code pénal*, Tome II, 3^e édition, 1852, p. 578.

¹¹⁴ Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 7^e édition, CUJAS, 2017, p. 726.

une définition connue hors la matière pénale ni transposable à une autre matière. Cette consécration originale de la qualité de corrompu est nécessaire pour à la fois respecter le principe de légalité criminelle et lutter contre la corruption (Section I).

- 131.** Par ailleurs, la corruption est une infraction qui suppose qu'aient été accomplis des actes frauduleux et ce par deux personnes agissant de concert¹¹⁵. C'est ce qu'on appelle le pacte de corruption qui unit, ou du moins vise à unir¹¹⁶ deux volontés délictuelles tendant à la corruption. L'existence d'un corrompu requiert ainsi nécessairement l'existence d'un corrupteur. C'est pourquoi l'incrimination de corruption doit s'étendre à celui-ci. Néanmoins, s'il n'y a pas de définition requise pour le corrupteur qui peut être quiconque, sa répression peut soulever des problèmes car plusieurs modalités incriminent ses comportements : il peut être réprimé en tant qu'auteur principal, coauteur ou complice. Même si, sur ce point, les droits français et koweïtien affichent une divergence, ils convergent en ce qui concerne l'adoption d'une modalité garantissant la répression du corrupteur en respectant le principe de légalité criminelle (Section II).

¹¹⁵ Michel Véron, *Droit pénal spécial*, 16e édition, Sirey, 2017, p. 428.

¹¹⁶ Car, comme nous le verrons, l'infraction de corruption peut être constituée par la réalisation achevée du pacte de corruption ou par la tentative de réaliser ce pacte sans qu'il doive s'achever.

SECTION I.

LA CONSECRATION ORIGINALE DE LA QUALITE DE CORROMPU

- 132.** Pour une lutte efficace contre la corruption, la définition du sujet de la corruption est importante. C'est la définition qui précise le champ d'incrimination de corruption. Par exemple, si un corrompu ne relève pas de la fonction publique, ses comportements ne sont pas réprimés selon l'incrimination de la corruption publique. Partant de ce constat, la définition de la qualité de corrompu constitue la clé de l'incrimination de corruption.
- 133.** Tout d'abord il convient de rappeler que la lutte contre la corruption visait à l'origine à protéger l'État contre les agents qui trahissent sa confiance. C'est pourquoi le premier Code pénal français de 1791 incriminait la corruption dans la Section V (cf. Deuxième partie du Titre premier), consacrée aux « crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont confiés ». Il en va de même pour les infractions de corruption au sein du premier Code pénal koweïtien de 1960 qui consacre un chapitre aux « infractions relatives aux actions des agents publics ».
- 134.** Mais l'accroissement de l'intervention de l'État dans l'administration de la vie publique produit une diversité de qualités et de statuts de ses agents. À chaque agent peut correspondre une définition précise et un statut particulier. Cette diversité doit se refléter dans la définition des personnes qui sont le sujet de l'incrimination de corruption. Autrement dit, la définition du sujet de la corruption doit permettre que l'incrimination de corruption ne soit pas entravée par le manque de précision législative de ce qui peut être corrompu.
- 135.** Ensuite, l'importance croissante que le secteur privé prend dans la vie publique rend celui-ci comparable au rôle de l'État. Si l'incrimination de corruption dans la fonction publique a pour objet de garantir l'égalité des citoyens devant l'État, elle a, dans le secteur privé, pour objet de garantir l'égalité devant l'activité économique. La consécration du sujet de corruption privée doit donc être délimitée de manière exhaustive mais en même temps respectueuse du principe de la légalité criminelle.
- 136.** Enfin, le développement des échanges internationaux et du commerce international jouent un rôle important dans la délimitation du sujet de l'incrimination de corruption. De ce fait, une nouvelle incrimination pour ce secteur international est nécessaire. Dans ce domaine, l'auteur n'est ni un agent public ni un agent privé, ce qui doit conduire à créer une nouvelle catégorie d'auteurs.

137. De nos jours, plusieurs modifications législatives en France et une importante révision au Koweït ont été apportées à la répression du phénomène de corruption. La plupart de ces modifications visent deux objectifs : le premier concerne le fait d'élargir le champ d'application de la répression de corruption¹¹⁷, et le deuxième concerne le fait d'adopter les définitions de la qualité du corrompu afin que la lutte contre la corruption soit délimitée conformément au principe de légalité criminelle. Chaque fois qu'une modification ou une création du droit en la matière a eu lieu, la consécration de la qualité du corrompu prend un caractère original. Grâce à ce caractère, l'incrimination de corruption peut s'étendre à toutes les personnes impliquées dans les affaires corruptives sans interprétation excessive de leurs identifications. Cela apparaît dans l'identification de corrompu dans la fonction publique (§ 1) et dans l'identification de corrompu hors fonction publique (§ 2).

§ 1. L'IDENTIFICATION DE CORROMPU DANS LA FONCTION PUBLIQUE

138. En droit français, l'article 432-11 et l'article 433-1 du Code pénal de 1994 définissent le corrompu comme la « personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public ». En droit koweïtien, l'article 43 de la loi n° 31/1970 portant modification de certaines dispositions du Code pénal¹¹⁸ prévoit que les fonctionnaires qui seraient auteurs de la corruption sont : « 1- les agents, les préposés et les employés dans l'intérêt du gouvernement ou placés sous sa dépendance ou son contrôle ; 2- les membres des parlements généraux ou locaux, qu'ils soient élus ou nommés ; 3- les arbitres, les experts, les syndics de la faillite, les liquidateurs et les séquestres judiciaires ; 4- toute personne en charge d'un service public ; 5- les membres des conseils d'administration, les gestionnaires, les personnels, les employés des institutions, des entreprises, des associations ou des organisations si l'État ou l'un des organismes publics participent à leurs capitaux à n'importe quel titre ».

139. Ces définitions détaillées en droits français et koweïtien de la personne susceptible d'être corrompue sont le résultat des aléas qu'a connus l'incrimination de la corruption, notamment en matière de définition de la qualité de la personne susceptible d'être corrompue. D'un côté, elles essaient de ne pas permettre qu'un fait de corruption soit impuni en raison du manquement de fondement clair pour la qualité de son auteur. D'un autre côté, ces définitions expliquent une histoire du respect du principe de la légalité criminelle et de son corollaire de l'interprétation stricte de la loi pénale dans l'ancienne incrimination de corruption

¹¹⁷ V. en France : Marc Segonds, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *D.*, 2008, p. 1068 ; Au Koweït : Abdulwahab Houmed, « {La corruption dans la législation koweïtienne} », *Revue de Droit*, Université de Koweït, Volume I, 1977, p. 11.

¹¹⁸ *JOK*, n° 787, l'année seizième, 26 juillet 1970, p. 6.

prévue dans les codes français de 1791 et 1810 et dans le code koweïtien de 1960. Il s'agissait du fait que les législateurs français et koweïtien ont opéré des modifications sur la notion de l'agent public susceptible d'être corrompu pour fonder son identification. Car les jurisprudences française et koweïtienne définissaient, au nom de la règle de l'autonomie du droit pénal, le statut de l'agent public de manière large. Ainsi, nous parlerons de l'identification évolutive du corrompu (A).

140. En outre, les définitions actuelles du corrompu précitées peuvent prouver l'originalité de la définition de la qualité de corrompu. Les législateurs français et koweïtien ne limitent pas l'interprétation de « l'agent public » par une définition stricte ou une définition relevant du droit public qui gouverne le statut de l'agent public. Ils octroient en faveur du juge pénal une définition originale qui permet à celui-ci de fonder son interprétation sur un fondement pénal. Cette originalité est consacrée en vue d'une application large de l'incrimination de corruption, mais avant cela, afin de respecter le principe de la légalité criminelle et de son corollaire de l'interprétation stricte. Nous traiterons donc l'autonomie octroyée au juge pénal pour définir la qualité de corrompu (B).

A. L'identification évolutive du corrompu

141. Les acteurs relevant de la fonction publique peuvent prendre plusieurs dénominations, statuts, définitions, etc. Cette diversité s'explique par les évolutions de la modalité de l'administration de l'État et de son intervention dans les affaires publiques. La multiplication des agents publics est aussi apparue dans l'identification de la qualité du corrompu.
142. Pour démontrer l'évolution de l'identification du corrompu, il convient de traiter la définition de corrompu dans l'incrimination primitive de corruption prévue aux droits pénaux français et koweïtien. Ainsi, nous démontrerons d'une part la définition du corrompu dans le premier Code pénal français de 1791 et le premier Code pénal koweïtien de 1960 (1). Nous révélerons d'autre part les modifications opérées sur la définition du corrompu dans le Code pénal français de 1810 et dans la loi koweïtienne n° 31/1970 portant modification du Code pénal koweïtien (2).

1. Le corrompu dans les codes pénaux primitifs

143. Au début, les législateurs koweïtien et français ont utilisé des définitions simples de la personne susceptible d'être corrompue.
144. En France, l'incrimination de corruption figure à la Section V du Code pénal français de 1791 intitulée « Les crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont confiés ». Ainsi, l'article 8 de cette section prévoit que « tout fonctionnaire, tout citoyen placé sur la liste des jurés, qui sera convaincu d'avoir, moyennant argent présent, ou promesse, trafiqué de son opinion ou de l'exercice

du pouvoir qui lui est confié, sera puni de la peine de la dégradation civique ». Par ailleurs, puisque cette section ne concerne que les fonctionnaires publics, le législateur français a créé une catégorie spéciale. Il s'agit de l'article 7 de la Section V du Code pénal français de 1791 qui prévoit que « tout membre de la législature qui sera convaincu d'avoir, moyennant argent, présent ou promesse, trafiqué de son opinion, sera puni de mort ». De même, l'article 9 souligne que « tout juré, après le serment prêté, tout juge criminel, tout officier de police en matière criminelle, qui sera convaincu d'avoir, moyennant argent, présent ou promesse, trafiqué de son opinion, sera puni de la peine de vingt années de gêne ».

145. Il semble que le législateur de 1791 ait apporté des précisions à l'incrimination de corruption en définissant explicitement certains agents afin de garantir que ceux-ci entrent dans le champ d'application de l'incrimination de corruption. Ainsi, les termes « membre de la législature », « juge criminel », « officier de police en matière criminelle » et « jurés » montrent que sont visées des catégories de personnes n'étant peut-être pas foncièrement des fonctionnaires publics¹¹⁹. Cette accentuation par le fait d'ajouter des agents précis sous une section consacrée aux fonctionnaires publics indiquait à l'époque, que la notion de fonctionnaire public ne peut pas inclure ces agents. La définition de fonctionnaire public ne concernait que les agents supérieurs dépositaires d'une portion de l'autorité publique¹²⁰. En outre, la période du Code pénal de 1791 était celle de l'application restrictive du principe de légalité pénale¹²¹. Par conséquent, sans précision explicite du législateur sur la définition de « juge criminel » ou de « membre de la législature », la jurisprudence ne pouvait pas interpréter les notions extra-pénales de manière autonome. Dès lors cette démarche correspond à un abandon de l'interprétation stricte, principe issu du principe de légalité¹²².

146. En droit koweïtien, la situation n'est pas si différente. En effet, de la même manière, l'incrimination de corruption a été limitée à la fonction publique. L'article 114 du Code pénal de 1960 prévoit que « tout fonctionnaire public sollicite ou accepte, pour lui ou pour un tiers, argent, avantage ou promesse... ». En ce qui concerne la notion de « fonctionnaire », le droit pénal koweïtien n'apporte pas de définition précise.

¹¹⁹ Il convient de mentionner que même en droit public le sens du mot « fonctionnaire » est difficile à déterminer. Pour le discerner, aucun critère général et absolu n'existe. V. Henry Nézard, *Eléments de droit public*, 6e édition, Librairie Arthur Rousseau, 1938, p. 114.

¹²⁰ V. Émile Garçon, *Code pénal annoté*, Tome I, Art. 1 à 294, Recueil Sirey, 1952, p. 692.

¹²¹ Claudia Ghica-Lemarchand, « L'interprétation de la loi pénale par le juge », in *Colloques du Sénat, L'office du juge*, Colloque organisé par le Professeur Gilles Darcy, le Doyen Véronique Labrot et Mathieu Doat, Vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, p. 168: « Les auteurs classiques appliquaient strictement ce principe en matière pénale. Ainsi, Portalis déclarait qu'en matière criminelle, il faut des lois précises, point de jurisprudence, rejoignant Beccaria qui affirmait, pour sa part, que les juges ne peuvent pas interpréter la loi, car ils ne sont pas législateurs ».

¹²² Jean Pradel, *Droit pénal général*, 21e édition, CUJAS, 2016, p. 230.

147. Force est de constater que les notions employées par les deux législateurs sont assez restreintes. Elles indiquent en quelque sorte que la délimitation de la qualité des personnes concernées se réalise essentiellement par le recours à des droits autres que le droit pénal, tels que notamment le droit public et administratif. Cette démarche d'interprétation est adaptée au principe de légalité criminelle.
148. Cependant, les droits public et administratif français et koweïtien n'ont pas donné une définition générale et absolue du fonctionnaire¹²³. « La notion du fonctionnaire doit être regardée comme essentiellement relative. Un agent n'est pas fonctionnaire en général ; il est fonctionnaire au regard d'un certain texte ou d'une certaine règle et, dans les différents cas, les définitions dégagées, même si elles ont des points communs, peuvent ne pas coïncider »¹²⁴. À cette occasion, les jurisprudences pénales tant françaises que koweïtiennes ne se sont pas engagées dans le recours au droit non pénal pour interpréter le mot « fonctionnaire ». Autrement dit, la notion abstraite de « fonctionnaire » proposée par le législateur n'implique pas de prendre en compte la signification qu'elle a dans d'autres branches du droit. Les jurisprudences ont préféré s'appuyer sur la règle dite de l'autonomie du droit pénal¹²⁵. Cette indépendance de l'interprétation de la qualité de corrompu, relevant de la jurisprudence, ne traduit apparemment pas le respect de l'application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale.
149. En général, l'absence de critères concertés pour la notion de fonctionnaire au sein du droit public a permis aux juges pénaux de partager la définition de fonctionnaire avec les juridictions administratives. Cette absence de critères a été le point de départ de discussions sur le phénomène de l'autonomie du droit pénal.
150. Ainsi, les jurisprudences ont eu un terrain pour refléter la rébellion contre l'interprétation stricte de la loi pénale. Citons par exemple la Cour d'appel suprême koweïtienne qui a considéré que l'employé de l'institution de *Koweït Airways*¹²⁶ est un fonctionnaire selon l'article 114 du Code pénal du 1960 incriminant la corruption. En l'espèce, elle s'est fondée sur le fait que la loi du 21 mars 1965 relative à l'organisation de l'institution de *Koweït Airways* attribue à l'État la gestion directe de cette entité, et que par conséquent tout personnel de cette entité est considéré comme fonctionnaire et soumis à

¹²³ Azizah Alsharif, *{Responsabilité de l'agent public au Koweït}*, 1^e édition, Université de Koweït, 1997, p. 14 ; Adel Altabtabaei, *{Droit de la fonction publique}*, 3^e édition, Université de Koweït, 1998, p. 31 et suiv. ; V. *infra* n° 166 et suiv.

¹²⁴ Jean-Bernard Auby, Jean-Pierre Didier, Antony Taillefait et Jean-Marie Auby, *Droit de la fonction publique*, 6^e édition, Dalloz, 2009, p. 39.

¹²⁵ V. Robert Vouin, « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *D.*, 1947, p. 81 ; Robert Legros, « Essai sur l'autonomie du droit pénal », *RPDP*, 1956, p. 143.

¹²⁶ Kuwait Airways était une entreprise privée. En 1955, le gouvernement koweïtien a acheté 50% de ses actions. Puis en 1965, il a acheté toute l'entreprise et l'a transférée à une institution publique selon la loi du 21 mars 1965. V. le site : http://www.kuwait-airport.com.kw/dgca/history_a.htm

l'incrimination de corruption¹²⁷. En effet, cette interprétation large de la notion de fonctionnaire n'est pas une invention du juge pénal koweïtien. Ce dernier l'a tirée de l'une des définitions proposées par le droit administratif koweïtien pour l'étendre à l'incrimination de corruption¹²⁸.

151. Pourtant, même si le juge pénal peut bénéficier des définitions présentes dans d'autres branches du droit, il y a encore beaucoup de cas où l'individu corrompu ne peut être qualifié de fonctionnaire. C'est pourquoi les législateurs koweïtien et français ont essayé, au travers de différentes modifications du Code pénal, de délimiter la notion de « corrompu » en clarifiant son identification.

2. Le corrompu dans les modifications des codes pénaux

152. Pour ce qui est du Code pénal français de 1810, l'article 177 définit le « corrompu » comme étant « tout fonctionnaire public de l'ordre administratif ou judiciaire, tout agent ou préposé d'une administration publique ».
153. En comparant cette nouvelle définition avec l'ancienne, nous pouvons émettre deux remarques. La première est que le législateur a commencé à considérer que l'expression « fonctionnaire » utilisée par le Code de 1791 n'était pas en mesure de protéger le corps social contre la corruption. Il a donc dépeint des caractéristiques générales dans la nouvelle définition afin d'élargir l'interprétation de la qualité de corrompu. Ainsi, celle-ci n'est plus limitée à l'ordre administratif et s'applique désormais à l'ordre judiciaire. Comme le souligne Garraud, « la loi, dans l'article 177, a sans doute employé des expressions générales [...] afin d'atteindre les coupables jusque dans les degrés les plus infimes de l'ordre administratif ou judiciaire »¹²⁹. De plus, le législateur donne à cette notion un concept original de sorte que l'ordre judiciaire ainsi que les préposés d'une administration publique entrent dans la définition de fonctionnaire. Par conséquent, à l'occasion de la délimitation du concept de fonctionnaire, le législateur aborde pour la première fois la question de l'autonomie du droit pénal.
154. La seconde remarque est liée au fait que le législateur n'a pas adopté un concept précis pour établir la notion de fonctionnaire susceptible d'être corrompu. En droit de la fonction publique, pour que l'agent soit un fonctionnaire, coexistent plusieurs théories. Tantôt cela suppose un rattachement de l'agent à une activité d'intérêt général ou à un service public (c'est ce qui s'appelle la définition organique), tantôt cela

¹²⁷ Koweït, Cour suprême d'appel, 22 novembre 1966, n° 410/66, cité par Hassan Sadiq Almorsafaoui, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, Almaktab Alsharqui, Liban, 1969, p. 18.

¹²⁸ Pour la multiple notion du mot « fonctionnaire » en droit public koweïtien, V. Azizah Alsharif, *{Responsabilité de l'agent public au Koweït}*, *op. cit.*, p. 14 ; Adel Altabtabaei, *{Droit de la fonction publique}*, *op. cit.*, p. 31.

¹²⁹ René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome IV, 2e édition, Librairie de la société du recueil général, des lois et des arrêts, 1900, p. 60.

suppose que l'agent soit employé par une personne publique (c'est ce qui s'appelle la définition matérielle)¹³⁰. Dans tous les cas, le Code pénal de 1810 a choisi d'élargir, de manière originale, la liste des fonctionnaires pour éviter l'obstacle qui peut résulter du respect du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.

155. Pour ce qui est du droit koweïtien, la définition de fonctionnaire a été précisée par la loi n° 31/1970 portant modification du Code pénal koweïtien¹³¹. En effet, cette modification avait pour but d'apporter des solutions aux discordances entourant l'interprétation stricte de la notion de « fonctionnaire ». Pour cela, le législateur koweïtien a pris en considération l'évolution du droit étranger en matière de corruption¹³². Ainsi, comme l'a expliqué le rapporteur de la commission des affaires législatives, le mot « fonctionnaire public » consacré à l'article 114 du Code pénal koweïtien de 1960 ne peut revêtir toutes les hypothèses de corruption car sa définition a juridiquement un sens strict. Il convient donc de l'élargir¹³³. Dès lors, le fonctionnaire public qui est susceptible d'être corrompu entre, selon l'article 43 de la loi n° 31/1970, dans l'un des cas de la liste suivante : « 1- les agents, les préposés et les employés dans l'intérêt du gouvernement ou placés sous sa dépendance ou son contrôle ; 2- les membres des parlements généraux ou locaux, qu'ils soient élus ou nommés ; 3- les arbitres, les experts, les syndics de la faillite, les liquidateurs et les séquestres judiciaires ; 4- toute personne en charge d'un service public ; 5- les membres des conseils d'administration, les gestionnaires, les personnels, les employés des institutions, des entreprises, des associations ou des organisations si l'État ou l'un des organismes publics participent à leurs capitaux à n'importe quel titre ».
156. Nous pouvons alors constater que les législateurs français et koweïtien ont délimité le sujet « corrompu » de l'incrimination de corruption tout en respectant le principe de légalité criminelle. C'est pourquoi il n'a pu être trouvé dans le Code de 1810 des articles contenant les termes « jurés » et « juge criminel » à l'instar du Code de 1791. Dans le Code de 1810, le législateur voit que l'expression générale de « l'ordre judiciaire » est suffisante pour identifier tous agents relevant de cet ordre sans préciser tel ou tel agent. Nous pouvons également dire que cette option du législateur doit s'interpréter, dans le cadre d'une politique criminelle visant à éradiquer la corruption, comme le moyen de donner aux juges un espace de liberté pour interpréter de façon large les domaines de corruption¹³⁴. En effet, incriminer en des termes

¹³⁰ V. Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Tome V, 1^e édition, L.G.D.J, 2011, p. 10 et suiv.

¹³¹ *JOK*, n° 787, l'année seizième, 26 juillet 1970, p. 6.

¹³² Notamment le droit égyptien. V. Assemblée nationale Koweïtienne, compte rendu, séance du 11 juillet 1970, deuxième session, p. 78 et suiv.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Cette politique de précision générale a été considérée comme une forme d'abandon de la méthode littérale d'interprétation dans le Code de 1810. En ce sens, V. Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, 4^e édition, LexisNexis, 2016, p 321 et suiv. et p. 448 et suiv.

généraux ne pose en principe aucun problème relatif au principe de légalité criminelle ou à son corollaire qu'est celui de l'interprétation stricte de la loi pénale.

157. Malgré les termes généraux qu'il emploie, le législateur français ne mentionne pas, contrairement au législateur koweïtien, la personne investie de d'un mandat électif. Donc, si le juge pénal français respecte le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, l'incrimination de corruption prévue à l'article 177 du Code du 1810 ne l'inclut pas. C'est parce qu'elle n'est ni « fonctionnaire public de l'ordre administratif » ou « judiciaire » ni « agent d'une administration publique ». Cependant la jurisprudence française est allée plus loin, à tel point que le juge a remplacé le législateur en créant de nouvelles qualités de corrompu, portant dès lors atteinte au principe de légalité criminelle sous prétexte de l'autonomie du droit pénal¹³⁵. Ainsi, la Cour de Cassation a étendu les dispositions de l'article 177 du Code de 1810 qui avait défini le corrompu comme étant « tout fonctionnaire public de l'ordre administratif ou judiciaire » à des membres du Parlement¹³⁶ et à des conseillers généraux¹³⁷ ou municipaux¹³⁸.
158. En réalité, il est difficile de trouver une justification convaincante à cette atteinte. Elle fut d'ailleurs vivement critiquée par la doctrine. Garraud a refusé cette interprétation en se fondant sur le fait que ces personnes ont reçu leur délégation de l'élection et ne sont pas chargées d'administrer ou de juger au sens de l'article 177 du Code de 1810, mais de délibérer ou de voter. Ainsi elles n'entrent, à proprement parler, ni dans la hiérarchie administrative ni dans l'ordre judiciaire. De plus, ni le langage usuel, ni la terminologie de la loi pénale ne le permettaient¹³⁹. Desjardins a expliqué quant à lui que les mots utilisés tels que « fonctionnaire public de l'ordre administratif ou judiciaire » excluaient *de facto* les députés et sénateurs¹⁴⁰. En outre, si la volonté du législateur avait été de les intégrer, il aurait pu le faire explicitement, comme il l'avait fait dans le Code de 1791 qui punissait de la peine de mort tout membre de la législature convaincu d'avoir, moyennant argent, présent ou promesse, trafiqué son opinion¹⁴¹.

¹³⁵ André Vitu, « Les préoccupations actuelles de la politique criminelle française dans la répression de la corruption », in Louis Huguency (dir.), *Les principaux aspects de la politique criminelle moderne*, CUJAS, 1960, p. 134. En effet, Monsieur Vitu n'a développé aucune contestation contre cette jurisprudence car la solution donnée par cette dernière était, selon lui, inscrite dans la logique des exigences de la politique criminelle nouvelle en matière de corruption.

¹³⁶ Cass. crim. 24 février 1893, Bull. n° 49.

¹³⁷ Cass. crim. 3 novembre 1933, D., 1933, p. 575.

¹³⁸ Cass. crim. 19 avril 1894, D., 1898, I, p. 494.

¹³⁹ René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit. p. 61.

¹⁴⁰ Albert Desjardins, « Examen doctrinal ; jurisprudence criminelle (1886-1887) », *Rev. Crit. De Législ. Et de jurispr.*, 1888, p. 1 et suiv.

¹⁴¹ Garçon a justifié l'absence de cette disposition au Code pénal de 1810 car elle paraît n'avoir jamais été appliquée. V. Émile Garçon, *Code pénal annoté*, Tome I, Art. 1 à 294, Recueil Sirey, 1952, p. 693.

159. Cette interprétation large a duré longtemps, à savoir jusqu'à ce que le législateur intervienne par l'ordonnance du 8 février 1945¹⁴² en ayant réécrit l'article 177 du Code de 1810 et ajouté toute personne « investie d'un mandat électif » à la liste des personnes susceptibles d'être corrompues. Ainsi, cette ordonnance fait cesser l'atteinte portée au principe d'interprétation stricte de la loi pénale en intégrant ces personnes au sujet de l'incrimination de corruption.
160. Par ailleurs, le législateur français est également intervenu par la loi du 16 mars 1943¹⁴³ en introduisant l'expression « citoyen chargé d'un ministère de service public »¹⁴⁴ dans la liste des personnes pouvant être corrompues comme mentionnées à l'article 177. Cette précision avait pour but d'enlever la difficulté que l'interprétation des termes « fonctionnaire public, préposé et agent des administrations publiques » aurait pu faire naître. En effet, la qualité de citoyen chargé d'un ministère de service public était, avant la loi de 1943 précitée, incluse dans les termes de fonctionnaires publics par les jurisprudences interprétant de façon extensive l'article 177. Cette intégration, qui pouvait porter atteinte au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, a invité certaines doctrines et jurisprudences à demander au législateur d'intervenir pour y mettre fin¹⁴⁵. Cet ajout s'inscrit donc dans la délimitation de l'incrimination de corruption en respect du principe fondamental de la légalité criminelle.
161. Depuis lors, la liste des personnes susceptibles d'être corrompues n'a cessé de s'étendre. En effet, le législateur français a anticipé les possibles interprétations jurisprudentielles et a opéré des ajouts réguliers à la liste de l'article 177 du Code de 1810, et ce dans le but qu'il ne soit pas porté atteinte au principe de légalité. C'est pourquoi l'on trouve dans cet article les termes : « militaires et assimilés », « agent ou préposé d'une administration placée sous le contrôle de la puissance publique », « médecins », « chirurgiens », « dentiste », « sages-femmes », « arbitre » et « experts », pourtant non prévus dans la version originale dudit article. Tous ces termes ne figuraient pas dans la version initiale de l'article 177.

¹⁴² Ordonnance n° 45-191 du 8 février 1945 abroge et remplace les articles 160, 177 à 180 du Code pénal, modifiés par la loi n° 98 du 16 mars 1943 concernant la corruption, la tentative d'influence, les faux certificats médicaux, les pourboires pour exercice des devoirs obligatoires à la fonction, *JORF*, 9 février 1945, p. 650. Une partie de la doctrine a cru à tort que l'ajout de la qualité des personnes investies d'un mandat électif était effectué par la loi du 4 juillet 1889 (V. par exemple, René Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français, op. cit.*, pp. 61 et 63). Cependant, cette loi n'a concerné que l'infraction de trafic d'influence et non la corruption passive. C'est donc l'ordonnance du 8 février 1945 qui a ajouté cette qualité à l'infraction de corruption passive (V. Émile Garçon, *Code pénal annoté, op. cit.*, p. 693 ; Marc Segonds, « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », *AJ pénal*, 2006, p. 193.).

¹⁴³ La loi n° 98 du 16 mars 1943 concernant la corruption, la tentative d'influence, les faux certificats médicaux, les pourboires pour exercice des devoirs obligatoires à la fonction, *JORF*, 1 avril 1943, p. 922.

¹⁴⁴ C'est la personne qui « sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de commandement dérivant de l'exercice de l'autorité publique, est chargée d'accomplir des actes ou d'exercer une fonction dont la finalité est de satisfaire à un intérêt général ». André Vitu, « Corruption passive commise par une personne exerçant une fonction publique », *J.-Cl. Pénal*, Art. 432-11, n° 55.

¹⁴⁵ Émile Garçon, *Code pénal annoté, op. cit.*, p. 693.

162. Les législations pénales française et koweïtienne sont donc d'accord sur l'extension de la qualité de fonctionnaire corrompu, non seulement pour pallier l'insuffisance de la notion de fonctionnaire au sein du droit administratif, mais également pour rendre plus claire et prévisible le sujet de l'incrimination de corruption. De plus, cette démonstration de l'évolution de l'identification explique l'exhaustivité actuelle et l'originalité de l'identification de « corrompu » dans l'incrimination actuelle de corruption. C'est-à-dire que les articles 432-11 et 433-1 du Code pénal français du 1994 et l'article 43 de la loi koweïtienne de 1970 portant modification du Code pénal ne posent aucun problème concernant l'interprétation du sujet de l'incrimination de corruption dans la fonction publique. Evidemment, ils ne portent pas atteinte au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. C'est grâce au fait que les législateurs français et koweïtien consacrent à la qualité de corrompu dans la fonction publique une identification originale par laquelle le juge pénal a l'autonomie pour définir la qualité de corrompu.

B. L'autonomie octroyée au juge pénal pour définir la qualité de corrompu

163. Comme dit précédemment, le Code pénal français de 1810 contient en son article 177 une longue liste de personnes ayant la qualité de personnel dans le cadre de ses fonctions publique^{s146}. Cela pouvait s'expliquer par l'absence, à l'époque, de définition claire de cette qualité en droit public français. En effet, dans le Code pénal de 1994, le législateur a renoncé à cette liste et s'est contenté de donner une définition autonome de la qualité de personnel dans le cadre de ses fonctions publiques, de telle sorte que toutes les personnes auparavant mentionnées à l'article 177 peuvent correspondre à cette définition. Dès lors, l'article 432-11 du Code pénal français limite le champ d'application des infractions de corruption aux personnes « dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public, ou investies d'un mandat électif public ».

164. Pour ce qui est du droit koweïtien, l'article 114 du Code pénal de 1960 n'était applicable qu'aux fonctionnaires publics ; la loi 31/1970 portant modification du Code pénal donnant une définition large du statut. Ont donc ce statut de fonctionnaire public « 1- les agents, les préposés et les employés dans

¹⁴⁶ Dans la dernière version de l'article 177 du Code pénal de 1810, la corruption passive concerne : « 1° Etant 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 faire un acte de ses fonctions ou de son emploi, juste ou non, mais non sujet à salaire ;
2° Etant 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° Etant 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 infirmité ou la cause d'un décès ».

l'intérêt du gouvernement ou placés sous sa dépendance ou son contrôle ; 2- les membres des parlements généraux ou locaux, qu'ils soient élus ou nommés ; 3- les arbitres, les experts, les syndics de la faillite, les liquidateurs et les séquestres judiciaires ; 4- toute personne en charge d'un service public ; 5- les membres des conseils d'administration, les gestionnaires, les personnels, les employés des institutions, des entreprises, des associations ou des organisations si l'État ou l'un des organismes publics participent à leurs capitaux à n'importe quel titre ».

165. En effet, les législateurs français et koweïtien évitent de définir la personne corrompue dans la fonction publique en recourant au droit administratif. La qualification d'agent public dans cette discipline est restrictive (1). Par conséquent, le législateur adopte une définition extensive pour le juge répressif (2).

1. La notion restrictive de la qualité de fonctionnaire en droit administratif

166. La notion de personnel dans le cadre de ses fonctions publiques est normalement liée au droit public en général et au droit administratif en particulier. Un vieil auteur de droit public a défini le personnel dans le cadre de fonction publique comme des « individus dont l'activité personnelle assure le fonctionnement des services publics »¹⁴⁷. Selon lui, agent public est synonyme de fonctionnaire public¹⁴⁸.
167. Cependant, en raison de l'évolution du droit administratif, la situation s'avère différente tant au niveau législatif qu'au niveau jurisprudentiel.
168. Dans le droit français, le mot « fonctionnaire » désigne, au sens du droit administratif, l'ensemble des personnels administratifs ; agents titulaires et agents non-titulaires¹⁴⁹. Ainsi, la définition de fonctionnaire (agents titulaires) se retrouve dans quatre lois ; la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (dite aussi loi Le Pors)¹⁵⁰, la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État¹⁵¹, la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale¹⁵² et la loi du 9 janvier 1986 portant dispositions relatives à la fonction

¹⁴⁷ Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif : La notion du service public, Les individus au service public, Le statut des agents publics*, Tome II, Dalloz, Réimpression de la 3e édition de 1930, 2003, p. 234.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Jean-Bernard Auby, Jean-Pierre Didier, Antony Taillefait et Jean-Marie Auby, *Droit de la fonction publique*, 6e édition, 2009, Précis Dalloz, p. 40 et suiv.

¹⁵⁰ La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174.

¹⁵¹ La loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, *JORF*, 12 janvier 1984, p. 271.

¹⁵² La loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

publique hospitalière¹⁵³. Aucune de ces lois ne propose une définition générale du fonctionnaire. Mais la doctrine déduit de ces législations trois éléments cumulatifs permettant de caractériser un fonctionnaire. Ainsi, le fonctionnaire est « un agent nommé ; il occupe un emploi permanent ; il est titularisé dans un grade de la hiérarchie administrative »¹⁵⁴. De même a été déduite une notion législative de l'agent non-titulaire : il s'agit des agents publics qui ne sont pas fonctionnaires, de sorte que leur recrutement s'effectue sans concours et n'entraîne pas leur titularisation¹⁵⁵.

169. En droit koweïtien, les personnels dans le cadre de ses fonctions publiques ont été divisés en trois catégories : les fonctionnaires publics, les préposés, et les employés du gouvernement. Ces catégories relèvent de la loi n° 7/1960 relative à la fonction publique et de la loi n° 18/1960 relative à l'emploi dans le secteur gouvernemental. Puis, le décret-loi de 1979 relatif à la fonction publique¹⁵⁶ est venu abroger ces catégories et a défini le fonctionnaire, en son article 2, comme étant « toute personne [qui] occupe un emploi civil dans une entité gouvernementale quels que soient la nature ou le titre de sa fonction ».
170. Les droits administratifs koweïtien et français ne se bornent jamais à la notion donnée par le législateur¹⁵⁷, comme la plupart des notions clés du droit administratif¹⁵⁸. C'est ainsi qu'une définition jurisprudentielle est apparue pour la notion d'agent public.
171. En principe, la jurisprudence administrative, aussi bien koweïtienne que française, s'accorde sur les éléments composant la notion d'agent public. Il s'agit de l'élément organique et de l'élément matériel. L'élément organique est qu'un agent public doit être employé par une personne publique. L'élément matériel est que cette personne publique assure une mission de service public¹⁵⁹. Il convient de rappeler que ces éléments sont cumulatifs pour constituer la notion d'agent public.
172. En effet, le Conseil d'État français a jugé que ne sont pas des agents publics les agents agréés par l'autorité administrative mais employés par un organisme privé¹⁶⁰. De même, un fonctionnaire en

¹⁵³ La loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, *JORF*, 11 janvier 1986, p. 535.

¹⁵⁴ Fabrice Melleray, *Droit de la fonction publique*, 3e édition, Economica, 2013, p. 127.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 159.

¹⁵⁶ *JOK*, n° 1241, 9 avril 1979, p. 1.

¹⁵⁷ Cette démarche trouve sa justification dans le fait que les lois qui régissent la fonction publique ne concernent que la description de personnes relevant de leurs applications. Autrement dit, elles ne donnent pas une définition générale et absolue des agents publics. V. Adel Altabtabaei, *{Droit de la fonction publique}*, 3e édition, Université de Koweït, 1998, p. 31 et suiv. ; Fayez Alzafiri, *{La protection pénale pour les biens publics}*, Université de Koweït, 2006, p. 70.

¹⁵⁸ Jean-François Lachaume, Hélène Pauliat, Claudie Boiteau et Clotilde Deffigier, *Droit des services publics*, LexisNexis, 2012, pp. 117 et 144.

¹⁵⁹ Yeves Gaudemet, *Droit administratif*, 21e édition, L.G.D.J., 2015, p. 392.

¹⁶⁰ CE, assemblée, 8 février 1989, Marty, *RDP*, 1989, p. 1475.

détachement auprès d'un organisme privé investi d'un service public n'est pas considéré comme agent public du fait de sa fonction de détachement¹⁶¹. En ce qui concerne l'élément matériel, pour que l'agent soit un agent public, il doit participer à une mission de service public. En l'absence de ce dernier critère, l'agent est considéré comme un salarié de droit privé¹⁶².

173. La jurisprudence administrative koweïtienne a également adopté ces deux éléments pour constituer la qualité d'agent public, tout en y ajoutant un autre élément relatif à la durée dans le cadre de ses fonctions. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que « la qualité d'agent public est remplie lorsque l'individu est nommé par un instrument juridique de façon permanente dans une entité gérée par le gouvernement ou par l'une des personnes publiques pour le compte d'un service public »¹⁶³ « même si cet individu ne reçoit pas salaire »¹⁶⁴.
174. En somme, la notion d'agent public en général ou de fonctionnaire en particulier n'a pas de sens strict au sein du droit administratif. Nous pouvons également remarquer que la notion d'agent public, donnée par les lois dans le cadre de ses fonctions publique ou par la jurisprudence, est restrictive de sorte qu'il lui faut satisfaire aux critères des éléments organique et matériel.
175. Il en résulte que la notion d'agent public doit être caractérisée par une spécificité qui permet au juge pénal d'interpréter cette notion de manière extensive et en même temps sans porter atteinte au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.

2. La notion extensive de la qualité de fonctionnaire en matière pénale

176. La cristallisation de la notion d'agent public et de fonctionnaire en droit public et plus précisément en droit administratif, n'invite pas les législateurs français et koweïtien à adopter ces notions en matière de corruption. En effet, ils ont préféré une notion autonome et originale pour la qualité d'agent public dans les infractions de corruption.
177. Cette technique de l'autonomisation de notion a, à l'origine, été utilisée par la jurisprudence. Il en résulte une controverse doctrinale concernant le respect du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale (a), ce qui conduit les législateurs à fonder cette technique par le fait de créer une large marge d'interprétation pour la notion de « corrompu » (b). Cette attitude législative, qui confie au juge pénal une large marge d'interprétation, est généralement acceptée par la jurisprudence constitutionnelle (c).

¹⁶¹ Tribunal des conflits, 24 juin 1996, Préfet du Lot-et-Garonne, *RFDA*, 1997, p. 188.

¹⁶² Tribunal des conflits, 18 juin 2001, Lelaidier c/ Ville de Strasbourg, *Dr. adm.*, 2001, comm. 214.

¹⁶³ Koweit, Cass. admnis. et com., 8 mars 1993, n° 56/1992.

¹⁶⁴ Koweit, Cass. admnis. et com., 17 mars 1997, n° 58/1996.

a. Débat doctrinal

178. Comme évoqué plus haut, les juges pénaux français et koweïtien ont eu recours à la règle de l'autonomie du droit pénal. Autrement dit, le juge pénal a la liberté d'interprétation lorsqu'il est confronté à des notions non pénales¹⁶⁵. Selon cette règle, le juge pénal est donc à même de ne pas respecter les critères donnés par le droit public ou le droit administratif pour définir la notion de fonctionnaire corrompu¹⁶⁶. Cependant, la règle de l'autonomie du droit pénal n'a pas totalement été acceptée par la doctrine, notamment à l'égard du principe d'interprétation stricte.
179. Une partie de la doctrine observe que cette règle aboutit à des abus¹⁶⁷. Lorsque l'intérêt protégé est désigné en termes étroits, il appartiendrait au juge pénal d'en rechercher le sens en adoptant la définition déjà donnée par la loi extra-pénale, qui a alors vocation à le régir¹⁶⁸. Appliquer cette hypothèse en matière de corruption reviendrait à ce que l'agent public qui n'entre pas dans la catégorie de fonctionnaire échappe à l'ancien article 114 du Code pénal koweïtien de 1960 qui ne visait que le « fonctionnaire ». De même en France, avant la loi du 16 mars 1943 qui ajoute le « citoyen chargé d'un ministère de service public » parmi les personnes susceptibles d'être corrompues au sein de l'article 177 du Code de 1810, le juge pénal n'aurait pas dû appliquer l'incrimination de corruption à ce type d'agent public.
180. *A contrario*, une autre partie de la doctrine¹⁶⁹ estime quant à elle que la règle dite de l'autonomie du droit pénal ne porte aucune atteinte au principe de légalité criminelle. Elle considère qu'une interprétation large de la notion extra-pénale se justifie par la primauté du droit criminel. Dès lors, la liberté du juge pénal à l'égard de l'interprétation d'une notion extra-pénale repose sur l'idée que les affaires pénales sont en principe d'une importance plus grande que celles soumises à d'autres juges¹⁷⁰. Dans ce cas, le juge pénal

¹⁶⁵ Jean Pradel, *Droit pénal général*, 21^e édition, , CUJAS, 2016, p. 227.

¹⁶⁶ V. dans la doctrine koweïtienne ; Faisel Alkandary et Gannam Mohamad Gannam, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, 2^e édition, 2011, p. 15 et suiv. Dans la doctrine française ; Jean Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 228 ; Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, *Droit pénal général*, 15^e édition, 2008, Economica, p. 20.

¹⁶⁷ V. par exemple, Roger Merle et André Vitu, *Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7^e édition, CUJAS, 1997, p. 222 ; Laurent Rousvoal, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, thèse, Université de Rennes I, 2011, p. 57 ; pour une étude détaillée, V. Paul Roland, *Les contradictions du droit pénal et du droit civil : essai de solution du problème de l'autonomie du droit pénal*, thèse, Université de Lyon II, 1958.

¹⁶⁸ François Rigaux, « Quelques réflexions sur les rapports entre le droit pénal et les autres branches du droit », in *Mélanges offerts à Robert Legros*, édition de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 523.

¹⁶⁹ V. par exemple, Gaston Stefani, « préface », in Gaston Stefani (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel*, Dalloz, 1956, p. IV et suiv. ; Jean-Louis Goutal, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *RSC*, 1980, p. 911 ; Philippe Bonfils, « L'autonomie du juge pénal », in *Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 47.

¹⁷⁰ Philippe Bonfils, « L'autonomie du juge pénal », in *Les droits et le droit*, *op. cit.*

ne peut offrir l'impunité à une personne poursuivie ayant un comportement dangereux sur la base d'arguments de technique juridique¹⁷¹.

b. Solution législative

- 181.** Les législateurs français et koweïtien ne mettent plus dorénavant le juge pénal face à une situation où il aurait besoin d'utiliser la règle de l'autonomie du droit pénal pour interpréter une notion non pénale ; ayant élaboré une définition afin d'identifier la qualité de corrompu dans la fonction publique. Il en résulte que le débat sur la légitimité de la règle de l'autonomie du droit pénal à l'égard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale n'a plus lieu d'être. De plus, les législateurs permettent au juge une large marge d'appréciation en matière de lutte plus efficace contre la corruption.
- 182.** Ainsi, le législateur français désigne, dans le Code pénal de 1994, la qualité de corrompu comme étant « une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public ». Ici, le législateur a voulu surmonter les difficultés auxquelles font face les juges et les législations précédentes en ce domaine¹⁷². C'est d'ailleurs explicitement exprimé dans l'exposé général de la loi portant réforme du Code pénal (1994), de sorte que la notion de « corrompu » consacrée à l'article 432-11 tient compte de l'évolution de celle-ci en élaborant une « définition unique inspirée de la jurisprudence en détachant la notion stricte de fonctionnaire du droit pénal »¹⁷³.
- 183.** Dès lors, trois grandes catégories composent la qualité de corrompu : les dépositaires de l'autorité publique, les chargés de mission de service public, les personnes investies d'un mandat électif public. Il appartient aux juges pénaux d'apprécier quel individu peut entrer dans l'une de ces catégories, et ce de manière libre et autonome d'une part, et respectueuse du principe de légalité criminelle d'autre part. En ce sens, l'originalité de l'identification de la personne corrompue dans la fonction publique affiche une certaine autonomie à l'égard du droit de la fonction publique ainsi qu'à l'égard du droit privé. Ainsi, peut entrer dans ces catégories l'agent, qu'il soit effectivement soumis aux règles de la fonction publique, ou qu'il soit lié à son employeur par un contrat de travail de droit privé¹⁷⁴. Cette originalité de la notion de corrompu dans le secteur public demeure, même si le législateur précise une incrimination particulière

¹⁷¹ Gaston Stefani, « préface », in Gaston Stefani (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel*, p. VII. Selon le professeur Dreyer, cette solution s'avère directement inspirée par les doctrines de Défense sociale. V. Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, 4e édition, LexisNexis, 2016, p. 81 ; Filippo Gramatica, *Principes de défense sociale*, CUJAS, 1964, p. 53.

¹⁷² Marion Wagner, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance », *RSC*, 2011, p. 37.

¹⁷³ Assemblée nationale, rapport n° 2244, Tome 1 (Exposé général. Examen des articles), présenté par François Colcombet, 1991, p. 124.

¹⁷⁴ Marc Segonds, « Corruption passive de journalistes du service public », *D.*, 2004, p. 315.

pour certains agents qui peuvent relever de la fonction publique de l'État. C'est le cas par exemple de l'incrimination de corruption pour les personnels judiciaires. En effet, ceux-ci peuvent entrer normalement dans la catégorie prévue dans les articles 432-11 et 433-1 de Code pénal français, à savoir dans la catégorie des personnes « chargées de mission de service public ». Mais le législateur français a préféré soumettre ces personnels à un devoir de probité formellement distinct. Ainsi les articles 434-9 et 434-9-1 incriminent la corruption passive et active de « 1° un magistrat, un juré ou toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ; 2° un fonctionnaire au greffe d'une juridiction ; 3° un expert nommé, soit par une juridiction, soit par les parties ; 4° une personne chargée par l'autorité judiciaire ou par une juridiction administrative d'une mission de conciliation ou de médiation ; 5° un arbitre exerçant sa mission sous l'empire du droit national sur l'arbitrage ».

- 184.** Par ailleurs, le recours à des catégories contribue à renforcer le bien-fondé de la répression des agents publics irrégulièrement nommés¹⁷⁵. En effet, lorsque l'individu corrompu est dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public, le juge pénal ne doit plus rechercher la régularité de l'acquisition de cette qualité.
- 185.** Le législateur koweïtien prévoit, dans la loi n° 2/2016¹⁷⁶ relative à la lutte contre la corruption, que le fonctionnaire est celui qui est défini par l'article 43 de la loi n° 31/1970 portant modification de certaines dispositions du Code pénal¹⁷⁷. Ils sont « les agents, les préposés et les employés dans l'intérêt du gouvernement ou placés sous sa dépendance ou son contrôle ; les membres des parlements généraux ou locaux, qu'ils soient élus ou nommés ; les arbitres, les experts, les syndics de la faillite, les liquidateurs et les séquestres judiciaires ; toute personne en charge d'un service public ; les membres des conseils d'administration, les gestionnaires, les personnels, les employés des institutions, des entreprises, des associations ou des organisations si l'État ou l'un des organismes publics participent à leurs capitaux à n'importe quel titre ».
- 186.** Ainsi, le législateur koweïtien n'adopte pas la définition prévue dans le décret-loi de 1979 relatif à la fonction publique¹⁷⁸. Il semble qu'il considère que cette définition ne pouvait pas intégrer toutes les personnes susceptibles d'être corrompues au sein de la fonction publique comme par exemple les préposés et les employés dans l'intérêt du gouvernement qui ne sont plus, selon la loi de la fonction publique et la jurisprudence administrative, inclus dans le concept d'agent public. Ils sont liés à leur employeur par un contrat de droit privé mais pour autant leur rapport avec la fonction publique

¹⁷⁵ Cass. crim., 11 juin 1813, Bull. n° 127.

¹⁷⁶ *JOK*, n° 1273, la soixante-deuxième année, 1 février 2016, p. 38.

¹⁷⁷ V. *Supra* n° 155.

¹⁷⁸ V. *Supra* n° 169 et suiv.

découle en principe d'un contrat de fourniture de main-d'œuvre entre leur employeur et l'une des institutions publiques¹⁷⁹.

c. Acceptation jurisprudentielle

187. La désignation générale de la qualité requise pour l'agent public corrompu n'est pas considérée comme une précision absolue. Les juridictions constitutionnelles koweïtienne et française ne réfutent pas l'expression législative de la définition imprécise et générale d'une disposition pénale.
188. Le Conseil Constitutionnel français y consent tant que la lecture du texte permet de connaître de manière certaine la personne supposée être l'auteur d'une infraction¹⁸⁰. Plus encore, il reconnaît au juge pénal le droit d'apporter « les précisions complémentaires utiles »¹⁸¹ pour caractériser la clarté et la précision d'une disposition pénale¹⁸².
189. En ce sens, la Cour constitutionnelle koweïtienne juge que la généralité et l'extension d'une disposition pénale ne peuvent pas, en tant que telles, porter atteinte au principe de légalité en général ni à son corollaire qu'est le principe de prévisibilité et de clarté du texte pénal. Elle ajoute que c'est particulièrement le cas lorsque la compréhension du texte est accessible par le public sans ambiguïté de son contenu¹⁸³. En outre, elle a décidé que les juges pénaux ont la capacité d'interpréter une disposition pénale du moment que cela va dans le sens général du texte, sans que cela soit considéré comme une méconnaissance du principe de légalité¹⁸⁴.
190. On a donc pu observer que les deux législateurs sont partisans de l'autonomisation du concept d'agent public, à savoir que le juge pénal identifie lui-même les individus pouvant entrer dans la catégorie des corrompus et être incriminés comme tels. Le juge se doit d'interpréter et de donner au texte toute sa portée¹⁸⁵. D'ailleurs, les deux législateurs visent à adapter cette définition large du corrompu aux besoins de la politique criminelle en matière de lutte contre la corruption, indépendamment de l'évolution de la notion d'agent public¹⁸⁶.

¹⁷⁹ Entrent dans cette catégorie les agents de sécurité, de garde, les concierges, etc., tant qu'ils exercent leurs fonctions dans l'intérêt de cette institution.

¹⁸⁰ Cédric Porteron, « Le respect du principe de la légalité : un rappel évident... mais nécessaire », *AJ pénal*, septembre 2011, p. 588.

¹⁸¹ Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, considérant 13 et 14.

¹⁸² Bertrand De Lamy, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. const.*, n° 26 (Dossier : La Constitution et le droit pénal), 2009, p. 16.

¹⁸³ Koweït, Cour const., 9 mars 2016, n° 37/2014.

¹⁸⁴ Koweït, Cour const., 2 décembre 2013, n° 20, 21 et 22/2013.

¹⁸⁵ André Giudicelli, « Le principe de la légalité en droit pénal français », *RSC*, 2007, p. 509.

¹⁸⁶ V. Jean Pradel, *Droit pénal général*, 21^e édition, CUJAS, 2016, p. 220 et suiv.

191. En conclusion, la délimitation de la notion du corrompu donne à la fonction publique un sens large au sein du droit pénal en comparaison avec le droit public eu égard au principe de légalité criminelle. Cela est plus clair en droit koweïtien qu'en droit français du fait que le législateur koweïtien a inclus des catégories n'appartenant pas essentiellement à la fonction publique. Toutefois, en raison de l'extension de l'incrimination de corruption en droit français au-delà de la fonction publique, ce point précis fait l'objet du prochain développement.

§ 2. L'IDENTIFICATION DE LA QUALITE DE CORROMPU HORS FONCTION PUBLIQUE

192. Le concept de fonction publique au sein de l'incrimination de corruption est différent entre le droit koweïtien et le droit français.

193. En droit koweïtien, la fonction publique n'est pas limitée à celle où l'administration des affaires publiques est dominée par les organes exécutifs de l'Etat. Elle s'étend, selon l'article 43 de la loi n° 31/1970, aux organes législatifs, judiciaires et même à certains organes relevant du secteur privé. Ainsi, l'incrimination de corruption s'applique, à côté de l'agent public, à ceux qui sont « les membres des conseils d'administration, les gestionnaires, les personnels, les employés des institutions, des entreprises, des associations ou des organisations si l'État ou l'un des organismes publics participent à leurs capitaux à n'importe quel titre ». Depuis lors, rien n'est changé et le législateur koweïtien se borne à la définition de corrompu prévue à cet article 43. Autrement dit, l'incrimination de corruption ne concerne que la fonction publique en son concept large. Cette fixité s'explique peut-être par deux éléments. D'une part, au Koweït, où le type d'économie est l'économie rentière qui dépend essentiellement du pétrole, l'État domine toutes les entreprises et industries pétrolières. D'autre part, l'État participe à l'économie nationale *via* l'Autorité d'investissement qui détient une participation dans les grandes entreprises des secteurs des transports, des banques, des télécommunications, etc.¹⁸⁷ C'est pourquoi les caractéristiques de l'individu corrompu dans le secteur privé se conforment à ce type d'économie sans subir aucune modification. Ainsi, l'incrimination de corruption dans le secteur privé au droit koweïtien ne suscite aucune interrogation relative à notre étude dans le développement actuel.

194. En droit français, la lutte contre la corruption est élargie. La corruption publique ne concerne, selon les articles 432-11 et 433-1, que les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public, ou investies d'un mandat électif public. Hors ce secteur, l'incrimination de corruption

¹⁸⁷ V. le site de Kuwait Investissement Authority, <http://www.kia.gov.kw/en/Pages/default.aspx> (disponible en anglais)

existe. L'identification et la délimitation de son sujet sont donc nécessaires pour respecter le principe de légalité criminelle.

195. À l'instar de l'identification de la qualité de corrompu dans la fonction publique, la qualité de corrompu hors fonction publique a été soumise à des modifications pour la délimiter. Elle a acquis un caractère original pour que son interprétation soit conforme avec le principe de la légalité criminelle et que la lutte contre la corruption soit exhaustive. Dans notre étude, nous subdivisons ce développement en deux parties : l'identification du corrompu dans le secteur privé (A) et l'identification du corrompu extra-national (B).

A. Le corrompu dans le secteur privé

196. La croissance du rôle de secteur privé dans la vie publique rend son importance comparable à celui de l'État. Si l'incrimination de la corruption publique a pour objet de garantir l'égalité des citoyens devant l'État, l'incrimination de celle-ci dans le secteur privé a pour objet de garantir l'égalité devant l'activité économique. Comme le souligne Didier Jean-Pierre, « la corruption sape les fondements mêmes de la démocratie et de l'État de droit, elle porte atteinte aux droits les plus fondamentaux tels que le principe d'égalité ou le droit de propriété. Elle crée aussi des discriminations injustifiées et affecte la liberté d'entreprendre »¹⁸⁸. De plus, le secteur privé peut menacer la vie nationale, engendrer l'anarchie et conduire le pays à sa ruine¹⁸⁹. Ce rôle croissant et important a invité le législateur français à créer l'infraction de corruption dans le secteur privé en identifiant son sujet (le corrompu) au sein de l'article 177 du Code pénal du 1810 qui incrimine la corruption publique. Ainsi il convient de traiter l'identification du corrompu dans ce secteur dans le Code pénal du 1810 (1) avant de la traiter dans le Code pénal actuel (2).

1. Le corrompu dans le Code pénal du 1810

197. Au cours de la Première Guerre mondiale, les marchandises étaient rares et les moyens de transport insuffisants. Des employés de sociétés industrielles et commerciales favorisaient certains acheteurs ou fournisseurs au détriment d'autres en acceptant des rémunérations occultes. Ainsi des employés de compagnies de chemins de fer facilitaient irrégulièrement l'obtention de wagons à certains transporteurs¹⁹⁰. Pour ce type de corruption la notion large d'agent public ne s'appliquait pas. Les juges

¹⁸⁸ Didier Jean-Pierre, « La lutte contre la corruption des fonctionnaires et agents publics », *D.*, 2000, p. 307.

¹⁸⁹ André Vitu, « Les préoccupations actuelles de la politique criminelle française dans la répression de la corruption », in Louis Huguency (dir.), *Les principaux aspects de la politique criminelle moderne*, Cujas, 1960, p. 136.

¹⁹⁰ Émile Garçon, *Code pénal annoté*, Tome I, Art. 1 à 294, Recueil Sirey, 1952, p. 704.

se trouvaient alors désarmés et tenus par le principe de légalité. Un contournement jurisprudentiel a alors été opéré. Il s'agissait de requalifier les faits corruptifs à la lumière d'autres incriminations. La pratique judiciaire a donc eu recours à l'infraction d'escroquerie de l'article 405¹⁹¹ ou à l'abus de confiance de l'article 408¹⁹² du Code pénal de 1810. Mais ces délits étaient pour la plupart difficiles à caractériser¹⁹³. C'est pourquoi pour réprimer ce type d'agissements tout en se conformant au principe de légalité criminelle, la loi du 16 février 1919 est venue recréer l'article 177 du Code de 1810, incriminant la corruption publique, dont un paragraphe vise également « tout commis, employé ou proposé, salarié ou rémunéré sous forme quelconque d'un commerçant ou d'un industriel »¹⁹⁴.

- 198.** Néanmoins, cette qualité de corrompu dans le secteur privé a subi diverses modifications. Ces dernières répondent à la croissance du rôle du secteur privé sur l'économie publique et le besoin d'adapter les termes de ce texte à cette croissance.
- 199.** Ainsi, la loi du 16 mars 1943¹⁹⁵ a ajouté à la qualité de corrompu les agents des « administrations placées sous le contrôle de la puissance publique » malgré le fait que ces agents soient considérés comme des commis ou préposés d'entreprises commerciales ou industrielles en vertu des dispositions de la loi précitée du 16 février 1919¹⁹⁶. Mais, après que l'État eut soumis ces entreprises à son contrôle, le législateur a craint que ces agents ne soient considérés ni comme des agents publics ni comme des agents privés.
- 200.** Par ailleurs l'État est devenu acteur dans le secteur privé par la création d'entreprises pour assurer les services publics comme la SNCF, des compagnies de distribution d'eau, de gaz et d'électricité¹⁹⁷. Leurs agents y exercent des fonctions dans le secteur privé mais pour l'intérêt de l'État. En conséquence, la délimitation de leurs qualités était nécessaire¹⁹⁸ pour lutter contre la corruption et pour respecter le principe de la légalité criminelle.

¹⁹¹ Cass. crim., 6 février 1873, *D.*, 1873, I, p. 73.

¹⁹² Cass. crim., 12 décembre 1874, Bull. n° 304.

¹⁹³ Mikaël Benillouche, « L'incrimination de la corruption en France », in Mireille Delmas-Marty (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, VII, *Les processus d'internationalisation*, édition de la maison des sciences de l'homme, 2001, p. 46.

¹⁹⁴ La loi relative à la répression des rémunérations occultes offertes ou versées aux employés des maisons de commerce et des entreprises industrielles ou sollicitées par eux ou à l'aggravation des peines frappant les personnes qui ont corrompu ou tenté de corrompre les fonctionnaires, *JORF*, 18 février 1919, p. 1814.

¹⁹⁵ La loi n° 98 du 16 mars 1943 concernant la corruption, la tentative d'influence, les faux certificats médicaux, les pourboires pour exercice des devoirs obligatoires à la fonction, *JORF*, 1 avril 1943, p. 922.

¹⁹⁶ Émile Garçon, *Code pénal annoté*, Tome I, Art. 1 à 294, Recueil Sirey, 1952, p. 694.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ La loi du 16 mars 1943 a visé directement les agents des entreprises nationalisées et entreprises privées placées sous le contrôle de la puissance publique par voie de réquisition. André Vitu et Roger Merle,

201. C'est ainsi que l'on a pu voir que le législateur français défait partiellement le lien étroit entre l'incrimination de la corruption et la puissance publique. Ce détachement a résulté en effet de la transformation de l'activité économique. En France, ce fut « combiné avec la politique des nationalisations postérieures à la Libération »¹⁹⁹. L'ordonnance du 8 février 1945²⁰⁰ supprime l'expression « d'un commerçant ou d'un industriel » du troisième paragraphe de l'article 177 pour que l'infraction de corruption soit généralisée à tout le secteur privé. Ce faisant, tout « commis, employé ou préposé, salarié ou rémunéré sous forme quelconque » peut être accusé de corruption sans que l'activité de leurs employeurs ne soit limitée à l'activité commerciale ou industrielle. Comme l'a souligné Garçon « avec l'ordonnance de 1945, cette limitation (d'un commerçant ou d'un industriel) a disparu. Ainsi, la loi concerne sans aucun doute, à notre sens, les secrétaires, précepteurs et même les domestiques attachés à la personne », sans oublier que « peu importe, également, le caractère plus ou moins permanent du lien de subordination existant entre la personne corrompue et son patron »²⁰¹. De cette manière le législateur français a réarmé le juge pénal pour lutter plus efficacement encore contre la corruption dans le secteur privé en donnant des caractéristiques étendues de l'individu corrompu.
202. Pour autant, le champ d'application de la corruption dans le secteur privé doit être conditionné à l'existence d'une subordination entre l'employeur et la personne susceptible d'être corrompue. En effet, les mots « commis, employés ou proposé, salarié ou rémunéré sous forme quelconque » désignent uniquement les personnes liées à un employeur par un contrat de travail, c'est-à-dire placées sous sa dépendance juridique²⁰² sans les appliquer autrement comme aux dirigeants de société en commandite simple ou à tout contrat de mandat. Nous pouvons donc déduire que l'article 177 ne s'applique pas aux membres des professions libérales.
203. Toutefois la jurisprudence française a rejeté cette interprétation et a repoussé cette limite²⁰³. Par des « décisions hardies »²⁰⁴ relatives au principe d'interprétation stricte de la loi pénale²⁰⁵, la Cour de

Traité de droit criminel, Droit pénal spécial par André Vitu, Tome I, CUJAS, 1982, p. 289 ; V. T. Corr. Villefranche-Sur-Saône, 29 novembre 1949, *D.*, 1950, p. 9.

¹⁹⁹ André Vitu, « Les préoccupations actuelles de la politique criminelle française dans la répression de la corruption », in Louis Huguency (dir.), *Les principaux aspects de la politique criminelle moderne*, op. cit., p. 137.

²⁰⁰ Ordonnance n° 45-191 du 8 février 1945 abroge et remplace les articles 160, 177 à 180 du Code pénal, modifiés par la loi n° 98 du 16 mars 1943 concernant la corruption, la tentative d'influence, les faux certificats médicaux, les pourboires pour exercice des devoirs obligatoires à la fonction, *JORF*, 9 février 1945, p. 650.

²⁰¹ Émile Garçon, *Code pénal annoté*, op. cit., p. 704.

²⁰² André Vitu et Roger Merle, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial par André Vitu*, op. cit., p. 897.

²⁰³ Gilles Dedessus-Le-Moustier, « Corruption », *Rép. trav.*, décembre 2002, n° 13 et 14.

²⁰⁴ Wilfrid Jeandidier, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, avril 2014, n° 312.

²⁰⁵ Wilfrid Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, 5e édition, Dalloz, 2003, p. 37.

cassation a appliqué l'article 177 du Code de 1810 à un gérant de société en commandite²⁰⁶, ainsi qu'à des administrateurs de sociétés anonymes²⁰⁷, et ce malgré l'absence de lien de dépendance juridique en l'espèce. Il résulte de cette interprétation jurisprudentielle excessive que « toute personne unie à une entreprise privée ou à un particulier était susceptible de revêtir la qualité de personne corrompue. La nature juridique de ce lien importait peu. Il pouvait s'agir d'un contrat de travail, d'un contrat de mandat ou de tout autre lien contractuel, pourvu que l'on puisse constater une rémunération de l'intéressé »²⁰⁸. Cette situation portant atteinte au principe d'interprétation stricte de la loi pénale a perduré jusqu'à l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994.

2. Le corrompu dans le code pénal actuel

- 204.** Avec l'apparition du Code pénal de 1994, l'incrimination de corruption du secteur privé disparaît du Code pénal. Car le législateur français a préféré que la corruption des salariés des entreprises privées soit déplacée dans le Code du travail. Ainsi l'article L.152-6 du Code du travail prévoit que « le fait, par tout directeur ou salarié, de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».
- 205.** Cette formulation de l'article L.152-6 du Code du travail apparaît plus « ramassée et plus restrictive » que la précédente, celle du Code de 1810²⁰⁹. En effet, le législateur met l'accent sur l'état de subordination juridique à l'employeur sous l'autorité duquel la personne corrompue se trouve placée²¹⁰. Dès lors, en mentionnant les termes « directeur et salarié », le législateur a pris soin de préciser qu'il importait que cette personne soit attachée à une entreprise privée ou à un particulier *via* un lien de subordination contractuelle²¹¹. Autrement dit, on ne saurait se servir de l'existence d'un simple mandat pour condamner les administrateurs d'une société anonyme ou le gérant d'une société en commandite simple²¹².
- 206.** Si cette délimitation législative de la qualité de corrompu dans le secteur privé vise à rendre conforme l'interprétation jurisprudentielle avec l'intention du législateur, et donc la rendre compatible avec le

²⁰⁶ Cass. crim., 25 mars 1929, *D.*, 1930, I, p. 22 ; *Gaz. pal.*, 1929, I, p. 627.

²⁰⁷ Cass. civ., 30 décembre 1930, *D. H.*, 1931, p. 82.

²⁰⁸ Gilles Dedessus-Le-Moustier, « Corruption », *Rép. trav.*, *op. cit.*

²⁰⁹ Mireille Delmas-Marty et Geneviève Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, 4e édition, 2000, PUF, p. 288.

²¹⁰ Gilles Dedessus-Le-Moustier, « Corruption », *Rép. trav.*, décembre 2002, n° 16.

²¹¹ V. Wilfrid Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, 5e édition, Dalloz, 2003, p. 36.

²¹² Mireille Delmas-Marty et Geneviève Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 288.

principe de légalité criminelle, il n'en va pas de même avec la lutte efficace contre la corruption dans ce secteur. Ainsi, le législateur français, sous l'influence du droit européen, a opté pour un sens large et général de la qualité de corrompu.

- 207.** Le législateur français renonce en effet à la définition restrictive de la qualité de corrompu dans le secteur privé en abrogeant l'article L. 152-6 du Code du travail. Par là il entendait favoriser la répression de la corruption dans le secteur privé en prévoyant un champ d'application plus large que pour le délit antérieurement réprimé par l'article L.152-6 du Code du travail²¹³. Ainsi, l'article 445-1 (corruption passive) et l'article 445-2 (corruption active) du Code pénal définissent la personne corrompue comme toute personne « qui, sans être dépositaire de l'autorité publique ou 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 un organisme quelconque ».
- 208.** Cette extension de la notion de corrompu est issue de la loi du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice²¹⁴. Cette loi vise, par ses articles 2, 3 et 4, à adapter le droit français avec la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 du Conseil de l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé²¹⁵. Selon les considérants de cette décision-cadre, tout comme la corruption dans le secteur public, la corruption dans le secteur privé « met en péril l'État de droit, constitue une distorsion de la concurrence, en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux et représente un obstacle à un sain développement économique »²¹⁶. Selon l'article 2, la qualité de la personne susceptible d'être corrompue est toute personne qui exerce une fonction de direction ou un travail, à quelque titre que ce soit, pour une entité du secteur privé, ceci s'appliquant aux activités professionnelles au sein d'entités tant à but lucratif que non lucratif.
- 209.** Après comparaison de cette définition avec celle consacrée dans le Code du travail (cf. article L.152-6), on constate que le législateur français a bien remis en cause la définition de corrompu afin d'être en accord avec l'engagement européen. L'interprétation de l'article L. 152-6 a été limitée à la relation de travail de sorte que l'exigence d'un lien de subordination entre le corrompu et son employeur est une condition nécessaire pour constituer l'infraction de corruption privée. Ainsi, le dirigeant d'entreprise, ou

²¹³ Circulaire de présentation des nouvelles infractions de corruption active et passive dans le secteur privé issues de la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, Bulletin du Ministère de la justice, n° 101, 1 janvier au 31 mars 2006, disponible sur le site : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/101-CRIM-d.pdf

²¹⁴ La loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, *JORF*, n° 156, 6 juillet 2005, p. 11136.

²¹⁵ *JOUE*, 31 juillet 2003, L 192/54.

²¹⁶ *Ibid.*

l'associé, ou encore les membres des professions libérales tels que les avocats, les notaires, et les experts comptables, sont exclus de l'incrimination de la corruption privée. Désormais cette exigence de subordination n'est plus présente aux articles 445-1 et 445-2 du Code pénal, généralisant de ce fait le champ de l'incrimination de corruption privée. Ce changement de définition permet, d'une part de lutter contre la corruption dans le secteur privé de manière large, et d'autre part de passer l'obstacle résultant du principe d'interprétation stricte de la loi pénale qui obligeait les juges à rechercher la preuve d'un lien de subordination²¹⁷.

- 210.** En outre, cette nouvelle définition repose sur la logique que toute personne corrompue n'entrant pas dans la qualification de corruption publique est considérée comme étant corrompue selon la qualification de corruption privée tant que ses fonctions sont exercées dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale²¹⁸. Nous pensons donc que le champ d'application des articles 445-1 et 445-2 peut être appliqué à la corruption de manifestation sportive donnant lieu à des paris sportifs²¹⁹. C'est la qualification retenue par le procureur de Montpellier qui évoque « un pacte de corruption » où sont impliquées dix-huit personnes, dont neuf joueurs. En l'espèce, le pacte de corruption réside dans un match de handball « arrangé » de manière de « non-respect de l'éthique sportive »²²⁰. Néanmoins, la qualification de corruption privée n'a pas été retenue par le magistrat instructeur, les mises en examen des personnes impliquées étant fondées sur le délit d'escroquerie²²¹. Il en résulte de la création de délits spéciaux de corruption « sportive » prévus aux articles 445-1-1²²² et 445-2-1²²³.

²¹⁷ V. Élisabeth Fortis et Marc Segonds, « La dépénalisation du droit du travail : un objectif caduc ? », *RDT*, 2012, p. 402.

²¹⁸ V. Exposé des motifs de la loi du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice.

²¹⁹ Pour ce type de corruption, V. Philippe Belloir, « La corruption de paris sportifs », *AJ pénal*, 2013, p. 314 ; Marc Segonds, « Loi visant à renforcer l'éthique du sport et les droits des sportifs », *RSC*, 2012, p. 901.

²²⁰ Conférence de presse sur cette affaire, *Le Monde*, 1 octobre 2012, disponible sur : http://www.lemonde.fr/sport/article/2012/10/01/handball-le-procureur-de-montpellier-evoque-un-pacte-de-corruption_1768455_3242.html#tEKLXzIv5HG4Fkvz.99

²²¹ Philippe Belloir, « La corruption de paris sportifs », *AJ pénal*, 2013, p. 314.

²²² « Les peines prévues à l'article 445-1 sont applicables à toute personne qui promet ou offre, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des présents, des dons ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, à un acteur d'une manifestation sportive donnant lieu à des paris sportifs, pour que ce dernier accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'il a accompli ou s'est abstenu d'accomplir, un acte modifiant le déroulement normal et équitable de cette manifestation ».

²²³ « Les peines prévues à l'article 445-2 sont applicables à tout acteur d'une manifestation sportive donnant lieu à des paris sportifs qui sollicite ou accepte, à tout moment, des présents, des dons ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, pour modifier ou avoir modifié, par un acte ou une abstention, le déroulement normal et équitable de la manifestation ».

211. La corruption hors fonction publique n'est toutefois pas limitée au secteur privé. La lutte contre la corruption entend également réprimer l'agent public étranger et l'agent des organes internationaux.

B. Le corrompu extra national

212. L'émergence de multinationales, le développement des échanges internationaux et du commerce international rendent en effet le phénomène de corruption prospère²²⁴. La corruption apparaît dans ces milieux comme un acte nécessaire pour gagner une transaction à l'étranger. On cite, par exemple, en France, le « système dit du “confessionnal” qui autorisait une entreprise, après accord du Ministre des Finances et selon une procédure confidentielle, à verser une commission à un intermédiaire pour obtenir un marché à l'exportation. Cette somme dépensée dans l'intérêt de l'entreprise était déductible du bénéfice imposable de la société et bénéficiait même d'une couverture du risque par la Compagnie française d'assurances du commerce extérieur »²²⁵.
213. Par ailleurs la croissance du rôle des organisations internationales, le grand nombre de leurs agents et la dangerosité de la corruption sur leurs fonctions nécessitent un régime spécial pour lutter contre la corruption au sein de ces organisations.
214. L'incrimination spéciale de corruption d'un agent étranger ou d'un agent international s'inscrit dans le respect du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Car le droit pénal national ne sanctionne en principe que la corruption des agents publics nationaux et ne protège que la fonction publique nationale²²⁶. De ce fait, le statut d'agents étrangers ou internationaux n'est pas envisageable dans une incrimination luttant contre la corruption au niveau national. Et l'intégration de leur statut dans la définition de l'agent public (national) peut porter atteinte au principe de la légalité. Le fait d'étendre cette incrimination à l'agent étranger corrompu signifie donc la création d'une nouvelle qualité de corrompu que le législateur n'a pas prévue. Ainsi, le rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption

²²⁴ V. Marie Elisabeth Cartier et Cristina Mauro, « La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers », *RSC*, 2000, p. 737 ; Bruno Oppetit, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », *JDI*, 1987, p. 5 et suiv. ; Mireille Delmas-Marty et Klaus Tiedmann, « La criminalité, le droit pénal et les multinationales », *JCP*, 1979, I, p. 2935.

²²⁵ Didier Jean-Pierre, « La lutte contre la corruption des fonctionnaires et agents publics », *D.*, 2000, p. 307 ; V. également, Rémi Gouyet, « À propos de la non-déduction des commissions à l'exportation », *Petites affiches*, 25 mars 1998, n° 36.

²²⁶ André Vitu et Frédéric Stasiak, « Corruption : Des atteintes à l'administration publique et à l'action de la justice des Communautés européennes, des États membres de l'Union européenne, des autres États étrangers et des autres organisations internationales publiques », *J.-Cl. Pénal des affaires*, fasc. 40, 15 novembre 2008, mise à jour 31 janvier 2017 ; Pierre Truche et Mireille Delmas-Marty, « L'Etat de droit à l'épreuve de la corruption », in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 715.

(Conseil de l'Europe) affirme que la répression de la corruption rencontre une difficulté liée à la différence de définition des infractions de corruption et de celle de leurs auteurs²²⁷.

- 215.** Pour respecter le principe de la légalité criminelle, l'incrimination de corruption de l'agent public étranger et international est prévue aux articles 435-1 et 435-3²²⁸ du Code pénal français. En revanche, le droit koweïtien n'a aucunes dispositions dans cette matière.
- 216.** En raison de la différence d'interprétation, nous traitons séparément la notion du corrompu international (1) et celle du corrompu étranger (2).

1. Le corrompu international

- 217.** Les conventions internationales incitent les États à prendre les mesures nécessaires pour définir l'agent international comme sujet dans l'incrimination de corruption.
- 218.** Tout d'abord, au sein de l'Union européenne, figure la Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne. Ensuite, dans le cadre du Conseil de l'Europe, existe la Convention pénale contre la corruption du 27 janvier 1999. Enfin, au niveau mondial, c'est la Convention des Nations unies contre la corruption du 31 octobre 2003²²⁹ qui invite les États à incriminer la corruption d'un agent international.
- 219.** Ces conventions prouvent l'incapacité des règles nationales à faire face à la corruption ayant un élément d'extranéité. Cela est lié à l'imprécision de la qualité de corrompu prévue dans le droit national à l'égard de la qualité de corrompu international. Autrement dit, le juge pénal n'arrive pas à étendre la notion de la qualité de corrompu selon les critères nationaux à l'agent public international.
- 220.** Force est de constater que sa qualité ne s'apparente ni à celle d'un agent public national ni à celle d'un agent privé. La consécration d'une incrimination de corruption pour sa qualité s'inscrit donc dans le respect du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.
- 221.** C'est ce qu'a fait le législateur français en ajoutant les articles 435-1 et 435-3 du Code pénal qui prévoient l'incrimination de corruption passive et active de la « personne dépositaire de l'autorité

²²⁷ V. Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption, Conseil de l'Europe, Série des traités européens, n° 173.

²²⁸ Créés par la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le Code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, (*JORF*, n° 151, 1 juillet 2000, p. 9944) ; puis modifié par la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, (*JORF*, n° 264, 14 novembre 2007, p. 18648).

²²⁹ V. Juliette Tricot, « La corruption internationale », *RSC*, 2005, p. 753.

publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public [...] au sein d'une organisation internationale publique »²³⁰. Le juge pénal identifie ainsi la qualité de l'agent public international par les textes régissant l'organisation à laquelle celui-ci appartient²³¹.

2. Le corrompu étranger

222. L'incrimination de corruption d'un agent étranger est introduite dans la législation française sous l'influence des conventions internationales²³². D'une part, la loi du 30 juin 2000 modifiant le Code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption a transposé en droit interne la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997²³³. D'autre part, en raison du champ étroit de l'application de la loi précitée, l'incrimination de corruption d'un agent étranger a été refondue par la loi la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption²³⁴.
223. Ainsi, les articles 435-1 et 435-3 du Code pénal incriminent la corruption passive et active de la « personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un État étranger »²³⁵.

²³⁰ Emanuel Dreyer, « Atteintes à l'administration publique et à l'action de la justice des Communautés européennes, des États membres de l'Union européenne, des autres États étrangers et des autres organisations internationales publiques », *J.-Cl. Pénal*, art. 435-1 à 435-15, fasc. 20, 2008 : « De cette catégorie d'agents publics étrangers ou internationaux, il faut toutefois retrancher ceux qui sont susceptibles de relever spécialement de l'article 435-7 du Code pénal, à savoir : 1° toute personne exerçant des fonctions juridictionnelles dans un État étranger ou au sein ou auprès d'une cour internationale ; 2° tout fonctionnaire au greffe d'une juridiction étrangère ou d'une cour internationale ; 3° tout expert nommé par une telle juridiction ou une telle cour ou par les parties ; 4° toute personne chargée d'une mission de conciliation ou de médiation par une telle juridiction ou par une telle cour ; 5° tout arbitre exerçant sa mission sous l'empire du droit d'un État étranger sur l'arbitrage. En effet, par souci d'affichage, le législateur a préféré soumettre ce personnel judiciaire, étranger ou international, à un devoir de probité formellement distinct ».

²³¹ Wilfrid Jeandidier, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, avril 2014, n° 515.

²³² Philippe Cavalerie, « La Convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », *AFDI*, 1997, p. 609 ; Giorgio Sacerdoti, « La Convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », *RD aff. int.*, 1999, n° 1, p. 3 ; Eney Quinones, « L'évolution du droit international en matière de corruption : la convention de l'OCDE », *AFDI*, 2003, p. 563.

²³³ La loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, *JORF*, n° 151, 1 juillet 2000, p. 9944.

²³⁴ La loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, *JORF*, n° 264, 14 novembre 2007, p. 18648.

²³⁵ Il faut toutefois retrancher ceux qui sont susceptibles de relever spécialement de l'article 435-7 du Code pénal, à savoir : « 1° toute personne exerçant des fonctions juridictionnelles dans un État étranger ou au sein ou auprès d'une cour internationale ; 2° tout fonctionnaire au greffe d'une juridiction étrangère ou d'une cour internationale ; 3° tout expert nommé par une telle juridiction ou une telle cour ou par les parties ; 4° toute personne chargée d'une mission de conciliation ou de médiation par une telle juridiction

224. Reste à savoir si l'interprétation de la qualité d'agent public étranger est soumise à la norme nationale ou étrangère, c'est-à-dire si la qualité de « dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public » doit ou non être interprétée selon la loi française ou la loi étrangère. Certains auteurs soutiennent la référence à la loi étrangère au motif que l'appréciation est, dans ce cas, relative non au comportement punissable mais à la condition préalable de l'infraction²³⁶. D'autres en revanche critiquent cette interprétation car cela ne ressort pas du libellé du texte²³⁷. Dès lors la qualité d'agent public étranger doit être interprétée selon le concept juridique français.
225. En effet, la Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des États membres de l'Union européenne²³⁸ propose une solution à cette problématique. En effet, elle indique, à la fin du premier article, que « si des poursuites impliquant un fonctionnaire d'un État membre sont engagées par un autre État membre, ce dernier n'est tenu d'appliquer la définition de « fonctionnaire national » que dans la mesure où celle-ci est compatible avec son droit national ». Cette solution a été adoptée par le législateur français du fait que l'article 435-1 faisait référence à l'application de la convention précitée. Mais la loi du 13 novembre 2007 a modifié cet article en supprimant toute mention aux conventions internationales.
226. Néanmoins, nous trouvons que cette suppression n'équivaut pas à un abandon de cette solution. Elle a simplement été faite pour que le droit français soit adapté à la Convention des Nations unies contre la corruption²³⁹. Par conséquent, afin de respecter le principe de légalité criminelle, le juge français doit interpréter la qualité d'agent public étranger à la lumière de la définition donnée par le législateur étranger, à la condition toutefois qu'elle soit compatible avec son droit national. Si cette solution n'est pas explicitement consacrée par le législateur, il n'en demeure pas moins que l'origine de l'incrimination peut justifier cette interprétation²⁴⁰.

ou par une telle cour ; 5° tout arbitre exerçant sa mission sous l'empire du droit d'un État étranger sur l'arbitrage ».

²³⁶ Emanuel Dreyer, « Atteintes à l'administration publique et à l'action de la justice des Communautés européennes, des États membres de l'Union européenne, des autres États étrangers et des autres organisations internationales publiques », *J.-Cl. Pénal, op. cit.*, n° 11 ; v. également, Blandine Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, thèse, Université de Jean Moulin (Lyon III), 2006, p. 63.

²³⁷ Marc Segonds, « À propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *D.*, 2008, p. 1068.

²³⁸ *Journal officiel des Communautés européennes*, C 195, 25 juin 1997.

²³⁹ V. Philippe Bonfils, « Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption », *RSC*, 2008, p. 377 ; « La lutte contre la corruption, Entretien avec Chantal Cutajar, François Franchie et Philippe Montigny », *CDE*, 2010, entretien, n° 4.

²⁴⁰ Cette méthode de l'interprétation est acceptable pour arriver à la volonté de législateur. V. Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, 4e édition, LexisNexis, 2016, p. 443 et suiv. ; Jean Pradel, *Droit pénal général*, 21e édition, 2016, CUJAS, p. 220 et suiv.

- 227.** Délimiter la définition de l'individu corrompu, étant sujet de l'incrimination de corruption a pour objet d'éradiquer le phénomène de la corruption dans tous les champs possibles. Cela garantit également une adéquation avec les principes fondamentaux du droit pénal tels que la légalité criminelle et l'interprétation stricte de la loi pénale. À ce propos, le législateur koweïtien doit incriminer la corruption extra nationale à l'instar de législateur français.
- 228.** De plus, l'efficacité de l'incrimination de corruption oblige les législateurs français et koweïtien à prendre les mesures nécessaires qui garantissent que l'infraction de corruption s'étende aussi au corrupteur tout en continuant de respecter les principes du droit pénal.

SECTION II.

L'ADOPTION D'UNE MODALITE GARANTISSANT LA REPRESSION DU CORRUPTEUR

229. La corruption est une infraction qui suppose au moins deux acteurs. L'existence d'une personne susceptible d'être corrompue implique nécessairement l'existence d'un individu susceptible d'être corrupteur, et *vice versa*. En effet, la corruption résulte de « la rencontre de deux volontés, [d'une sorte de contrat] et synallagmatique dans la mesure où elle suppose une relation de connivence entre ces deux personnes : un avantage proposé par le corrupteur en échange d'un comportement déterminé du corrompu »²⁴¹. Partant de ce postulat, la corruption revêt bien deux facettes par l'usage²⁴² ; la corruption active est le fait pour une personne de rémunérer l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de sa fonction par l'agent compétent, et la corruption passive est le fait pour cet agent de se laisser acheter pour accomplir ou ne pas accomplir un acte de sa fonction²⁴³.
230. Cette distinction claire des deux aspects de la corruption revêt toute son importance dans la répression du corrupteur. L'incrimination de corruption vise principalement l'agent corrompu. Dans ce contexte, le rôle du corrupteur s'avère secondaire puisque l'on se concentre sur l'agent corrompu de telle manière que ce dernier sera considéré comme l'auteur et le corrupteur comme le complice²⁴⁴.
231. Cependant, l'extension de l'incrimination de corruption pour réprimer le corrupteur comme étant complice n'est pas fondée. Car, en droit français, tout comme en droit koweïtien, les règles qui dominent la théorie de la complicité ne permettent pas de réprimer le corrupteur, notamment lorsque le fait de corrompre n'a pris que la forme d'une proposition non agréée²⁴⁵. Il en va de même si l'on considère que

²⁴¹ Mariel Garrigos, « Bilan comparatif », in Mireille Delmas-Marty (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne, VII, Les processus d'internationalisation*, édition de la maison des sciences de l'homme, 2001, p. 69.

²⁴² La corruption n'était, sous l'empire du Code pénal français de 1810, définie active ou passive que dans les doctrines et les jurisprudences. Le Code pénal de 1994 a emprunté cette division.

²⁴³ Malgré cela, il convient de noter que la terminologie employée (corruption passive ou corruption active) a été et est encore critiquée par la doctrine car selon cette dernière, ce vocabulaire ne représente pas la vérité. V. André Vitu et Roger Merle, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial par André Vitu*, Tome I, CUJAS, 1982, p. 284 ; Emmanuel Dreyer, « Corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique », *J.-Cl. Pénal*, Art 432-11, fasc. 10, août 2010, mise à jour 31 Décembre 2013 ; Wilfrid Jeandidier, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, avril 2014, n° 9 ; Oumar Kone, *La corruption des agents publics : approche comparée des droits français et maliens*, thèse, université de Strasbourg, 2015, p. 72.

²⁴⁴ Marc Segonds, « Etude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption », in Gilles Duteil et Marc Segonds, (dir.), *La corruption : Aspects actuels et de droit comparé*, AIDP, Erès, 2014, p. 129.

²⁴⁵ *Ibid.*

le corrupteur est complice ; la tentative de corruption qui réside dans le seul fait de proposer une corruption reste impunie en vertu de la règle « la tentative de complicité n'est pas punissable »²⁴⁶.

232. Ces espaces d'impunité ne correspondent plus à la politique criminelle de lutte contre la corruption actuelle qui se veut efficace et respectueuse des principes fondamentaux, notamment du principe de légalité criminelle. Cela conduit les législateurs français et koweïtien à incriminer le fait de corrompre de manière autonome.
233. Nous traiterons donc de l'incrimination autonome du fait de corrompre (§ 2) et de la raison pour laquelle les législateurs français et koweïtien adoptent cette autonomie (§ 1).

§ 1. L'inadaptation de la théorie de la complicité pour réprimer le corrupteur

234. Rappelons tout d'abord que la corruption est constituée de la rencontre de deux faits : l'offre et l'acceptation d'un avantage indu ayant pour objet de faire ou de s'abstenir d'un acte dans le cadre de ses fonctions. Ensuite, l'incrimination de la corruption vise principalement à réprimer l'agent corrompu de sorte qu'il est considéré comme le chef de cette opération, en l'occurrence celui qui accomplit ou n'accomplit pas l'acte dans le cadre de ses fonctions. Il est donc logiquement considéré comme l'auteur dans cette incrimination ; le corrupteur n'étant considéré que comme complice par fourniture des moyens ou provocation²⁴⁷.
235. Mais cette vision fait naître en droit koweïtien et français des situations où le corrupteur finit par échapper à l'incrimination du fait même de la théorie de la complicité axée sur l'emprunt de criminalité²⁴⁸. Ainsi, imputer la responsabilité pénale au corrupteur ne serait pas, dans ces cas, fondé sur une disposition légale.
236. En droit français, la théorie de la complicité est consacrée dans l'article 121-7 du Code pénal qui prévoit qu'« est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre ». En droit koweïtien, elle est définie dans l'article 48 du Code pénal qui dispose qu'« est complice d'une infraction la personne qui en provoque à la consommation ; qui s'entend avec autrui pour la commettre et si l'infraction est consommée sur la base de cette entente ; qui en facilite sciemment la préparation par aide et si l'infraction est consommée sur la base de cette aide ».

²⁴⁶ V. Jean-André Roux, *Cours de droit criminel*, Tome I, Sirey, 1927, p. 351 ; Jean Pradel, *Droit pénal général*, 21^e édition, CUJAS, 2016, p. 403 et suiv.

²⁴⁷ Ahmed Fathi Sourour, *{Droit des peines, partie spéciale : des atteintes à l'intérêt général}*, 1968, p. 44.

²⁴⁸ V. Isabelle Freij-Dalloz, « Répression de la tentative de complicité », *RSC*, 1993, p. 73.

237. Dès lors, le corrupteur qui offre à l'agent corrompu un « pot-de-vin », accomplit ce qui est appelé la provocation d'infraction. Cependant, la possibilité de réprimer ce fait au moyen de la complicité exige que l'infraction de corruption soit consommée du fait de cette provocation. Autrement dit, l'acceptation de l'offre de la part du corrompu est nécessaire pour que le corrupteur soit complice. Ainsi, le corrupteur emprunte le caractère délictueux du comportement de l'individu corrompu. Il en résulte que l'impunité de corrupteur vient de son caractère « accessoire » dans l'infraction de corruption.
238. En outre, toujours eu égard à la théorie de la complicité axée sur l'emprunt de criminalité, l'offre du corrupteur non agréée par l'individu corrompu ne constitue pas non plus un cas de tentative incriminée parce qu'il n'existe pas de tentative de complicité.
239. L'inadaptation de la théorie de la complicité pour réprimer le corrupteur réside alors dans l'impunité tenant à l'acte accessoire du corrupteur (A) et dans la non-incrimination de la tentative de complicité (B)

A. l'impunité tenant à l'acte accessoire du corrupteur

240. L'idée selon laquelle l'agent corrompu est l'auteur principal de la corruption repose sur le système de l'unité de l'infraction de corruption. Selon ce système, le corrupteur est appréhendé en qualité de complice de l'agent corrompu : le fait du corrupteur est un fait accessoire au fait principal du corrompu²⁴⁹. Toutefois, même si ce concept concorde avec le principe de l'emprunt de criminalité par lequel le droit français et le droit koweïtien sont gouvernés, il fait obstacle à l'efficacité de la lutte contre la corruption de sorte que le corrupteur ne peut dans certains cas être puni. Autrement dit, l'interprétation qui vise à élargir les règles de complicité pour réprimer la corruption porte atteinte au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.
241. En France, le système de l'unité de l'infraction de corruption n'est pas adopté dans les codes pénaux (1810 et 1994). Donc, l'impunité du corrupteur qui peut résulter des règles de la complicité ne suscite pas de problème d'interprétation. Cependant les termes d'incrimination de l'article 177 (corruption passive) et l'article 179 (corruption active) du Code de 1810 n'ont pas été accordés. De la sorte, le champ d'application de la corruption passive est plus large que celle active. La jurisprudence française a résolu ce problème mais en tenant compte du fait que les règles de complicité ne sont pas manifestement appropriées.
242. Il convient d'abord de relever les cas où le fait de considérer les actes du corrupteur comme étant accessoires est inadapté pour le réprimer (1). Ensuite, nous analyserons la conscience de la jurisprudence

²⁴⁹ Marc Segonds, « Etude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption », in Gilles Duteil et Marc Segonds, (dir.), *La corruption : Aspects actuels et de droit comparé*, op. cit., p. 129 et suiv.

française de cette inadaptation (2). Concernant ce deuxième point, il faut noter que la jurisprudence koweïtienne n'apporte pas de précisions.

1. Cas d'impunité

- 243.** D'abord, si le corrupteur propose ou offre un avantage indu à l'agent compétent pour faire ou s'abstenir d'un acte de la fonction, ce comportement peut, selon l'article 121-7 du Code pénal français et l'article 48 du Code pénal koweïtien, qualifier un acte de complicité par provocation. Toutefois, l'existence d'un acte de complicité ne suffit pas à punir le corrupteur. Les droits français et koweïtien nécessitent également l'existence d'une infraction. En l'occurrence, il faut que l'agent compétent accepte cette offre pour que l'infraction de corruption existe. De ce fait, si ce dernier refuse l'offre, cette dernière condition n'est alors pas remplie et le complice ne pourra pas être poursuivi.
- 244.** Ensuite, le corrupteur doit, pour être complice par aide ou assistance, avoir commis ou commettre un acte de complicité²⁵⁰. Cela signifie qu'il est à l'abri de toute répression s'il propose l'avantage indu après que l'agent compétent ait agi ou se soit abstenu de réaliser l'acte de la fonction.
- 245.** Enfin, l'infraction de corruption est considérée pleinement consommée lorsque l'individu corrompu sollicite un avantage indu, c'est-à-dire que le corrupteur n'a pas joué de rôle dans la réalisation de cette infraction²⁵¹. Celui-ci ne peut alors être puni puisque la complicité suppose la volonté de s'associer à une infraction qui n'a pas encore entièrement consommé²⁵².

2. Solution jurisprudentielle

- 246.** Avant la loi du 16 mars 1943 et l'ordonnance du 5 février 1945 qui évoquent toutes les hypothèses de la corruption active, l'article 179 du Code pénal de 1810 ne punissait le corrupteur que lorsqu'il a pour but d'« obtenir un acte du ministère du fonctionnaire ». Autrement dit, la corruption qui a pour objet de pousser le fonctionnaire à s'abstenir d'un acte de sa fonction n'existait pas parmi les hypothèses de l'article 179. Dès lors, dans le premier cas, les règles générales de complicité ne peuvent être invoquées

²⁵⁰ V. Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, *Droit pénal général*, 15e édition, 2008, Economica, p. 513.

²⁵¹ Le droit koweïtien incriminait, dans l'article 49 du Code pénal, la complicité après la consommation de l'infraction. Le troisième alinéa de cet article stipulait qu'« est complice d'une infraction après sa consommation la personne qui obtient sciemment un avantage illicite pour lui-même ou pour autrui ». Ainsi, le corrupteur pourrait être complice ultérieur de l'infraction de corruption. Mais, la Cour constitutionnelle koweïtienne abroge cet article car il est contraire au principe de la personnalisation des peines.

Koweït, Cour const., 15 mars 2010, n° 2/2010 ; V. aussi dans la note de bas de page, Faisal Alkandary et Gannam Mohamad Gannam, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, 2e édition, 2011, p. 42 .

²⁵² V. Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, 4e édition, LexisNexis, 2016, p. 795.

pour punir les corrupteurs car leurs faits constituent un délit spécial²⁵³. En revanche dans le deuxième cas, le corrupteur n'est théoriquement qu'un complice de la corruption passive incriminée par l'article 177 du Code de 1810. Cependant, la jurisprudence française prend conscience de l'inadaptation des règles de complicité. Elle ne les utilise donc pas pour réprimer le corrupteur et préfère interpréter de manière extensive l'article 179 pour surmonter l'inconvénient de l'impunité du corrupteur résultant des règles de complicité. Deux exemples illustrent son jugement.

247. Le premier exemple remonte à l'année 1822. En l'espèce les circonstances étaient les suivantes : des commerçants avaient corrompu des préposés des douanes pour qu'ils consentent à constater que des sels, sortis de leurs entrepôts, avaient été embarqués. La cour royale de Caen avait jugé que la corruption active prévue à l'article 179 du Code pénal de 1810 ne pouvait pas être applicable car il ne punissait le corrupteur que lorsqu'il avait pour but d'« obtenir un acte de ministère du fonctionnaire ». Devant la Cour de cassation, le Procureur général se demande si l'article de 177 du Code pénal de 1810 (corruption passive) s'applique aux corrupteurs en vertu des règles de complicité consacrées à l'article 60²⁵⁴ du Code pénal de 1810²⁵⁵. La Cour de cassation a cassé l'arrêt au motif que, en l'espèce, « les préposés des douanes n'étaient pas prévenus seulement d'avoir été corrompus pour s'abstenir d'un acte qui entraînait dans l'ordre de leurs devoirs, mais bien encore pour constater faussement que les sels sortis de l'entrepôt avaient été embarqués, et par conséquent pour faire des actes de leurs fonctions contraires à la vérité ; que dès lors la corruption employée à leur égard était atteinte par l'article 179 »²⁵⁶.
248. La doctrine a dégagé de cette décision deux dispositions ; la première « que les règles générales de la complicité, établies par les articles 59 et 60 [du Code de 1810], ne s'appliquent pas au corrupteur, dont l'action est indépendante de celle du fonctionnaire corrompu » ; la deuxième « qui n'est qu'un corollaire de cette première règle, que si la corruption a eu pour objet de porter le fonctionnaire à s'abstenir d'un

²⁵³ Adolphe Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du code pénal*, Tome II, 3e édition, 1852, p. 608 ; Émile Garçon, *Code pénal annoté*, Tome I, Art. 1 à 294, Recueil Sirey, 1952, p. 716.

²⁵⁴ Il prévoyait que « seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action, ou donné des instructions pour la commettre ; Ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils devaient y servir ; Ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action, dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée ; sans préjudice des peines qui seront spécialement portées par le présent Code contre les auteurs de complots ou de provocations attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, même dans le cas où le crime qui était l'objet des conspirateurs ou des provocateurs, n'aurait pas été commis ».

²⁵⁵ Cass. crim., 31 janvier 1822, Bull. n° 31.

²⁵⁶ *Ibid.*

acte de sa fonction, le corrupteur ne peut être atteint, parce que l'article qui incrimine spécialement celui-ci ne fait pas mention de ce cas particulier »²⁵⁷.

249. Dans le deuxième exemple, la Cour de cassation a cassé l'arrêt qui avait relaxé un individu ayant prié un policier, en lui glissant dans la main un billet de banque, de s'abstenir de dresser un procès-verbal ou à défaut d'atténuer les conséquences des faits reprochés. Elle a jugé que « si le prévenu ne pouvait être condamné pour avoir cherché à empêcher le commissaire de police de dresser procès-verbal, il en est différemment de la tentative²⁵⁸ faite près de ce fonctionnaire, à l'aide de dons, pour qu'il altérât la vérité des faits dans son procès-verbal ; attendu que cette tentative avait eu pour effet, pour but, d'obtenir du fonctionnaire une opinion favorable et un procès-verbal contraire à la vérité »²⁵⁹. La Cour de cassation a considéré que le manquement au devoir dans l'exercice des fonctions qui sont confiées aux fonctionnaires doit entrer dans l'interprétation de la notion d'« obtenir un acte du ministère du fonctionnaire » prévue dans l'article 179 du Code de 1810²⁶⁰.
250. La théorie de la complicité a un autre inconvénient par rapport à la poursuite du corrupteur. Cet inconvénient résulte de la règle de la non-incrimination de la tentative de complicité.

B. L'impunité tenant à la tentative de complicité

251. Dans le système de l'unité de l'infraction de corruption, les faits du corrupteur empruntent la criminalité des faits du corrompu. Par exemple, le corrupteur offrant un avantage n'est pas punissable lorsque l'individu corrompu n'accepte pas ledit avantage.
252. Il en résulte que le corrupteur ne peut être puni lorsque l'infraction de corruption n'a pas été consommée. Pour constituer la corruption, il faut donc que l'individu corrompu accepte volontairement l'avantage indu pour faire ou ne pas faire l'acte de fonction visé. De même, s'il l'accepte pour ensuite le dénoncer aux autorités publiques afin de piéger le corrupteur, l'infraction de corruption ne sera pas alors constituée en raison de l'absence d'élément moral et, par conséquent, le corrupteur ne pourra être poursuivi, n'ayant aucune « criminalité » à emprunter.

²⁵⁷ Adolphe Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du code pénal*, Tome II, 3e édition, 1852, pp. 609 et 610.

²⁵⁸ Il convient de noter que le mot « tentative » ne renvoie pas à la notion de tentative selon les règles générales. Mais, à l'époque, l'article 179 a prévu le fait de corrompre ou de tenter de corrompre un fonctionnaire.

²⁵⁹ Cass. crim., 22 février 1855, Bull., n° 54.

²⁶⁰ Cass. crim., 11 mai 1876, Bull., n° 117 ; Cass. crim., 15 octobre 1851, Bull., n° 462 ; Cass. crim., 15 mai 1934, Bull., n° 101 ; Cass. crim., 7 janvier 1943, cité par : Émile Garçon, *Code pénal annoté, op.cit.*, p. 717.

253. Cependant, la question se pose de la possibilité de réprimer le corrupteur en vertu des dispositions générales sur la tentative de corruption²⁶¹. Celle-ci réside dans le fait que le corrupteur fait un acte coupable (proposer un avantage à un agent pour faire ou ne pas faire l'acte de fonction), mais il ne l'accomplit pas en raison de circonstances indépendantes de sa volonté (celle du refus d'accepter la proposition).
254. La réponse à cette question s'avère négative. Deux raisons connexes aboutissent à l'impunité au corrupteur.
255. La première consiste en la théorie de la complicité en droit français et koweïtien, fondée sur la criminalité dite « d'emprunt ». Malgré l'intention criminelle du corrupteur (complice) et dont l'insuccès est imputable à des circonstances indépendantes de sa volonté (refus de la proposition), le corrupteur en tant que complice ne peut pas emprunter la criminalité de l'acte principal puisque son éventuel auteur a refusé son offre. Dès lors, il convient de noter que pour que l'on puisse parler de tentative, l'infraction de corruption doit avoir été effectuée. Or en l'occurrence elle n'a même pas débuté. Il s'agit d'une illustration parfaite du principe connu selon lequel « il n'y a pas de tentative de complicité »²⁶².
256. La deuxième consiste en la théorie de la tentative en tant que telle. En effet, les droits français et koweïtien exigent, selon l'article 121-5 du Code pénal français et l'article 45 du Code pénal koweïtien, deux conditions pour qu'une tentative soit sanctionnée : un commencement d'exécution et un empêchement de la réalisation de l'infraction par des circonstances étrangères à la volonté de l'auteur²⁶³. En matière d'unité de l'infraction de corruption où l'agent corrompu est l'auteur principal et le corrupteur est le complice, la tentative n'est pas concevable. Car l'exécution de l'infraction dépend toujours de l'acte du corrompu. La première condition de la tentative n'est donc pas remplie.
257. Devant cette inadaptation de la théorie de la complicité pour poursuivre le corrupteur et devant la dangerosité de l'élargir sans respecter leurs limites, les législateurs français et koweïtien préférèrent une modalité distincte pour pouvoir lever l'impunité du corrupteur dans les cas ci-dessus en respectant le principe de la légalité criminelle et son corollaire de l'interprétation stricte.

²⁶¹ En France, selon l'article 121-5 du Code pénal, « la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ». Au Koweït, selon l'article 45 du Code pénal, « la tentative d'une infraction est constituée par la commission d'un agissement ayant pour but d'en exécuter mais sans en achever en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur... ».

²⁶² Raoul Combaldieu, « Le problème de la tentative de complicité ou le hasard peut-il être arbitre de la répression ? », *RSC*, 1959, p. 454.

²⁶³ Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, 4e édition, LexisNexis, 2016, p. 695 et suiv. ; Fadel Nasserallah, *{Droit pénal général koweïtien : l'infraction}*, 2e édition, 2006, p. 243 et suiv.

§ 2. L'INCRIMINATION AUTONOME DU FAIT DE CORROMPRE

258. Les droits français et koweïtien contournent l'unité de l'infraction de corruption qui fait naître, comme évoqué ci-dessus, l'impunité du corrupteur dans certains cas. Elles ont qualifié les agissements du corrupteur de manière autonome, sans lien d'incrimination avec ceux de l'agent compétent corrompu ou potentiellement corrompu. Par conséquent, l'offre proposée par le corrupteur est dorénavant punie quand bien même l'acceptation n'a pas eu lieu. Autrement dit, les deux législations non seulement renoncent à la théorie de la complicité par l'incrimination propre de la provocation²⁶⁴ mais également incriminent de manière autonome la tentative de corruption.
259. Si cela marque une volonté claire des deux législateurs de lutter contre la corruption de manière efficace, cela peut également s'inscrire dans le respect du principe de légalité criminelle. Les droits français et koweïtien étendent ainsi l'incrimination au corrupteur sans interpréter extensivement les dispositions de la théorie de complicité ou de la tentative de complicité.
260. Si la législation française et celle koweïtienne remplissent cette lacune, elles n'ont pas emprunté la même voie pour y parvenir. En France, l'incrimination autonome du fait de corrompre se manifeste par le choix du système de la dualité de l'incrimination de corruption (B). Au Koweït, le législateur préfère le système de l'unité de l'incrimination de corruption en y effectuant les modifications nécessaires qui garantissent la répression de corrupteur (A).

A. La répression de corrupteur en droit koweïtien

261. Le système choisi par le législateur koweïtien pour l'incrimination de corruption soulève un débat doctrinal. C'est peut-être en raison de la disparité des articles et de leurs termes qui ne sont pas assez clairs en ce qui concerne les actes incriminés pour le corrupteur.
262. Il convient donc de présenter d'abord les articles (1), ensuite le débat doctrinal (2) et enfin la jurisprudence (3) en la matière.

1. Articles

263. L'article 35 de la loi n° 31/1970 modifiant le Code pénal de 1960 prévoit qu'« est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende équivalant à deux fois la valeur de ce qui a été donné ou promis à

²⁶⁴ Le système qui ferait de chaque participant l'auteur d'une infraction autonome nie nécessairement l'existence de la complicité. V. Frédéric Desportes et Francis Le Guehec, *Droit pénal général*, 15^e édition, 2008, Economica, note de bas de page de p. 519.

l'agent public le fait de ce dernier de solliciter ou agréer pour lui-même ou pour autrui une promesse ou un don pour faire ou s'abstenir d'un acte de la fonction ».

264. Ensuite, l'article 39 de la même loi prévoit que « le corrupteur et l'intermédiaire sont punis de la même peine que celle prévue pour le corrompu. Si l'acte de la fonction est un droit pour le corrupteur, la peine est pour le corrupteur ou l'intermédiaire de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de mille dinars ou l'une de ces deux peines. Dans tous les cas, le corrupteur et l'intermédiaire sont exemptés de la peine s'ils informent les autorités publiques de l'infraction ».
265. Enfin, l'article 41 définit l'infraction de l'offre de corruption sans acceptation par l'agent public : « est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de mille dinars ou de l'une de ces deux peines le fait d'offrir un don ou une promesse à un agent public - sans que ce dernier l'accepte - pour faire ou s'abstenir d'un acte de la fonction. La peine est de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de deux cent vingt-cinq dinars si l'acte demandé est un droit pour le corrupteur »²⁶⁵.

2. Débat doctrinal

266. Une partie de la doctrine koweïtienne considère que le droit koweïtien adopte le système de la dualité de l'incrimination de corruption²⁶⁶. En effet, selon elle, considérant que le législateur incrimine les faits commis par le corrompu et les faits du corrupteur dans des articles distincts, et que l'incrimination du corrupteur s'appuie sur une répression autonome et non sur les dispositions générales de complicité, le système est donc celui de la dualité de l'infraction de corruption.
267. Toutefois, cet argument ne nous paraît pas convaincant parce que l'importance à considérer que tel ou tel législateur adopte le système de l'unité ou de la dualité de l'infraction de corruption réside dans l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction et non dans la place de l'incrimination parmi les textes. D'une part, nous pouvons considérer que l'incrimination du corrupteur, qui est prévue à l'article 39, ne signifie pas une incrimination distincte. Cet article, qui concerne la peine encourue et l'exemption de la peine, déroge aux dispositions générales de complicité qui infligent la même peine à l'auteur principal et à son complice. L'article 39 est donc destiné à infliger au corrupteur une peine moindre que la peine du corrompu. D'autre part, l'article 41 incrimine le fait de proposer la corruption sans acceptation. Cela peut signifier que le législateur prend en compte l'insuffisance des dispositions de complicité pour punir ce

²⁶⁵ La loi n° 31/1970 n'a pas modifié l'incrimination de corruption à l'égard du système de l'unité de l'infraction de corruption. Le système énoncé aux articles 114 (corruption passive), 115 (corruption active) et 117 (offre de corruption sans acceptation) du Code pénal koweïtien de 1960 reste le même dans la loi précitée.

²⁶⁶ Hassan Sadiq Almorsafaoui, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, Almaktab Alsharqui, Liban, 1969, p. 18.

fait. Il incrimine donc ce fait pour pallier l'insuffisance résultant de son adoption du système de l'unité de l'infraction de corruption.

268. *A contrario*, la majeure partie de la doctrine précise que la politique pénale du législateur koweïtien repose sur le système de l'unité de l'infraction de corruption²⁶⁷. Pour autant, les opinions sont divisées en deux parties quant au rôle du corrupteur dans l'infraction de corruption.
269. La première partie²⁶⁸ estime que le corrupteur est en principe réputé complice et emprunte le fait incriminé de l'individu corrompu dans le cas où ce dernier accepte sa proposition ou dans le cas où le corrupteur cède à la sollicitation de l'individu corrompu. Exceptionnellement, le corrupteur est réprimé comme étant auteur principal par l'article 41, celui de l'offre de corruption sans acceptation de la part de l'individu corrompu.
270. Pour notre part, nous pensons que ce point de vue n'est pas acceptable dans son entier. Il peut conduire à réprimer le corrupteur sans fondement légal. En effet, si la proposition faite par le corrupteur peut constituer un acte de complicité par provocation ou aide, il n'en va pas de même si cette proposition est faite par l'individu corrompu en sollicitant un pot-de-vin. Le fait de céder à cette proposition constitue ainsi un acte subséquent à l'infraction de corruption consommée par la sollicitation. Il ne peut donc y avoir, selon les dispositions générales de la théorie de complicité, de complicité après la constitution de l'infraction.
271. L'autre partie de la doctrine²⁶⁹ considère que le législateur koweïtien a considéré l'infraction de corruption comme une infraction bilatérale, à l'instar de l'adultère, dans laquelle les protagonistes sont les deux parties d'un rapport délictueux²⁷⁰. Le fait principal qui est le trafic de la fonction de la part du corrompu nécessite l'existence d'une autre partie à l'infraction telle que l'éventuel corrupteur. Ainsi, le corrupteur doit être qualifié comme coauteur de l'infraction de corruption. L'infraction de corruption doit donc se définir comme un pacte de corruption de sorte qu'elle doit comprendre deux catégories d'actes : un acte d'offre de corruption et un autre d'acceptation de celui-ci.

²⁶⁷ Abdulwahab Houmed, « {La corruption dans la législation koweïtienne} », *Revue de Droit*, Université de Koweït, Volume I, 1977, p. 11 ; Abdulmohaimin Baker Salem, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, 2e édition, 1983, p. 22 ; Faisel Alkandary et Gannam Mohamad Gannam, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, 2e édition, 2011, p. 47 et suiv.

²⁶⁸ Abdulwahab Houmed, « {La corruption dans la législation koweïtienne} », *Revue de Droit*, *op. cit.* ; Faisel Alkandary et Gannam Mohamad Gannam, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, *op. cit.*, p. 47.

²⁶⁹ Abdulmohaimin Baker Salem, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, *op. cit.*, p. 22.

²⁷⁰ Sur la notion de l'infraction bilatérale, V. Christian Dupeyron, L'infraction collective, RSC, 1973, pp. 357 et 360 ; François Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, p. 270 et suiv.

272. L'infraction de corruption reste bilatérale même s'il y a des cas où l'infraction de corruption a été réalisée mais pas le pacte de corruption. Par exemple, si un individu ne cède pas à la sollicitation de l'individu corrompu ou si un fonctionnaire refuse une proposition de pot-de-vin, l'infraction de corruption est considérée comme une « forme anormale de l'infraction bilatérale »²⁷¹. Cette anomalie se trouve justifiée par la politique criminelle qui vise d'une part à ce que le corrupteur n'échappe pas à la répression si sa proposition de corruption n'est pas acceptée, et d'autre part à ce que l'individu corrompu n'échappe pas à la répression si sa sollicitation de corruption n'est pas acceptée²⁷². Nous pouvons ajouter un cas d'anomalie, à savoir celui de l'intermédiaire que le législateur considère comme un coauteur s'il est une partie du pacte de corruption.
273. En outre, ce qui plaide en faveur du système de l'unité de l'infraction de corruption, c'est que l'article 39 précité indique clairement que le corrupteur est puni de la même peine que celle de la personne corrompue. Selon cet article, le législateur suppose la réalisation du pacte de corruption en qualifiant le fonctionnaire de corrompu dans les termes d'incrimination. De plus, l'article 41 de la loi n° 31/1970, qui incrimine le fait de proposer à un fonctionnaire une corruption sans que ce dernier l'accepte, démontre que le législateur prend en considération l'insuffisance des règles de l'infraction bilatérale dans l'incrimination en cas du pacte de corruption non conclu.

3. Jurisprudence

274. Les jurisprudences koweïtiennes semblent opter pour le système de l'unité de l'infraction de corruption qui suppose un fait principal dont le corrupteur et l'individu corrompu sont coauteurs²⁷³.
275. En effet, la Cour de cassation a jugé, dans trois décisions récentes, que « l'infraction de corruption est, selon les articles 35 et 39 de la loi n° 31/1970, constituée, pour le corrupteur, par le fait qu'il offre ou propose un don ou promesse à un agent public pour faire ou s'abstenir d'un acte de la fonction en ayant connaissance de la qualité de l'agent public et, en outre, que l'agent public accepte cette offre »²⁷⁴. Il en

²⁷¹ Filippo Grispigni, *Diritto penale italiano*, Volume II, 1952, p. 226 et p. 245, cité par : Abdulmohaimin Baker Salem, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, op. cit., p. 23.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *A contrario*, il y a deux arrêts de la Cour d'appel koweïtienne considérant que les actes du corrupteur relèvent de la complicité par aide en vertu de l'article 48 du Code pénal car il ne fait que donner un « pot-de-vin » en cédant à la sollicitation de l'individu corrompu. Dès lors les pourvois contre ces deux arrêts devant la Cour de cassation koweïtienne ont été irrecevables. La Haute juridiction n'a donc pu aborder le fond. V. Koweït, Cass. crim., 27 novembre 2001, n° 178/2001 ; Koweït, Cass. crim., 28 novembre 2000, n° 127/2000. Cependant, force est de constater que la complicité par aide ne peut pas être constituée après avoir sollicité la corruption car l'infraction est déjà consommée ; il n'y a donc pas de complicité après l'achèvement de l'infraction.

²⁷⁴ Koweït, Cass. crim., 26 octobre 2010, n° 770/2009 ; Cass. crim., 27 janvier 2009, n° 495/2008 ; Cass. crim., 19 mai 2009, n° 652/2008.

résulte que la Cour de cassation interprète les articles incriminant la corruption en estimant que les dispositions de complicité ne constituent pas un vrai fondement pour la répression du corrupteur. Elle adopte donc l'idée que le corrupteur est un coauteur pour fonder sa répression en respectant le principe de la légalité criminelle.

B. La répression du corrupteur en droit français

276. Le législateur français adopte le système de la dualité de l'incrimination de corruption. Ce système pallie les inconvénients résultant de l'inadaptation de la théorie de la complicité pour punir le corrupteur en cas de provocation non suivie d'effet, c'est-à-dire lorsque les dispositions générales de la complicité et celles de la tentative ne peuvent pas s'appliquer en la matière.
277. Ainsi, le fait de corrompre et le fait d'être corrompu font l'objet d'incriminations distinctes l'une de l'autre²⁷⁵. Autrement dit, il existe selon ce système deux sortes de corruption : celle qui est passive et qui désigne le fait de solliciter ou accepter un don ou une offre par l'agent investi d'une fonction appelé le corrompu ; et celle qui est active et qui désigne le fait d'obtenir, moyennant don ou promesse d'un agent investi d'une fonction qu'il accomplisse ou n'accomplisse pas un acte de sa fonction par un tiers appelé le corrupteur²⁷⁶.
278. Cette délimitation claire des sujets de la corruption respecte le principe de prévisibilité de la loi pénale. Elle marque, après avoir rencontré des difficultés, une volonté d'incriminer les faits de corrupteur en respectant le principe de légalité criminelle.
279. En effet, les difficultés sont apparues en raison des différentes rédactions de l'article 179 du Code pénal du 1810. Celui-ci mentionnait, avant l'ordonnance de 1945, que « quiconque aura contraint ou tenter de contraindre par voies de fait ou menace, corrompu ou tenté de corrompre par promesses, offres, dons ou présents l'une des personnes visées aux articles 177 et 178 pour obtenir soit l'accomplissement ou l'abstention d'un acte, soit une des faveurs ou avantages prévus auxdits articles, ou cédé à des sollicitations tendant à la corruption, même s'il n'a pas pris l'initiative de la corruption ». Le deuxième alinéa précisait que « toutefois, si les tentatives de contrainte ou corruption n'ont eu aucun effet, les auteurs de ces tentatives seront simplement punis d'un emprisonnement de trois mois au moins et de six mois au plus, et d'une amende de cent à trois cents francs »²⁷⁷. Cette mention spéciale aux tentatives non

²⁷⁵ Marc Segonds, « Etude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption », in Gilles Duteil et Marc Segonds, (dir.), *La corruption : Aspects actuels et de droit comparé*, AIDP, Erès, 2014, p. 135.

²⁷⁶ Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 7e édition, CUJAS, 2017, pp. 726 et 727.

²⁷⁷ Cet alinéa a été rédigé de cette façon par la loi 16 mars 1943 parce qu'auparavant la peine de tentative n'était pas une peine diminuée. V. Louis Hugueney, « Chronique de jurisprudence : crimes et délits contre la chose publique », *RSC*, 1946, p. 435.

suivies d'effet a été retirée par l'ordonnance de 8 février 1945²⁷⁸. L'article 179 a ainsi été rédigé : « 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 auxdits articles contre la personne corrompue ».

- 280.** Nous pouvons constater également que le législateur de 1945 a enlevé les mots « quiconque [...] aura corrompu ou tenté de corrompre par promesse... » en employant les mots « quiconque [...] aura usé de promesse [...] tendant à la corruption ».
- 281.** De par ces différences de rédaction de l'article 179, la doctrine et la jurisprudence ont été divisées en deux courants sur la question de l'incrimination de la tentative de corruption active. Cette question se pose lorsque le corrupteur fait une promesse ou don à une personne mentionnée dans l'article 177 (corruption passive) pour faire ou s'abstenir de faire un acte de sa fonction mais que celle-ci n'a pas agréé la promesse ou a refusé le don.
- 282.** Certains auteurs et arrêts ont déduit que la tentative n'était plus incriminée car l'article 3 du Code pénal de 1810 prévoyait que « les tentatives de délits ne sont considérées comme délits, que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi » et que l'article 179 n'a plus de disposition spéciale relative à la tentative. Ce faisant, en respectant le principe de légalité criminelle, la tentative de la corruption active n'était alors plus punissable²⁷⁹.
- 283.** La majorité de la doctrine ainsi que la jurisprudence ont refusé cette conclusion²⁸⁰. En effet, elles considèrent que l'enlèvement du mot « tentative » de l'article 179 ne change pas la réalité de l'incrimination de la tentative de corruption active. C'est notamment parce que le législateur emploie, selon la doctrine, deux expressions visant à la tentative. D'une part, il consacre le mot « user » à la place

²⁷⁸ Ordonnance n° 45-191 du 8 février 1945 abroge et remplace les articles 160, 177 à 180 du Code pénal, modifiés par la loi n° 98 du 16 mars 1943 concernant la corruption, la tentative d'influence, les faux certificats médicaux, les pourboires pour exercice des devoirs obligatoires à la fonction, *JORF*, 9 février 1945, p. 650.

²⁷⁹ T. corr. Guéret, 14 février 1946, *D.*, 1946, p. 210 ; T. corr. Le Mans, 5 juillet, 1946, *Gaz. pal.*, 1946, II, p. 153 ; T. corr. Pau, 4 septembre 1946, *JCP*, 1946, II, p. 3362, note Marcel Schuler ; T. corr. Castres, 6 novembre 1946, *JCP G*, 1946, II, p. 3347 – T. corr. Pau, 28 octobre, 1947, *JCP*, 1947, II, p. 3981 ; Marcel-Léon Séché, « A propos de l'art. 179 nouveau », *Gaz. pal.*, 1947, I, p. 39.

²⁸⁰ T. corr. Saint-Lô, 22 janvier 1947, *Gaz. pal.*, 1947, I, p. 92 ; T. corr. Saint-Quentin, 17 juin 1947, *Gaz. pal.*, 1947, II, p. 100 ; Cass. crim., 10 juin 1948, Bull. n° 154 ; Cass. crim., 1 juillet 1948, Bull. n° 172 ; Cass. crim., 7 juillet 1949, Bull. n° 299 ; R. Vienne, « La tentative de corruption des fonctionnaires est-elle punissable ? », *JCP*, 1946, I, p. 580 ; Hubert Carteret, « La simple offre constitue la corruption active de fonctionnaires », *D.*, 1948, chron. p. 45 ; Faustin Hélie et Jean Brouchet, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, Tome II, 5e édition, Éditions Techniques, 1948, n° 224.

de corrompre, ce qui peut comprendre la corruption ou la tentative de corruption. D'autre part, le législateur a apporté des précisions avec l'expression « que la contrainte ou la corruption ait ou non produit son effet », ce qui signifie que la corruption active est consommée dès qu'il y a eu offre, même non acceptée. En outre, la corruption active est un délit formel consommé par le seul usage de l'offre et faite dans le but défini par la loi. Par conséquent, l'incrimination de la tentative de corruption active n'est pas contraire au principe de la légalité criminelle.

- 284.** Ce postulat sur l'incrimination de la tentative de corruption active a, en considérant que la tentative du fait de corrompre constitue un délit à part entière, duré jusqu'à la mise en vigueur du Code pénal de 1994. En effet, le législateur français a conservé ce système dans le Code pénal de 1994 mais en l'énonçant de manière plus claire et plus prévisible. Ainsi, il emploie, pour la corruption active, l'expression « proposer des offres, promesse ou avantage quelconque » à la place de l'expression « user des promesses... ». L'infraction est donc constituée dès lors que le corrupteur propose le pacte de corruption, peu importe que son interlocuteur l'accepte ou non. En outre, cette méthode d'incrimination est généralisée à tous les types de corruption active ; corruption publique (article 433-1), privée (article 445-1), corruption d'agent public étranger et corruption internationale (articles 435-3 et 435-9). Tous ces articles incriminent le corrupteur en prévoyant deux faits. L'un repose sur la proposition d'un don ou d'une promesse à l'agent compétent, et l'autre repose sur l'acceptation de la sollicitation du corrompu.
- 285.** Après analyse, le législateur français a ôté toute impunité au corrupteur pouvant résulter de la théorie de la complicité et de la théorie de la tentative. Ce faisant, d'une part le corrupteur ne peut être puni que comme auteur principal d'une infraction consommée, d'autre part la tentative constitue en elle-même une infraction autonome.
- 286.** Pour ce qui est de la jurisprudence, la Cour de cassation a confirmé son avis sur l'autonomie de la corruption active et passive. Pour elle, le fait de corrompre ne constitue pas l'accessoire du fait d'être corrompu²⁸¹. Elle énonce que « la corruption suppose, par sa nature même, deux faits principaux dont l'un ne saurait être l'accessoire de l'autre ; qu'il suit de là que la corruption passive [...] constitue un délit distinct, dans ses éléments constitutifs, de celui de corruption active [...] ; que ces faits de corruption sont susceptibles d'une appréciation différente... »²⁸².

²⁸¹ Cass. crim., 4 novembre 1948, Bull. n° 250.

²⁸² Comm. révis. 6 juin 2011, Bull. n° 1 ; en ce sens, V. Cass. ass. plén., 23 juillet 2010, obs. Marc Segonds, « le corollaire de l'autonomie des délits de corruption publique active et passive : l'indépendance des déclarations de culpabilité », *RPDP*, 2010, p. 919.

Conclusion du chapitre I

- 287.** Le phénomène de corruption a évolué au fil des décennies. Il commence, au niveau national, dans le cadre de la fonction publique, puis il émerge dans le secteur privé. Son évolution franchit également les frontières nationales. Il concerne donc également l'agent d'un État étranger et l'agent des institutions internationales. Face à une telle évolution, le droit pénal n'était pas suffisamment efficace en raison du principe de légalité criminelle qui oblige à définir strictement les corrompus et les corrupteurs. C'est pourquoi un mouvement visant à délimiter ces sujets est allé de pair.
- 288.** En droit français, la jurisprudence a joué un rôle essentiel pour surmonter cet obstacle en interprétant largement la qualité de corrompu. Ce qui conduit le législateur à apporter les précisions nécessaires pour délimiter le sujet passif (corrompu) de l'incrimination de corruption en se conformant au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.
- 289.** En droit koweïtien, la définition de la qualité du corrompu est, afin de respecter le principe de la légalité criminelle, traitée par le législateur de manière originale à l'intention du juge pénal, même si elle est limitée aux agents publics nationaux et à certains employés du secteur privé. Ainsi, toujours dans ce souci du respect du principe de légalité criminelle, il faut que le législateur koweïtien délimite, à l'instar de législateur français, la qualité d'agent public étranger et d'agent international pour lutter contre la corruption internationale.
- 290.** Les deux droits, français et koweïtien, luttent efficacement contre la corruption en adoptant des modalités distinctes pour arriver à réprimer le sujet actif (corrupteur) tout en respectant le principe de la légalité criminelle.
- 291.** En revanche, l'évolution du phénomène de corruption produit des formes et des mécanismes multiples. La lutte contre la corruption au moyen du droit pénal doit donc être en mesure de cerner ces diverses formes en l'incriminant de manière efficace mais aussi dans le respect des principes fondamentaux. C'est ce qui est fait par les législateurs français et koweïtien en délimitant l'objet du phénomène de corruption dans le droit pénal.

CHAPITRE II.

L'OBJET DE L'INCRIMINATION DE CORRUPTION

292. Selon le principe de légalité criminelle, la loi fixe les éléments constitutifs de l'infraction tandis que les juges interprètent strictement ces éléments. Il en résulte que la norme pénale doit, pour incriminer un comportement, être en mesure d'imaginer toute forme, hypothèse et modalité qui peuvent entrer dans la définition de ce comportement. Le législateur doit fixer le champ d'application de la loi pénale, définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis²⁸³. Et il ne peut pas déléguer cette obligation à une tierce autorité pour fixer les éléments de détails d'une incrimination²⁸⁴.
293. Néanmoins, la lutte efficace contre le phénomène de corruption peut se trouver entravée par ce principe. En effet, il l'entrave car le principe de légalité suppose la clarté, l'accessibilité et la stabilité du sens des comportements incriminés. Or la corruption n'est pas soumise, en tant que phénomène social évolutif, à une définition suffisamment claire identifiant ses frontières. Depuis Aristote, en passant par Montesquieu, Machiavel ou encore Rousseau, et jusqu'à nos jours, la définition de la corruption n'a cessé d'évoluer²⁸⁵. Il est difficile donc de délimiter les comportements constituant l'objet de l'incrimination de corruption.
294. Yves Mény a expliqué cette difficulté ; elle résiderait dans le fait que la définition juridique de la corruption n'est pas toujours le reflet du véritable phénomène de corruption. Ainsi la règle juridique est imparfaite pour définir la corruption « parce qu'elle n'est pas toujours précise ou qu'elle n'a pas été modifiée en dépit de l'évolution des mœurs et des esprits »²⁸⁶. Par exemple, à un moment donné, le concept de corruption a dépendu de la nature de l'acte de la fonction qui est la contrepartie du pot-de-vin : la corruption est constituée quand l'acte était « injuste » alors qu'elle n'était pas constituée si l'acte était « juste »²⁸⁷.
295. Les législateurs français et koweïtien prennent en considération cette variabilité de l'objet de corruption. Ils visent à délimiter la lutte contre la corruption de manière effective. Cette délimitation résiste à ce que le principe de la légalité criminelle et son corollaire de l'interprétation stricte de la loi pénale ne fassent

²⁸³ Cons. const. 5 mai 1998, n° 98-399 DC, considérant n° 7.

²⁸⁴ Bertrand de Lamy, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Cah. dr.*, Volume 50, n° 3-4, 2009, p. 585, disponible sur le site : <http://id.erudit.org/iderudit/039334ar>

²⁸⁵ Frédérique Farouz-Chopin, *La lutte contre la corruption*, thèse, universitaires de Perpignan, 1998, p. 15.

²⁸⁶ Yves Mény, *La corruption de la République*, Fayard, 1992, p. 207.

²⁸⁷ V. Marc Segonds, « Etude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption », in Gilles Duteil et Marc Segonds, (dir.), *La corruption : Aspects actuels et de droit comparé*, AIDP, Erès, 2014, p. 164.

pas obstacle à l'incrimination de corruption. Ce faisant, les législateurs français et koweïtien délimitent l'élément matériel de l'incrimination de corruption de manière effective pour cerner les diverses formes du phénomène de corruption et de manière conciliable avec le principe de légalité criminelle.

- 296.** En outre, l'une des difficultés pour lutter contre la corruption réside dans le fait que l'objet du pacte de corruption est occulte. Ce caractère peut retarder la détection de corruption. Ainsi, il nuit évidemment à son incrimination parce qu'il peut ôter, par l'institution de la prescription de l'action publique, à la corruption son caractère délictueux²⁸⁸. Autrement dit, le respect du principe de la légalité criminelle par l'application des dispositions de la prescription de l'action publique prive de sens l'incrimination de corruption.
- 297.** Cette difficulté retient l'attention de la jurisprudence française. En effet, celle-ci interprète excessivement les règles gouvernant la prescription de l'action publique de sorte qu'elle ne permette pas au temps d'effacer le trouble social résultant de la corruption. Récemment, afin de mettre les solutions jurisprudentielles en accord avec le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, le législateur français est intervenu en la matière.
- 298.** Concernant le droit koweïtien, c'est le législateur qui fait attention au caractère occulte de la corruption. Il consacre un régime dérogatoire à la prescription de l'action publique en matière de corruption.
- 299.** Dès lors, la délimitation de l'objet de l'incrimination de corruption en respect des principes fondamentaux apparaît à l'effectivité des éléments constitutifs (Section I) et à la mise en place d'un régime particulier à la prescription de l'action publique pour l'incrimination de corruption (Section II).

²⁸⁸ Cass. crim., 27 octobre 1993, Bull. n° 320 ; Cass. crim. 30 octobre 2001, Bull. n° 224 : la prescription de l'action publique « ôte aux faits poursuivis tout caractère délictueux ».

SECTION I. L'EFFECTIVITE DE L'ELEMENT MATERIEL

300. L'effectivité de l'élément matériel de la corruption suppose que son texte d'incrimination est suffisant pour cerner toutes formes et hypothèse de ce fléau sans l'interpréter excessivement.
301. La difficulté de la lutte contre la corruption *via* le droit pénal provient de l'incapacité de la règle pénale à s'adapter aux évolutions pratiques de ce phénomène. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, conséquence du principe de légalité criminelle, exige que le juge ne puisse pas se substituer au législateur en complétant la loi. Ainsi, si une pratique corruptive n'est pas prévue par la loi, le juge ne peut sanctionner, ce qui doit exiger l'intervention du législateur.
302. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale suppose une précision idéale des faits incriminés de la part du législateur, de manière à ce que le rôle du juge se limite à appliquer le texte à la situation concrète. Or, le législateur n'est pas souvent en mesure d'adopter une précision parfaite, surtout lorsqu'il s'agit d'un phénomène criminel sophistiqué comme la corruption. Cette problématique invite un auteur à s'interroger sur « l'effectivité de la loi pénale » en matière de lutte contre la corruption²⁸⁹.
303. Les législateurs contemporains prennent en compte la difficulté de concilier le principe d'interprétation stricte de la loi pénale et l'incrimination de certains comportements. Ils ont recours parfois à l'utilisation de termes vagues ou à des définitions imprécises afin de permettre aux juges de respecter le principe d'interprétation stricte²⁹⁰, tout en conservant une liberté d'interprétation large.
304. Cette manière qui est considérée comme une mutation du principe de légalité criminelle, notamment dans son corollaire de l'interprétation stricte²⁹¹, sert à la politique de répression de la corruption. Comme le souligne Frédérique Chopin, « si les textes ne sont pas orientés vers une pénalisation de ce comportement, en revanche, la jurisprudence, elle, a tendance à prendre davantage en compte l'incrimination de la corruption »²⁹².

²⁸⁹ Michel Véron, « Corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêt, favoritisme », *RJ com.*, 2001/11, p. 35.

²⁹⁰ V. Philippe Conte et Patrick Maistre Du Chambon, *Droit pénal général*, 6e édition, Armand Colin, 2002, p. 91.

²⁹¹ V. en ce sens, Jean-Christophe Saint-Pau, « L'interprétation des lois : Beccaria et la jurisprudence moderne », *RSC*, 2015, p. 273.

²⁹² Frédérique Chopin, « La place actuelle de la répression de la corruption dans les politiques pénales et législatives françaises », in *Le nouveau code pénal : dix ans après*, Edition A. Pédone, 2005, p. 159.

305. Pourtant, les législateurs français et koweïtien ne laissent pas la jurisprudence toute seule face aux obstacles de la légalité criminelle. Un mouvement de plein respect du principe de la légalité criminelle s'amorce. Les législateurs concilient ainsi le principe d'interprétation stricte de la loi pénale avec les actes de corruption. Cette conciliation se manifeste par l'interprétation des comportements corruptifs qui sont divisés en deux catégories : les procédés de corruption (§ 1) et les buts poursuivis (§ 2).

§ 1. LA CONCILIATION DE L'INTERPRETATION DES PROCÉDES DE LA CORRUPTION AVEC LE PRINCIPE DE LEGALITE CRIMINELLE

306. L'élément matériel de l'infraction de corruption, passive ou active, nécessite un procédé qui est la contrepartie que l'individu corrompu obtient ou obtiendrait. L'existence de cet élément est toujours exigé dans toute infraction de corruption : publique, privée, corruption d'agent public étranger ou international. Cette contrepartie constituant l'avantage de la corruption englobe divers procédés.

307. Ainsi les articles 432-11, 433-1, 435-1, 435-3, 435-7, 435-9, 445-1 et 445-2 du Code pénal français prévoient que l'avantage de la corruption peut être : « des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques ». Et les articles 35 et 41 de la loi koweïtienne n° 31/1970 modifiant le Code pénal le précisent en « promesse ou don ». Ces précisions constituent en effet l'avantage des procédés de la corruption.

308. Les procédés de la corruption diffèrent selon l'auteur initial de la corruption. En droit français, dans l'infraction de corruption passive (432-11, 435-1, 435-7, et 445-1), les procédés de la corruption se réalisent du fait de « solliciter ou agréer » un avantage indu. Dans l'infraction de corruption active (433-1, 435-3, 435-9 et 445-2), ils se réalisent du fait de « proposer » un avantage ou « céder » à l'agent qui le sollicite. En droit koweïtien, les procédés de corruption sont réalisés par le fait pour le corrompu de « solliciter ou agréer » un don ou promesse et par le fait pour le corrupteur de l'« offrir ».

309. Il s'agit donc d'aborder la conciliation de l'interprétation des procédés de la corruption avec le principe de la légalité criminelle sous l'angle de sa réalisation (A) puis sous l'angle de son contenu (l'avantage) (B).

A. La réalisation des procédés de la corruption

310. En droit français comme en droit koweïtien, les procédés de corruption sont classifiés en fonction de celui qui prend l'initiative. Si l'individu corrompu est à l'origine de la demande, on parle de sollicitation d'une contrepartie par l'individu corrompu et de soumission à la sollicitation par le corrupteur. *A contrario*, si c'est le corrupteur qui est à l'origine de l'offre, on parle alors d'agrément de proposition de contrepartie par l'individu corrompu et de proposition par le corrupteur. La jurisprudence a nommé ces actions « pacte

de corruption », de manière à ce que la corruption soit comprise comme une rencontre de volontés, l'une émanant du corrompu et l'autre émanant du corrupteur²⁹³.

- 311.** Cependant, la précision des normes juridiques quant à la réalisation des procédés de corruption peut parfois faire obstacle à la sanction des nouveaux procédés puisque ceux-ci n'auront pas été prévus expressément par la loi.
- 312.** Les juges se retrouvent alors face à une contradiction. D'un côté, la portée du principe d'interprétation stricte de la loi pénale les oblige, lorsque le texte de la loi est clair et précis, d'appliquer le texte tel quel sans devoir rechercher la volonté du législateur. D'un autre côté, l'ingéniosité des malfaiteurs les conduit à se jouer souvent des précisions du texte de sorte qu'ils trouvent des nouveaux comportements exploitant ainsi à la fois les manques de précision de la loi et l'incapacité des juges à ne pas interpréter de manière large²⁹⁴.
- 313.** En matière de corruption, sachant qu'il s'agit d'un phénomène évolutif, le contournement des précisions de l'incrimination de la corruption est presque impossible par le malfaiteur, qu'il soit corrompu ou corrupteur. Cela se manifeste par le traitement de la question de l'antériorité des procédés de la corruption (1) ainsi que par leur réalisation avec l'intervention d'un tiers (2).

1. L'antériorité du pacte de corruption

- 314.** Pour qu'une infraction de corruption soit constituée, le fait de « solliciter ou accepter » un avantage de la part de l'individu corrompu ou le fait pour le corrupteur de « proposer un avantage ou céder à la sollicitation du corrompu » doivent être antérieurs à l'acte ou l'abstention de l'acte sollicité ; la rémunération postérieure n'est donc pas punissable²⁹⁵. Cet obstacle de la lutte effective contre la corruption est traité de manière différente en droit français (a) et en droit koweïtien (b).

²⁹³ Cass. crim., 14 mai 1986, *RSC*, 1987, p. 658 ; Cass. crim., 19 février 1953, *D.*, 1953, p. 284 ; Koweït, Cass. crim. 14 mars 1977, n° 183/1976. Mais cela n'interdit pas que la tentative de créer ce pacte du simple fait de le proposer, constitue elle-même un acte de corruption. Si la proposition émane du corrompu par une « sollicitation » sans acceptation du corrupteur, la corruption passive est constituée. Si la proposition émane du corrupteur sans « agrément » du corrompu, il s'agit de corruption active (En droit koweïtien, la jurisprudence nomme ce cas « l'infraction d'offrir la corruption ». V. Koweït, Cass. crim., 17 octobre 2001, n° 125/2000 ; Koweït, Cass. crim., 27 janvier 2009, n° 495/2008).

²⁹⁴ V. Philippe Conte et Patrick Maistre Du Chambon, *Droit pénal général*, 6e édition, Armand Colin, 2002, p. 75.

²⁹⁵ André Vitu et Roger Merle, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial par André Vitu*, Tome I, CUJAS, 1982, p. 291 ; Émile Garçon, *Code pénal annoté*, Tome I, Art. 1 à 294, Recueil Sirey, 1952, p. 696 et suiv.

a. En droit français

315. Au vu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, la jurisprudence française pose depuis longtemps²⁹⁶ comme condition que les procédés de corruption soient antérieurs à la violation des obligations de fonction²⁹⁷.
316. La définition donnée par le législateur pour les procédés de corruption ne parvenait pas à poursuivre cette forme de corruption car le sens et la portée de la définition de ces procédés (solliciter, proposer, accepter) exigeaient nécessairement une antériorité du pacte de corruption. Par exemple, dans l'affaire Depecker²⁹⁸, un inspecteur des impôts, après être entré en relation avec un contribuable soumis à un redressement fiscal, a été accusé de l'avoir incité à former un recours devant le Tribunal administratif, lui avoir remis à cet effet une requête à adresser au dit tribunal et l'extrait d'une revue comportant une étude sur un problème fiscal similaire, d'avoir sollicité de la part de ce contribuable, à titre de rémunération de ces renseignements, la somme de dix mille francs. La Cour d'appel a condamné l'inspecteur en estimant qu'il n'est pas nécessaire de rechercher l'antériorité de l'offre par rapport à l'acte ou à l'action demandée dès lors que l'inspecteur a lui-même sollicité la remise d'une somme d'argent pour faciliter l'accomplissement d'un projet. La Cour de cassation a cassé l'arrêt dès lors que la Cour d'appel a méconnu le sens et la portée de l'article 177 (corruption passive) du Code pénal de 1810 qui exige que la convention passée par le corrupteur et le corrompu précède les actes, ou leur abstention.
317. Jean-Pierre Delmas-Saint-Hilaire a vivement critiqué cette décision en considérant que cette condition d'antériorité du pacte de corruption faisait obstacle à l'incrimination de la corruption, et ce pour deux raisons : l'antériorité du pacte de corruption est une condition infondée et paradoxale. Infondée parce qu'elle est déduite de l'interprétation littérale de la loi pénale rejetée. L'interprétation exacte de l'article 177 du Code pénal de 1810 nécessite, selon lui, une simple sollicitation d'un avantage indu en vue de rémunérer le non-respect d'une obligation de la fonction à n'importe quel moment. Paradoxale parce que « tandis que le fonctionnaire qui a sollicité des dons ou promesses avant d'être infidèle, est pénalement condamnable, et il l'est même si, en définitive, il ne devait pas passer à l'acte, conséquence possible d'un désistement éventuel » alors que « le fonctionnaire qui a sollicité une rémunération après avoir été infidèle et méconnu réellement les devoirs de sa fonction échapperait aux sanctions pénales »²⁹⁹. Marc Segonds fait part de son objection par rapport à la nécessité de l'antériorité du pacte de corruption car la

²⁹⁶ Cass. crim., 16 janvier 1812, Bull. n° 8 ; Cass. crim., 28 octobre 1897, Bull. n° 332.

²⁹⁷ Cass. crim., 6 juin 1956, Bull. n° 435 ; Cass. crim., 19 février 1953, Bull. n° 59 ; Cass. crim. 8 février 1966, Bull. n° 35.

²⁹⁸ Cass. crim., 14 mai 1986, Bull. n° 163.

²⁹⁹ Jean-Pierre Delmas-Saint-Hilaire, note sous Cass. crim., 14 mai 1986, RSC, 1987, p. 686.

chambre criminelle de la Cour de cassation a insisté sur cette condition par la méthode de l'interprétation littérale de la loi pénale³⁰⁰.

- 318.** Pour nous, nous pensons que le point de désaccord entre la Cour de cassation et la doctrine précitée réside dans le choix à faire entre l'interprétation littérale et l'interprétation téléologique de la loi pénale. Chacun de ces avis s'explique au regard du respect du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. En effet, la Cour de cassation a maintenu ses anciennes décisions³⁰¹ où l'interprétation littérale de la loi pénale n'était pas tout à fait abandonnée et l'interprétation téléologique n'était pas tout à fait consacrée³⁰².
- 319.** L'exigence d'antériorité du pacte de corruption pour caractériser la corruption passive ou active a été minimisée par la jurisprudence puis déchu par le législateur.
- 320.** Commençons par la jurisprudence qui, pour atténuer les critiques concernant le principe d'antériorité du pacte de corruption par la doctrine³⁰³, a intelligemment atténué la portée de ce principe en cas de relations régulières et permanentes entre le corrupteur et le corrompu³⁰⁴. Il a été ainsi jugé que « les dons récompensant les actes passés ont pour but de faciliter les services futurs » et que « le caractère d'antériorité de la convention conclue entre un corrupteur et un corrompu résulte suffisamment du fait que les avantages reçus ont été réitérés, de telle sorte qu'ils ont nécessairement précédé les agissements du corrupteur et déterminé le corrompu »³⁰⁵.
- 321.** En 2000, tandis que le législateur français a été obligé de transposer en droit interne le Protocole du 19 juin 1997, la Convention de Bruxelles du 26 mai 1997 et la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 relatifs à la lutte contre la corruption des agents publics étrangers, le législateur a préféré, à cette occasion, modifier les dispositions relatives à la lutte contre la corruption des agents nationaux qui peuvent entraîner des discordances entre l'incrimination de corruption de l'agent public national et celle de l'agent public étranger³⁰⁶. L'exigence d'antériorité du pacte de corruption a été l'une des dispositions

³⁰⁰ Marc Segonds, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *D.*, 2008, p. 1068 ; Marc Segonds, « Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », *RSC*, 2011, p. 879.

³⁰¹ Cass. crim., 16 janvier 1812, Bull. n° 8 ; Cass. crim., 28 octobre 1897, Bull. n° 332.

³⁰² V. Wilfrid Jeandidier, « Principe de légalité criminelle : Interprétation de la loi pénale », *J.-Cl. Pénal*, Art. 111-2 à 111-5, Fasc.20, n° 14 et suiv.

³⁰³ V. spécialement Jean-Pierre Delmas-Saint-Hilaire, note sous cass. crim., 14 mai 1986, *RSC*, 1987, p. 686 ; Marc Segonds, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *op. cit.* ; Marc Segonds, « Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », *op. cit.*

³⁰⁴ Isis Mabilia Loutaya, *La lutte contre la corruption en droits interne, européen et international*, thèse, Université de Poitiers, 2013, p. 159.

³⁰⁵ Cass. crim., 29 septembre 1993, Bull. n° 127. V. aussi, Cass. crim., 6 février 1968, obs. André Vitu, *RSC*, 1968, p. 850.

³⁰⁶ Marie Elisabeth Cartier et Cristina Mauro, « La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers », *RSC*, 2000, p. 737.

que le législateur avait modifiée parce qu'elle rendait très difficile la répression de la corruption³⁰⁷. Ainsi, la loi du 30 juin 2000³⁰⁸ a introduit dans les articles 432-11, 433-1 et 435-9 du Code pénal l'expression « à tout moment ». Ensuite, le législateur l'a ajoutée, par la loi du 4 juillet 2005³⁰⁹, dans les articles 445-1 et 445-2. Par conséquent, l'antériorité du pacte de corruption n'est plus exigée, et cela vaut pour tout type de corruption (publique, privée, nationale, internationale).

322. Pourtant, la doctrine est divisée sur la question de l'utilité de cet ajout. En effet, une partie pense que cette expression ne change rien par rapport à l'exigence de la condition d'antériorité de sorte que si l'on se réfère à la lettre du texte, le pacte de corruption réside encore dans le procédé « solliciter ou proposer un avantage » « pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir » et non « pour avoir accompli ou s'être abstenu » d'un acte de la fonction³¹⁰. Une autre interprétation estime qu'il ne faut pas s'en tenir à la lettre du texte tant que l'esprit du texte est clair par rapport à la suppression de l'antériorité de la convention de corruption³¹¹. Nous avons tendance à rejoindre cette deuxième interprétation, car l'on est en effet devant un texte juridique mal écrit³¹² ou obscur. Par conséquent, son interprétation ne doit pas dépendre de la lettre du texte ; il convient de rechercher la volonté du législateur³¹³. En l'occurrence, celui-ci a précisé sa volonté de supprimer l'antériorité du pacte de corruption dans les travaux préparatoires de la loi du 30 juin 2000 précitée³¹⁴.

³⁰⁷ Assemblée nationale, rapport n° 2194, 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, adopté par le Sénat, modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale et relatif à la lutte contre la corruption, présenté par Jacky Darne, 13 décembre 1999.

³⁰⁸ La loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, *JORF*, n° 151, 1 juillet 2000, p. 9944.

³⁰⁹ La loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, *JORF*, n° 156, 6 juillet 2005, p. 11136.

³¹⁰ Patrick Maistre du Chambon, Renaud Salomon et Agathe Lepage, *Droit pénal des affaires*, PUF, p. 147; Wilfrid Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *JCP*, 2002, I, p. 166 ; Marc Segonds, « À propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *D.*, 2008., p. 1068.

³¹¹ Philippe Bonfils, *Droit pénal des affaires*, Montchrestien, 2009, p. 128 ; Emmanuel Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2008, p. 605 ; Frédéric Stasiak, *Droit pénal des affaires*, L.G.D.J, 2e édition, 2009, p. 74.

³¹² L'ajout de l'expression « à tout moment » est une hypothèse où l'esprit du législateur est trahi par la lettre. V. Philippe Conte, « L'art de légiférer se perd-il ? », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 307.

³¹³ V. Jean Pradel, *Droit pénal général*, CUJAS, 21e édition, 2016, p. 224.

³¹⁴ Sénat, rapport n° 202, fait au nom de la commission des lois, présenté par José Balarello, 2 février 2000 ; Assemblée nationale, rapport n° 2194, 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, adopté par le Sénat, modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale et relatif à la lutte contre la corruption, présenté par Jacky Darne, 13 décembre 1999.

323. Quoi qu'il en soit, la loi du 10 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit³¹⁵ a mis un terme à cette controverse. L'article 154 de cette loi rend indifférente la chronologie des agissements corruptifs en rajoutant l'expression « pour accomplir ou avoir accompli » au sein des textes d'incrimination de la corruption³¹⁶. La corruption dite préalable et la corruption dite successive sont clairement incriminées et délimitées³¹⁷.
324. Désormais, le législateur français a concilié la forme des moyens de corruption avec le principe de légalité criminelle. L'obstacle que représentait l'exigence de l'antériorité du pacte de corruption a ainsi été enlevé sans porter atteinte au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.

b. En droit koweïtien

325. La jurisprudence koweïtienne n'a pas rencontré de difficultés relatives à la question de l'exigence de l'antériorité du pacte de corruption.
326. En effet, l'article 118 du Code pénal koweïtien de 1960 et l'article 36 de la loi n° 31/1970 modifiant le Code pénal consacrent une incrimination de corruption ultérieure, dite aussi la récompense ultérieure. L'article 118 dispose que « le fait pour un fonctionnaire d'agréer de quelqu'un, en vue d'avoir accompli ou s'être abstenu d'accomplir un acte de sa fonction et sans pacte antérieur, un argent ou un avantage en tant que récompense est puni d'emprisonnement de trois ans et d'amende égale à la valeur de l'argent ou de l'avantage. Sont punis de la même peine le corrupteur et l'intermédiaire ». Puis, l'article 36 de la loi n° 31/1970 prévoit qu'« est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de cinq cents dinars ou de l'une de ces deux peines, le fait pour un fonctionnaire d'agréer de quelqu'un, en vue d'avoir accompli ou s'être abstenu d'accomplir un acte en violant les obligations de la fonction et sans pacte antérieur, un cadeau ou un don en tant que récompense ».
327. La Cour de cassation koweïtienne a décidé que l'article 36 de la loi n° 31/1970 n'a pas totalement abrogé l'article 118 du Code pénal au motif qu'il n'y a pas de contradiction entre leurs dispositions. Dès lors, l'article 118 constitue un délit relatif au fait d'accepter la récompense pour le fonctionnaire qui a accompli ou s'est abstenu d'accomplir un acte de sa fonction, alors que l'article 36 précité constitue un crime par le fait d'accepter la récompense pour le fonctionnaire qui a accompli ou s'est abstenu d'accomplir un acte en violant les obligations de sa fonction³¹⁸.

³¹⁵ La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF*, n° 115, 18 mai 2011, p. 8537.

³¹⁶ Marc Segonds, « Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », *RSC*, 2011, p. 879 ; Chantal Cutajar, « Analyse du droit positif en matière d'atteintes à la probité », *AJ pénal*, 2013, p. 70.

³¹⁷ Marc Segonds, Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *op. cit.*

³¹⁸ Koweït, Cass. crim., 19 mars 1990, n° 19/1990.

328. Le législateur koweïtien a ainsi montré sa volonté d'incriminer le pacte de corruption même s'il est effectué après l'accomplissement de l'acte du fonctionnaire. Cependant, il convient de noter que l'incrimination de corruption « ultérieure » ou « successive » est limitée au fait d'« agréer », c'est-à-dire la corruption passive. Autrement dit, la seule sollicitation d'un avantage par le fonctionnaire ou la seule proposition d'un avantage par le corrupteur ne sont pas incriminées parce que le fait de « solliciter » ou de « proposer » une récompense ultérieure n'est pas établi par la loi³¹⁹. Ce manquement de précision n'influence pas l'effectivité de l'incrimination de la corruption « successive » parce que le fait de solliciter une récompense peut être incriminé sous qualification d'une tentative d'agréer.
329. La conciliation des procédés de la corruption avec le principe de légalité criminelle prend également en considération que leur réalisation peut être accomplie par l'intervention d'un tiers, ce qui peut causer un obstacle à l'incrimination effective de corruption.

2. La réalisation indirecte ou l'intervention d'un tiers

330. En matière de corruption, les procédés de corruption (solliciter, proposer, agréer un avantage indu) peuvent être réalisés par un tiers intermédiaire ou en faveur de celui-ci. Cette intervention peut autoriser les corrompus et corrupteurs à échapper à l'incrimination de corruption sous prétexte de la non-prévision par la loi.
331. En droit français (a) comme en droit koweïtien (b), l'effectivité de l'incrimination de l'objet de corruption prend en considération ces éventuels contournements.

a. En droit français

332. Sous l'empire du Code pénal français de 1810, le premier alinéa de l'article 177, qui concernait l'infraction de corruption de l'agent public, prévoyait que les procédés corruptifs reposaient sur le fait que « quiconque aura sollicité ou agréé des offres ou promesses, sollicité ou reçu des dons ou présents... ». La question posée ici est celle des dons, offres ou promesses ; peuvent-ils avoir eu lieu, soit directement, soit par un intermédiaire de la part du corrupteur comme de la part du corrompu³²⁰. La lettre du texte ne faisait pas explicitement référence à cette hypothèse de corruption indirecte ou par tiers interposé.
333. La doctrine classique a répondu à cette question positivement. Elle a invoqué la tradition romaine « *Per se, sive interpositam personam* ». Ainsi, le fait d'agréer, de proposer ou d'accepter les dons ou les

³¹⁹ Faisal Alkandary et Gannam Mohamad Gannam, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, 2e édition, 2011, p. 63 ; Hassan Sadiq Almorsafaoui, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, Almaktab Alsharqui, Liban, 1969, p. 69.

³²⁰ René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome IV, 2e édition, Librairie de la société du recueil général, des lois et des arrêts, 1900, p. 79.

promesses est une circonstance extrinsèque à la constitution de l'infraction ; cette dernière consiste dans l'adhésion à la convention consentie par le corrupteur et l'individu corrompu que le moyen soit direct ou non³²¹. La jurisprudence, elle, a interprété le texte de la même façon. Par exemple, la corruption a été caractérisée dans le cas de l'épouse d'un juge d'instruction qui avait reçu pour lui une rémunération illicite³²².

- 334.** Cette interprétation ne pouvait pas être contraire au principe d'interprétation stricte de la loi. La jurisprudence et la doctrine n'ont pas rajouté de fait à l'incrimination mais sont d'accord sur la nécessité d'une convention corruptrice entre l'individu corrompu et le corrupteur en négligeant l'intervention d'un tiers.
- 335.** Afin de mieux concilier cette interprétation avec le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, le législateur français a consacré cette interprétation à deux reprises. D'abord lorsqu'il a ajouté l'incrimination de la corruption dans le secteur privé par la loi 16 février 1919. À l'époque, le deuxième paragraphe de l'article 177 du Code de 1810 avait prévu que la corruption passive était consommée si « 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 ». Ensuite, le Code pénal de 1994 prévoit dans toutes les infractions de corruption (publique, privée, agent public étranger, agent international) que la réalisation des procédés de la corruption peut se faire « directement ou indirectement ».
- 336.** Le droit français rend effective la lutte contre la corruption par l'incrimination de corruption réalisée pour un tiers, c'est-à-dire, dans le cas où le corrompu ne bénéficie pas personnellement de l'avantage sollicité.
- 337.** La loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption ajoute aux infractions de corruption l'expression « pour elle-même ou pour autrui » ou « pour lui-même ou pour autrui ». Cette intervention législative avait pour but de conformer le droit français aux exigences de l'article 2 de la Convention pénale de Strasbourg sur la corruption³²³ faisant état de tout avantage indu « pour lui-même ou pour quelqu'un d'autre ». Mis à part ce motif, l'introduction de cette expression au sein des textes relatifs aux

³²¹ Émile Garçon, *Code pénal annoté*, Tome I, Art. 1 à 294, Recueil Sirey, 1952, p. 697 et suiv. ; René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome IV, *op. cit.*, 1900, p. 79 ; Adolphe Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du code pénal*, Tome II, 3 édition, 1852, p. 589 et suiv.

³²² Cass. crim., 13 janvier 1916, Bull. n° 12.

³²³ La loi du 11 février 2005 autorisant la ratification de la convention pénale sur la corruption, *JORF*, n° 0036, 12 février 2005, p. 2388 ; Le décret n° 2008-672 du 4 juillet 2008 portant publication de la convention pénale sur la corruption, signée à Strasbourg le 27 janvier 1999, *JORF*, n° 0157, 6 juillet 2008 p. 10867.

infractions de corruption, n'a apporté aucune modification à l'incrimination de corruption elle-même, contrairement à ce qui est indiqué dans le rapport du Sénat qui décrit cette expression comme étant une « modification de fond »³²⁴, puisque la jurisprudence interprétait l'avantage résultant du pacte de corruption de manière large de sorte qu'il n'est pas nécessaire que l'individu corrompu le perçoive personnellement, un avantage indirect suffisant. Ainsi, avant l'introduction de l'expression « pour lui-même ou pour autrui », il a été jugé que la corruption était constituée par la sollicitation, de la part d'un élu, de fonds destinés au financement d'activités politiques³²⁵ ; par l'acceptation par le biais d'une société écran³²⁶. La doctrine n'a pas ainsi trouvé cette expression indispensable tant dans la portée de l'arrêt que sur le fond de l'incrimination de corruption³²⁷. Néanmoins, cette expression ajoutée par le législateur peut s'inscrire dans la conciliation de l'interprétation judiciaire sur l'intervention d'un tiers avec le principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

b. En droit koweïtien

- 338.** Le droit koweïtien ne prévoit pas, dans les articles incriminant la corruption passive et active, la réalisation indirecte des procédés corruptifs. Le fait de « solliciter » ou d'« accepter » un avantage appartient apparemment au corrompu lui-même selon l'article 35 de la loi n° 31/1970. Et le fait d'« offrir » un avantage indu à un fonctionnaire est, selon l'article 41 de la même loi, un agissement fait par le corrupteur lui-même.
- 339.** Toutefois, cela ne veut pas dire que les faits corruptifs indirects échappent à l'incrimination de corruption, et cela pour deux raisons.
- 340.** La première d'entre elles concerne les procédés (solliciter, accepter et offrir) mentionnés par les textes d'incrimination qui n'indiquent pas nécessairement s'ils doivent être directs ou indirects. Dès lors, cela importe peu, tant que la condition de pacte entre le corrupteur et l'individu corrompu est remplie.
- 341.** La deuxième raison est relative à l'article 39 de la loi n° 31/1970 qui prévoit que « le corrupteur et le tiers intermédiaire sont punis des mêmes peines prévues pour le corrompu... ». De ce fait, conformément à la politique criminelle de l'incrimination de corruption qui adopte le système de l'unité de l'infraction de corruption³²⁸, le tiers intermédiaire est incriminé dans l'infraction de corruption comme coauteur. Cela

³²⁴ Sénat, rapport n° 51, fait au nom de la commission des lois, présenté par Hugues Portelli, 24 octobre 2007, p. 42.

³²⁵ Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. n° 168.

³²⁶ Cass. crim., 27 octobre 1997, Bull. n° 352.

³²⁷ Wilfrid Jeandidier, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, avril 2014 ; Marc Segonds, « À propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *D.*, 2008, p.1068.

³²⁸ V. *Supra* n° 240 et suiv.

signifie que le législateur koweïtien envisage la réalisation indirecte des procédés corruptifs³²⁹. Autrement dit, le corrompu qui emploie un intermédiaire pour faire solliciter ou accepter un don ou promesse ne peut pas échapper à l'incrimination de corruption au motif que ces procédés ne viennent pas directement de lui selon les dispositions apparentes de l'article 35 de la loi n° 31/1970.

342. Par ailleurs, concernant le cas où le corrompu ne bénéficie pas personnellement de l'avantage sollicité, le législateur koweïtien concilie fortement l'interprétation possible de ce contournement avec l'exigence de prévisibilité du texte pénal. En effet, il neutralise toute tentative d'interprétation large de la loi pénale pour cette situation en donnant une interprétation législative. L'article 35 précise la corruption en précisant que c'est « le fait que chaque fonctionnaire demande ou accepte pour lui-même ou pour autrui une promesse ou un don... »³³⁰. En ce sens, l'article 38 définit la récompense ou l'avantage comme «...tout avantage obtenu par le corrompu ou la personne nommée par le corrompu... »³³¹.
343. L'effectivité de l'incrimination de corruption se manifeste également par la conciliation d'interprétation de l'avantage des procédés de corruption avec le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.

B. L'avantage des procédés de la corruption

344. La corruption repose sur un avantage, d'où le fait qu'en l'absence d'avantage, la corruption n'existe pas. La sollicitation, la proposition ou l'agrément du pacte de corruption nécessitent une contrepartie qui est représentée par l'avantage indu. La violation des obligations professionnelles reposant sur une prière ou une recommandation n'est donc pas un fait corruptif tant que l'agent n'obtient pas un avantage en contrepartie. Constitue une contrepartie la récompense qui prend la forme d'une rémunération en espèce ou en nature. Ainsi, peuvent par exemple entrer dans cette catégorie la somme d'argent³³², le pourcentage sur des indemnités³³³, l'obtention d'un prêt à des conditions extrêmement avantageuses³³⁴, arbres et arbustes³³⁵ ou travaux de rénovation dans le domicile³³⁶. Dès lors, tout ce qui est considéré comme « des offres ou promesses, des dons ou présents » peut constituer cette contrepartie en matière de corruption.

³²⁹ V. Hassan Sadiq Almorsafaoui, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, Almaktab Alsharqui, Liban, 1969, p. 51 et suiv.

³³⁰ Le texte qui nous intéresse est souligné.

³³¹ Le texte qui nous intéresse est souligné.

³³² Par exemple, Cass. crim., 14 mai 1986, Bull. n° 163 ; *RSC*, 1987, obs. Jean-Pierre Delmas Saint-Hilaire, p. 685.

³³³ Cass. crim., 6 février 1969, Bull. n° 67, *RSC*, 1969, p. 871, obs. Michel Vitu.

³³⁴ Cass. crim., 15 décembre 1923, Bull. n° 434.

³³⁵ Cass. crim., 4 juillet 1974, Bull. n° 249.

³³⁶ Cass. crim., 1 octobre 1984, Bull. n° 277.

345. Toutefois, le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale peut-elle être atteinte si la nature de la contrepartie ne peut être qu'un avantage patrimonial et matériel ? En effet, la question se pose puisque l'incrimination de corruption ne s'étend pas explicitement aux avantages « intellectuels » ou plus généralement « extrapatrimoniaux ».
346. L'effectivité de l'élément matériel intègre cette interprétation dans l'incrimination de corruption, en droits français (1) et koweïtien (2), pour qu'elle s'accorde au principe de la légalité criminelle et à son corollaire de l'interprétation stricte de la loi pénale.

1. En droit français

347. Dans le Code pénal français de 1810, l'avantage corruptif était, selon les articles 177 et 179, « des offres ou promesses, des dons ou présents ». La chambre criminelle de la Cour de cassation avait refusé de considérer, au nom du principe d'interprétation stricte, que ces mots comprennent les avantages « intellectuels » ou « extrapatrimoniaux ». Selon elle, l'expression de l'article 177 du Code de 1810 ne s'étend en effet pas aux avantages ne faisant pas l'objet d'une évaluation pécuniaire. Pour illustrer sa décision, rappelons le cas d'un chef de subdivision des Ponts et Chaussées qui avait menacé un entrepreneur de l'exclure de tous les marchés de travaux publics de la subdivision s'il ne procédait pas au licenciement de l'un de ses salariés. Pour constituer la corruption passive selon l'article 177, la question qui était posée résidait dans la réclamation du licenciement d'un salarié. Était-elle considérée comme la sollicitation d'un don ou d'une promesse ? Le plaignant avait soutenu dans le moyen du pourvoi que l'avantage précisé à l'article 177 pouvait être matériel ou moral. En l'occurrence, l'avantage était moral et consistait en « l'assouvissement d'une haine » et en « la satisfaction de voir le demandeur rejeté par tous ceux qui seraient susceptibles de l'employer ». La Cour de cassation a rejeté cette affirmation et décidé que « la recherche d'un avantage subjectif ne peut pas être assimilée à la sollicitation de dons, promesses, ou présents, seuls visés par l'article 177 »³³⁷. Elle a motivé sa solution en se fondant sur l'interprétation stricte de l'article 177 du Code pénal de 1810. D'abord, les termes utilisés par le législateur ne concernaient apparemment que les objets corporels et évaluables en argent. De plus, cette évaluation en argent est affirmée par la peine prévue qui est une amende du double de la valeur des promesses agréées ou des choses reçues ou sollicitées sans qu'elle puisse être inférieure à 1 500 francs.

³³⁷ Cass. crim., 14 octobre 1975, Bull. n° 214. Il faut noter au contraire qu'un tribunal avait jugé que la promesse de relations sexuelles qu'un fonctionnaire avait exigée pour s'abstenir d'un acte de sa fonction réalisait l'élément matériel de la corruption. V. Tribunal pour enfants de Sarreguemines, 11 mai 1967, *JCP*, 1968, II, p. 15359 ; *RSC*, 1967, obs. André Vitu, p. 329.

348. La doctrine a bien sûr critiqué cette appréciation jurisprudentielle qui pose à la lutte contre la corruption un frein considérable en limitant le domaine d'application³³⁸. D'après Vitu, les mots utilisés par le législateur ont une portée générale et peuvent recouvrir des avantages immatériels. Ceci peut être clair dans le cadre de la corruption active incriminée par l'article 179, le législateur n'hésitant pas à assimiler aux dons, présents, offres ou promesses, les voies de faits ou les menaces contre le fonctionnaire pour obtenir tel ou tel acte. Concernant l'argument fondé sur le calcul de l'amende, Vitu considère que l'amende en cas d'avantage immatériel sera seulement le taux plancher de 1 500 francs. Il conclut par le fait que l'interprétation retenue par la jurisprudence est même contraire à l'esprit du législateur qui a opéré selon lui plusieurs modifications sur les textes afin de renforcer et élargir les conditions d'incrimination de l'endémique de corruption³³⁹.
349. Cette situation, qui réduit le domaine des infractions de corruption tout en respectant le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, a prévalu jusqu'au nouveau Code pénal de 1994.
350. Le législateur ajoute l'expression « avantages quelconques »³⁴⁰ aux côtés de celle de « dons, présent, offres ou promesse ». Cette modification permet désormais aux juges de trouver un terrain légal pour fonder leur appréciation sur la caractérisation de la corruption, qu'elle soit basée sur une récompense morale ou immatérielle. Ainsi, est corrompu l'officier de police judiciaire qui a demandé à plusieurs femmes gardées à vue des faveurs sexuelles en échange d'une appréciation favorable de leur dossier³⁴¹.

2. En droit koweïtien

351. La situation était similaire à celle de l'article 177 du Code pénal français de 1810. L'article 114 du Code pénal koweïtien considère l'avantage de la corruption comme « l'argent, le bénéfice ou la promesse ». Le législateur koweïtien n'a pas fait référence à la nature de l'avantage que le fonctionnaire obtient ou pourrait obtenir.
352. Quant à la jurisprudence koweïtienne, elle ne s'est pas prononcée sur l'interprétation à donner à ce texte.
353. *A contrario*, la doctrine n'a pour sa part pas hésité à interpréter les mots utilisés par le législateur de façon large au nom de la nécessité de la lutte contre la corruption sous toutes ses formes. Almorsafaoui trouve que la notion de « bénéfice » mentionnée à l'article 114 du Code pénal comprend l'avantage évaluable en

³³⁸ Wilfrid Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, 5e édition, Dalloz, 2003, p. 37 ; André Vitu, note sous Cass. crim., 14 octobre 1975, *RSC*, 1976, p. 415.

³³⁹ André Vitu, note sous Cass. crim., 14 octobre 1975, *RSC*, 1976, p. 415.

³⁴⁰ La mention d'un « avantage quelconque » est généralisée dans tous les textes qui incriminent la corruption.

³⁴¹ Cass. crim., 30 septembre 2009, Bull. n° 162.

argent et l'avantage immatériel³⁴². Nous pensons que le législateur koweïtien a utilisé l'expression « bénéfice » sciemment afin que l'avantage ne se limite pas à l'argent en espèces ou en nature mais comprenne aussi l'avantage immatériel. L'article 114 du Code pénal a cité un exemple ainsi formulé : « est considéré une contrepartie de corruption le bénéfice dont le fonctionnaire ou un autre obtient par le fait de vendre un bien mobilier ou immobilier à un prix plus élevé que sa valeur ou d'en acheter à un prix moindre que sa valeur ou tout autre contrat entre le corrupteur et le corrompu ». Ainsi, les termes employés et l'exemple cité par le législateur indiquent bien que le bénéfice est un avantage évaluable en argent sans l'étendre explicitement ou implicitement au bien immatériel ou moral.

- 354.** Le législateur koweïtien est intervenu par la loi n° 31/1970 portant modification du Code pénal afin d'élargir le domaine de l'incrimination en délimitant le sens de la récompense ou de l'avantage dont le corrompu peut bénéficier. Par cette loi, il donne une interprétation législative de la contrepartie du pacte de corruption. L'article 38 prévoit explicitement qu'« est considéré comme étant une promesse ou un don quelle que soit sa dénomination ou sa nature matérielle ou immatérielle tout avantage obtenu par le corrompu ou la personne nommée par le corrompu ». L'exposé des motifs de la loi précitée justifie cette intervention pour que l'avantage obtenu comme contrepartie des faits corruptifs soit compris au sens large et intégrer l'avantage immatériel non évaluable en argent³⁴³. Autrement dit, cette interprétation législative rend effective la lutte contre la corruption en respectant le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.
- 355.** L'effectivité de l'élément matériel de corruption ne se limite pas à concilier l'incrimination de ses procédés avec le principe de la légalité criminelle. Ce mouvement s'étend aussi à la conciliation de l'interprétation du but des procédés de la corruption avec le principe de légalité criminelle.

§ 2. LA CONCILIATION DE L'INTERPRETATION DU BUT DE LA CORRUPTION AVEC LE PRINCIPE DE LEGALITE CRIMINELLE

- 356.** Le but de la corruption constitue l'élément cardinal par lequel la corruption est incriminée. Le corrompu sollicite ou agréé un avantage indu parce qu'il est compétent pour accomplir les actes de sa fonction, le corrupteur propose ou cède à la sollicitation du corrompu pour que ce dernier accomplisse un acte dans le cadre de sa fonction. Cependant, l'interprétation de cet élément peut susciter des difficultés qui peuvent conduire, au vu du principe de légalité criminelle, la lutte contre la corruption à l'ineffectivité.

³⁴² Hassan Sadiq Almorsafaoui, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, Almaktab Alsharqui, Liban, 1969, p. 29 et suiv.

³⁴³ *JOK*, n° 787, 26 juillet 1970, la seizième année, p. 13.

357. En effet, le principe de légalité criminelle exige que l'interprétation de la loi pénale soit stricte. L'acte de la fonction qui est le but de la corruption doit être strictement interprété. Ce faisant, par exemple, l'individu n'est pas corrompu s'il s'enrichit par un acte, qui n'entre pas dans sa fonction mais est en quelque sorte relatif à sa fonction. De même, dans le cas où le but de la corruption réside dans le fait d'accomplir un acte entrant dans la fonction ou de s'en abstenir, l'individu n'est pas corrupteur lorsqu'il demande seulement le non-accomplissement d'un acte de la fonction ou le retard de son accomplissement. Ainsi, l'effectivité de la lutte contre la corruption dépend de l'interprétation donnée au but prévu dans l'élément matériel des infractions de corruption.
358. La jurisprudence, française et koweïtienne, n'a pas permis au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale de rendre ineffective l'élément matériel des infractions de corruption. Elle interprète extensivement le but de la corruption.
359. Les législateurs français et koweïtien sont généralement attentifs à la définition de l'élément de « but de la corruption » qui permet aux juges d'élargir le sens de ce but sans négliger le principe d'interprétation stricte de la loi pénale.
360. Ainsi, la conciliation entre l'interprétation du but de la corruption et le principe de légalité criminelle concerne deux éléments : d'une part, la spécificité de l'interprétation de l'« acte de la fonction » (A) et, d'autre part, l'indifférence de la forme de l'« acte de la fonction » pour constituer la corruption (B).

A. La spécificité de l'interprétation de l'« acte de la fonction »

361. L'incrimination de corruption vise à interdire l'abus de la fonction. Un individu corrompu ne peut avoir cette qualité que s'il accomplit un acte relevant de sa fonction ou s'il s'abstient de l'accomplir en vue d'obtenir un avantage.
362. L'acte de la fonction constituant un élément central dans l'incrimination de corruption, celui-ci doit être défini précisément pour permettre de lutter de façon effective contre le phénomène de corruption et de respecter le principe de légalité criminelle.
363. À ce propos, l'article 35 de la loi koweïtienne 31/1970 modifiant le Code pénal précise que la corruption est constituée « pour faire ou s'abstenir de faire un acte de la fonction ». Elle est également constituée « même si l'acte n'entre pas dans le cadre de la fonction du corrompu si cela a été prétendu ou pensé par erreur ».
364. En droit français, le législateur ne donne pas une définition relative à l'acte de la fonction dans toutes les infractions de corruption dispersées dans le Code pénal. Il répète que le but de la corruption repose, dans

toutes les infractions de corruption, sur le fait que le corrompu accomplit ou non « un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ».

365. Ainsi, les législateurs français et koweïtien sont d'accord sur le fait de délimiter dans les grandes lignes la notion d'« acte de la fonction ». De cette manière, il appartient au juge d'en préciser le sens, conformément au but de lutte effective contre la corruption. Et pour concilier ce but et le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, les droits français et koweïtien donnent au juge pénal assez d'autonomie pour identifier cette notion (1).
366. Cependant, il existe des cas, indiqués seulement par le législateur koweïtien afin de respecter le principe de la légalité criminelle, où « l'acte de la fonction » peut être prétendu ou pensé par erreur par l'individu corrompu (2).

1. L'autonomie dans la détermination de l'« acte de la fonction »

367. La détermination de « l'acte de la fonction » a suscité une controverse au niveau doctrinal en France. Garraud l'a défini comme « l'acte qui fait partie des attributions légales de celui qui l'accomplit »³⁴⁴. Il a établi cette définition en considérant que « la corruption est un délit de fonction, bien plus qu'un délit de fonctionnaire »³⁴⁵. En revanche, Garçon a opposé cette définition restrictive. Il a proposé qu'entre dans la notion de l'acte de la fonction « l'ensemble des obligations découlant de la fonction »³⁴⁶.
368. La controverse entre les deux auteurs vient en réalité de la question de l'autonomie du droit pénal quand le juge pénal rencontre des notions non pénales. Le premier adopte le sens de l'acte de la fonction en retenant le sens « extra pénal » donné par sa discipline d'origine, tandis que le second adopte un sens de l'acte de la fonction plus large à des fins répressives.
369. Les jurisprudences française et koweïtienne n'ont pas hésité à donner à la notion de l'acte de la fonction un sens autonome à l'égard des attributions légales (a).
370. Le législateur français consacre cette autonomie pour renforcer sa conciliation avec le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale alors que le législateur koweïtien n'intervient pas en la matière (b).

a. Autonomie d'origine jurisprudentielle

371. L'acte de la fonction n'est pas, selon les jurisprudences française et koweïtienne, limité à la discipline administrative, en cas de corruption publique, ni à la discipline relevant du contrat du travail, en cas de

³⁴⁴ René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome IV, 2e édition, Librairie de la société du recueil général, des lois et des arrêts, 1900, p. 68.

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ Émile Garçon, *Code pénal annoté*, Tome I, Art. 1 à 294, Recueil Sirey, 1952, p. 698.

corruption privée. Sinon, beaucoup de faits corruptifs échapperaient à la répression au nom du respect du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.

372. Par conséquent, à côté de l'acte de la fonction qui entre normalement dans le cercle des attributions légales de l'agent corrompu, la notion de « l'acte de la fonction » comprend aussi les actes qui ne relèvent pas directement de sa fonction, mais ont un lien avec ses attributions. Si les jurisprudences française et koweïtienne sont d'accord sur l'autonomie de la détermination de l'acte de la fonction dans les infractions de corruption, chacune se fonde sur un critère différent. Cependant, cette différence concerne seulement la dénomination parce que chaque critère joue le même rôle.
373. Ainsi, la jurisprudence koweïtienne fonde l'autonomie de la détermination de l'acte de la fonction sur le critère de « lien de pertinence » entre les attributions légales de la fonction et l'acte de la fonction faisant l'objet de la corruption (i). En ce sens, la jurisprudence française (ii) repose sur le critère de « l'acte facilité par les fonctions ».

i. Jurisprudence koweïtienne

374. La Cour de cassation koweïtienne a jugé que la corruption passive est constituée contre un policier chargé de contrôler les passeports à l'aéroport. En l'espèce, cet agent avait accepté de l'argent de la part d'un étranger pour qu'il soit assimilé à un groupe de la même nationalité que lui afin d'entrer au Koweït sans visa. Pour sa défense, l'agent a soutenu que l'acte demandé par le corrupteur n'entrait pas dans ses attributions légales vu qu'il travaille au contrôle des passeports des voyageurs au départ et non des voyageurs à l'arrivée. La Cour de cassation a refusé cette défense en considérant que « même si l'acte faisant l'objet de la corruption n'entre pas dans les attributions proprement dites de la fonction du corrompu, il y a néanmoins un lien de pertinence entre les attributions de l'agent de contrôle de passeports, dont le requérant fait partie, et l'acte demandé par le corrupteur »³⁴⁷. Elle a également jugé qu'« il n'est pas nécessaire pour constituer la corruption passive que l'acte demandé par le corrupteur soit entièrement dans les attributions ou les missions du corrompu. Il suffit d'un lien de pertinence entre ses missions et l'acte étant l'objet de la corruption. En l'espèce, si le requérant n'a pas de compétence pour valider la demande du titre de séjour, sa mission se limite à la vérifier, il a dès lors un lien de pertinence entre ses missions et l'acte demandé par le corrupteur »³⁴⁸. En assurant l'autonomie de « l'acte de la fonction », la chambre criminelle de la Cour de cassation précise que « le juge de fond a toute liberté

³⁴⁷ Koweït, Cass. crim., 17 janvier 1983, n° 231/1982.

³⁴⁸ Koweït, Cass. crim., 31 janvier 1977, n° 94/1976.

d'appréciation sur la caractérisation du lien de pertinence entre les missions ou les attributions du fonctionnaire et l'acte étant l'objet de la corruption »³⁴⁹.

ii. Jurisprudence française

- 375.** L'autonomie de la détermination de « l'acte de la fonction » se réalise tant dans la corruption publique que dans la corruption privée.
- 376.** D'une part, la jurisprudence française avait fondé ses décisions sur le fait de donner un sens autonome de « l'acte de la fonction ». Ainsi, la corruption passive a été appliquée au directeur de la police judiciaire qui, ayant reçu une somme d'argent d'un banquier, prévient ce dernier qu'une plainte a été déposée contre lui et qu'il fait l'objet d'une enquête³⁵⁰. Donc, la Cour de cassation a considéré que le fait de se départir du secret professionnel vaut abstention d'un acte de la fonction, même si l'expression « acte » implique plutôt l'idée d'un fait positif³⁵¹. Dans une autre décision, elle a considéré comme un acte de la fonction, bien que l'intéressé n'était pas légalement dans ses fonctions³⁵², le fait d'un inspecteur de police qui, contre de l'argent, avait pris le « chiffre » de son supérieur direct, établi une note tendant à obtenir pour un étranger un sursis à exécution d'un arrêté d'expulsion puis lui avait fait établir une carte d'identité³⁵³.
- 377.** D'autre part, cette tendance jurisprudentielle à élargir la notion de « l'acte de la fonction » fut renforcée au sein de la corruption des salariés³⁵⁴. Ainsi, les articles 177 et 179 du Code de 1810 ont été utilisés pour réprimer la violation unilatérale d'un contrat de travail qui n'observait pas le délai-congé, en échange d'une rémunération occulte émanant d'un concurrent de l'employeur³⁵⁵. Il a été admis qu'il y avait également corruption de salarié lorsque le veilleur de nuit d'une entreprise profite de sa situation pour communiquer à des concurrents la liste des livraisons effectuées par l'usine ainsi que les noms des nouveaux clients³⁵⁶. Ce faisant, la corruption de salarié était fondée, selon la Cour de cassation, sur un sens autonome de l'acte professionnel car la situation du veilleur de nuit ne lui permettait pas de

³⁴⁹ Koweit, Cass. crim., 23 décembre 1985, n° 184/1985.

³⁵⁰ Cass. crim. 5 janvier, 1933, *Gaz. pal.*, 1933, I, p.411.

³⁵¹ Émile Garçon, *Code pénal annoté, op.cit.*, p. 698.

³⁵² Wilfrid Jeandidier, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, avril 2014, n° 74.

³⁵³ Cass. crim., 7 septembre 1935, *Gaz. pal.*, 1935, II, p. 694.

³⁵⁴ V. André Vitu, « Les préoccupations actuelles de la politique criminelle française dans la répression de la corruption », in Louis Huguency (dir.), *Les principaux aspects de la politique criminelle moderne*, CUJAS, 1960, p. 136.

³⁵⁵ Cass. crim., 12 novembre 1926, Bull. n° 258 ; Cass. crim., 22 mars 1928, Bull. n° 97.

³⁵⁶ Cass. crim. 11 mars 1934, Bull. n° 101.

divulguer les informations³⁵⁷ qu'il obtenait dans le cadre de ses fonctions, et ce type d'actes n'entre pas dans la définition d'« acte de la fonction ».

378. En somme, il s'agit d'une interprétation jurisprudentielle qui inclut dès lors tout ce qui figure dans les attributions de l'agent ou tout ce qui « est rendu possible par elles, en raison du lien étroit unissant les attributions et l'acte »³⁵⁸.
379. Cette interprétation a été considérée par le législateur comme un « acte facilité par les fonctions ».

b. Situation législative

380. L'autonomie jurisprudentielle de la détermination de l'acte de la fonction est consacrée par le législateur français (i) mais pas par le législateur koweïtien (ii).

i. En France

381. Le législateur a suivi et officialisé l'interprétation jurisprudentielle de « l'acte de la fonction » par la loi du 16 mars 1943 en ajoutant l'expression « acte facilité par la fonction » dans l'article 177 du Code de 1810. Cela a renforcé les liens entre la détermination de « l'acte de la fonction » et le principe d'interprétation stricte de la loi pénale ; la jurisprudence se fonde désormais sur une notion légale. A ainsi été reconnue la corruption dans le but d'obtenir un acte facilité par la fonction du salarié, à savoir la communication à des entreprises concurrentes d'informations ou de documents recueillis de manière indirecte³⁵⁹. Est également incriminé le fait pour un fonctionnaire de recevoir une rémunération afin de s'abstenir de dresser un procès-verbal constatant un délit, alors que l'établissement de ce procès-verbal ne ressortait pas de ses attributions mais pouvait être facilité par les fonctions qu'il occupait³⁶⁰.
382. Le législateur français a par la suite utilisé la formulation « acte de la fonction ou acte facilité par la fonction » pour toutes les incriminations de corruption au sein du Code pénal de 1994. Cependant, l'article 434-9 dudit Code donnant définition du délit de corruption de magistrat, n'a fait exceptionnellement état que de « l'acte de la fonction » sans indiquer « acte facilité par la fonction »³⁶¹.
383. Afin de corriger cette faille, la Cour de cassation n'avait d'autre choix que de retourner à sa jurisprudence antérieure qui reposait sur la définition autonome de la notion de l'acte de la fonction. En l'espèce, un

³⁵⁷ Cette divulgation qui ne portait pas sur un secret de fabrique échappait évidemment à l'article 418 du Code pénal de 1810. V. Cass. crim., 12 avril 1935, *RSC*, 1936, obs. Louis Hugueney, p. 65.

³⁵⁸ André Vitu et Roger Merle, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial par André Vitu*, Tome I, CUJAS, 1982, p. 293.

³⁵⁹ Cass. crim., 2 avril 1974, Bull. n° 139.

³⁶⁰ Crim. 17 nov. 1955, Bull. n° 434.

³⁶¹ V. Wilfrid Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *JCP*, 2002, I, p. 166 ; Marc Segonds, « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », *AJ pénal*, 2006, p. 193.

magistrat, conseiller auprès d'une chambre régionale des comptes, a remis des copies de rapports et d'avis confidentiels à autre magistrat délégué d'association et faisant l'objet d'un contrôle financier. En contrepartie ce dernier avait promis d'embaucher l'un de ses amis. Poursuivis tous deux au nom de la prévention du délit de corruption active et du délit de corruption passive, le conseiller et le délégué de l'association ont pourtant été relaxés par la Cour d'appel au motif que le fait pour un magistrat de divulguer des informations sur une procédure en cours à laquelle il n'a effectivement pas collaboré, constitue non pas un acte de sa fonction mais un acte facilité par celle-ci exclu du champ d'application de l'article 434-9 du Code pénal de 1994. La Cour de cassation a refusé cette exclusion de la répression. Elle a censuré la Cour d'appel au vu du même article en énonçant que « le magistrat qui, en s'affranchissant du secret que lui imposent ses fonctions, divulgue des pièces contenant des informations confidentielles sur une instance en cours » s'abstient d'un acte de sa fonction au sens de ce texte³⁶².

- 384.** La majorité de la doctrine³⁶³ critique cette décision en raison de la violation du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Mais le législateur français a mis fin à cette critique en mentionnant « l'acte facilité par la fonction » dans l'article 434-9 du Code pénal par la loi du 13 novembre 2007³⁶⁴.

ii. Au Koweït

- 385.** Le législateur koweïtien n'a pas encore adopté l'interprétation jurisprudentielle, évoqué ci-dessus, de la détermination de l'acte de la fonction. Autrement dit, si le législateur français adopte la détermination jurisprudentielle de l'acte de la fonction en ajoutant l'expression « acte facilité par la fonction », le législateur koweïtien ne l'a quant à lui pas encore adoptée et ne prend donc pas en compte « le lien de pertinence » entre les attributions de l'agent corrompu et l'acte demandé par le corrupteur.
- 386.** Ce manquement législatif à la consécration de l'autonomie de la détermination peut mettre la détermination jurisprudentielle de « l'acte de la fonction » en situation non respectueuse du principe de l'interprétation stricte. Néanmoins, cette critique peut être atténuée par la règle de l'autonomie de droit pénal. Ainsi quand le juge pénal interprète un article, il vise à l'appliquer dans le cadre de la clarté de l'expression mais aussi dans le cadre de l'objet de l'incrimination³⁶⁵.

³⁶² Cass. crim., 16 novembre 1999, Bull. n° 258

³⁶³ V. les observations sur cette décision ; Bernard Bouloc, *RTD com.*, 2000, p. 473 ; Marc Segonds, *D.*, 2001, p. 2353 ; Michel Véron, *Dr. pénal*, n° 4, Avril 2000, comm. 40.

³⁶⁴ Frédéric Stasiak, « À propos de la loi relative à la lutte contre la corruption ; Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 », *JCD G*, n° 48, 28 novembre 2007, act. 568.

³⁶⁵ V. Yves Mayaud, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC*, 1983, p. 597 ; Robert Logros, « Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal », *RPDP*, 1966-1967, p. 3 ; Ahmad Fathi Sourour, *{Le droit pénal constitutionnel : La légalité constitutionnelle de droit pénal et la légalité constitutionnelle de droit de procédure pénale}*, 2e édition, Dar Alshourouq, Egypte, 2002, p. 95 et suiv.

387. Ainsi, « l'acte de la fonction » doit être interprété indépendamment de sa signification dans d'autres disciplines juridiques afin de l'appliquer en poursuivant la volonté du législateur. Car l'incrimination de corruption vise l'interdiction du trafic de fonctions et de l'enrichissement illicite du fonctionnaire de par sa position dans la fonction³⁶⁶. Par conséquent, la notion de l'acte de la fonction doit être regardée sous l'angle de la préoccupation du droit pénal qui cherche à lutter contre les comportements nuisibles dans la société et non plus sous l'angle de la préoccupation du droit administratif ou du droit du travail qui cherchent à organiser le statut de la fonction et les droits et devoirs de fonctionnaires ou employés³⁶⁷.
388. Pour notre part, nous proposons au législateur koweïtien d'introduire au sein de l'incrimination de corruption la détermination jurisprudentielle pour qu'elle soit bien conciliable avec le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, notamment, en sachant que le législateur koweïtien a déjà consacré une détermination particulière pour « l'acte de la fonction ».

2. « L'acte de la fonction » prétendu ou pensé par erreur par le corrompu

389. Il existe des hypothèses selon lesquelles l'individu corrompu n'a pas de compétence pour accomplir l'acte visé par la corruption mais prétend en avoir ou pense à tort en avoir. Mais dans ces cas, ce que recouvre « l'acte de la fonction », but de la corruption, peut-il comprendre également l'acte prétendu ou pensé par erreur par l'individu corrompu, sans que cela porte atteinte au principe d'interprétation stricte de la loi pénale ?

a. En France

390. Il se trouve que la jurisprudence française a déjà été confrontée à cette hypothèse. En premier lieu, elle avait reconnu que la corruption passive pouvait s'appliquer à un agent même si l'acte ne faisait pas partie de ses missions mais qu'il l'a prétendu. C'est pourquoi l'article 177 du Code pénal de 1810 avait été appliqué à un garde champêtre qui avait menacé un individu de l'arrêter, sous le faux prétexte que son passeport n'était pas en règle, et qui s'était abstenu de l'exécution de cette menace après avoir reçu une somme d'argent³⁶⁸. À son tour, la Cour de cassation avait confirmé cette vision dans l'affaire dite « affaire Rose »³⁶⁹. Dans cette affaire, elle avait cassé un arrêt de Cour d'assises qui avait considéré que les faits ne constituaient ni crime ni délit. En l'espèce, il s'agissait d'un garde particulier qui, ayant intercepté un chasseur sur un terrain situé hors du secteur pour lequel il était assermenté, avait exigé une

³⁶⁶ Shagti Saleh et Abdulkarim Bahadin, « {La compétence dans l'infraction de corruption} », *Revue Africaine de droit*, Volume 10, 2008, p. 189.

³⁶⁷ Jean-Louis Goutal, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *RSC*, 1980, p. 911.

³⁶⁸ Cass. crim., 1 octobre 1813, Bull. n° 212 ; V. également, Cass. crim., 16 septembre 1820, Bull. n° 124.

³⁶⁹ V. Émile Garçon, *Code pénal annoté*, Tome I, Art. 1 à 294, Recueil Sirey, 1952, p. 700.

somme d'argent pour s'abstenir de dresser un procès-verbal³⁷⁰. La Cour d'assises de renvoi n'avait retenu contre ce garde uniquement l'accusation d'escroquerie et laissé de côté la corruption passive. C'est ensuite que les chambres réunies de la Cour de cassation, devant laquelle l'affaire fut renvoyée en dernière instance, ont jugé que « Rose, en promettant de s'abstenir de rédiger un procès-verbal qu'il n'avait pas le droit de dresser, dans l'ordre de ses devoirs, s'était rendu coupable d'escroquerie et non de corruption »³⁷¹. Selon cette jurisprudence, ne serait pas incriminée la corruption visant un acte ou l'abstention d'un acte qui ne relèverait pas des véritables fonctions de la personne sollicitée, et ce eu égard au principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

b. Au Koweït

- 391.** Le droit koweïtien avait anticipé ces hypothèses. En effet, depuis l'édition du Code pénal de 1960, le législateur a intégré parmi les actes de la fonction, ceux que le fonctionnaire prétend avoir l'attribution d'accomplir. Par la suite, la loi n° 31/1970 modifiant le Code pénal a ajouté à ceci l'hypothèse selon laquelle l'individu corrompu pense par erreur avoir les compétences d'accomplir l'acte concerné.
- 392.** Ainsi, l'article 35 de cette loi énonce que l'infraction de corruption est constituée si l'acte « n'entre pas dans le cadre de la fonction du corrompu mais que cela a été prétendu ou pensé par erreur ».
- 393.** Le législateur a voulu, par cette consécration, étendre l'incrimination de corruption aux fonctionnaires qui abusent de leur situation dans la fonction, bien que ce type de comportement puisse s'apparenter à, voire constituer, une infraction d'escroquerie. Selon le législateur koweïtien, cet agent revêt deux « casquettes », celle de l'escroc et celle du corrompu. Il convient donc de réprimer ces agissements par une peine criminelle³⁷².
- 394.** Le juge pénal koweïtien se sert ainsi de l'article 35 précité comme base légale pour poursuivre la corruption pour actes prétendus ou imaginaires. De plus, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale ne fait pas obstacle à l'incrimination de ces deux hypothèses. De ce fait, « l'infraction de corruption est constituée, d'une part, si les actes demandés par le corrupteur n'entrent pas dans l'acte de la fonction du corrompu même si ce dernier prétend avoir le droit de les accomplir. D'autre part, cette compétence prétendue est caractérisée même quand le corrompu ne montre pas explicitement son droit à

³⁷⁰ Cass. crim., 19 août 1826, Bull. n° 162.

³⁷¹ Cass. chambres réunies, 31 mars 1827, Bull. n° 71.

³⁷² Faisal Alkandary et Gannam Mohamad Gannam, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, 2e édition, 2011, p. 31 ; Abdulmohaimin Baker Salem, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, 2e édition, 1983, p. 47.

l'accomplir mais seulement quand ses comportements montrent qu'il est prêt à les accomplir ou qu'il peut les accomplir »³⁷³.

395. La conciliation de l'interprétation du but de la corruption réside aussi dans l'indifférence de la forme de l'acte de la fonction pour caractériser les infractions de corruption.

B. L'indifférence de la forme de l'« acte de la fonction »

396. L'effectivité de la lutte contre la corruption suppose qu'il faut interpréter l'élément central de la corruption qui est « l'acte de la fonction » sans tenir compte de sa modalité d'exécution. C'est-à-dire que l'interprétation de l'élément « l'acte de la fonction » constitue la corruption même si cet acte est licite (juste) ou illicite (injuste), ou même si le rôle du corrompu est d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir cet acte.
397. En droit koweïtien, cette interprétation indifférente ne pose aucun problème concernant le principe de la légalité criminelle parce que le législateur l'envisage dans l'incrimination de corruption. Ainsi, l'article 35 de la loi n° 31/1970³⁷⁴ dispose que la corruption est constituée en moyennant avantage « pour accomplir un acte de la fonction, même juste, ou s'abstenir d'accomplir un acte de la fonction, même injuste »³⁷⁵. Aussi, l'élément de l'acte de la fonction est, selon cet article, rempli même si « le corrompu n'a pas d'intention d'accomplir ou s'abstenir d'accomplir l'acte concernant la corruption ».
398. En France, cette indifférence d'interprétation est soumise à des modifications législatives pour qu'elle soit en accord avec le principe de la légalité criminelle et son corollaire de l'interprétation stricte de la loi pénale. Ainsi, cette conciliation se manifeste dans l'indifférence tenant à l'accomplissement ou l'abstention de l'acte de la fonction (1) et dans l'indifférence tenant à l'acte de la fonction licite ou illicite (2).

1. L'indifférence tenant à l'accomplissement ou l'abstention de l'acte de la fonction

399. La notion de corruption passive et active était, dans le Code pénal de 1810, peu claire voire contradictoire en ce qui concerne « l'acte de la fonction » qui est le but de la corruption. La contradiction résidait dans le

³⁷³ Koweit, Cass. crim., 8 février 1999, n° 37/1998 ; Koweit, Cass. crim., 14 octobre 2003, n° 756/2001 ; Koweit, Cass. crim., 27 janvier 2009, n° 495/2008.

³⁷⁴ Cette disposition était aussi consacrée dans l'article 114 du Code pénal de 1960.

³⁷⁵ Cependant le législateur koweïtien détermine la forme (juste ou injuste) de l'acte de la corruption et en fait un critère de la gravité de peine. Si l'acte de la fonction est injuste, la peine sera pour le corrupteur et l'intermédiaire dix ans d'emprisonnement. Si l'acte est juste, la peine sera pour le corrupteur et l'intermédiaire cinq ans d'emprisonnement.

fait que l'acte demandé par le corrupteur n'était incriminé que dans le cas d'accomplissement, alors que, pour la répression du corrompu, l'acte de la fonction pouvait prendre une forme active ou consister en une simple abstention. Cette contradiction résultait de « la différence de rédaction existant entre l'article 177 ancien du code pénal, siège du délit de corruption publique passive, et l'article 179 du même code, siège du délit de corruption publique active »³⁷⁶. L'article 177 précisait l'objet de la corruption passive : un acte de la fonction ou l'abstention d'un acte qui entrerait dans l'ordre des devoirs de la fonction. Or, l'article 179 prévoyait que l'acte faisant l'objet de la corruption active était un acte, comme celui de demander soit des procès-verbaux, états, certificats ou estimations contraires à la vérité, soit des places, emplois, adjudications, entreprises ou autres bénéfices quelconques, soit enfin tout autre acte du ministère du fonctionnaire.

400. La jurisprudence ancienne avait mis en exergue la discordance qui existait entre l'objet de la corruption passive et l'objet de la corruption active. Elle a expliqué, au travers de plusieurs décisions, que la rédaction de l'article 179 du Code pénal de 1810 n'autorisait pas d'incriminer le corrupteur lorsqu'il s'agissait d'un acte n'entrant pas dans le cadre des fonctions du fonctionnaire. Ainsi, « l'article 177 du Code pénal, qui détermine les peines contre les agents qui se laissent corrompre, ayant prévu tant le cas où la corruption aurait pour objet de faire commettre à un fonctionnaire un acte entrant dans la ligne de ses fonctions, que celui où il s'agirait de le porter à s'abstenir d'un pareil acte ; et, d'un autre côté, le législateur n'ayant pas compris dans cet article les corrupteurs, dont il n'est question que dans l'article 179, [...], on est porté à croire que son intention n'a pas été de punir le corrupteur dans le premier cas »³⁷⁷. Ce faisant, les juges pénaux étaient obligés de restreindre la lutte contre la corruption en raison du principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

401. Aux fins d'une politique criminelle efficace contre la corruption, cette lacune qui constituait une impunité en faveur du corrupteur avait été qualifiée de « regrettable » par le législateur de 1863³⁷⁸. Le législateur français était intervenu pour y pallier, et avait alors rapproché le sens de l'article 179 de celui de l'article 177 du Code pénal de 1810 en assurant la symétrie de la corruption passive et active. C'est ainsi que la loi du 13 mai 1863 a intégré dans les faits de corruption passive le fait de demander à l'agent public « l'abstention d'un acte qui rentrait dans l'exercice de ses devoirs »³⁷⁹.

³⁷⁶ Marc Segonds, « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », *AJ pénal*, 2006, p. 193.

³⁷⁷ Cass. crim., 31 janvier 1822, Bull. n° 31; V. dans le même sens, Cass. crim., 4 octobre 1856, Bull. n° 330.

³⁷⁸ « Rapport de M. De Belleyme au corps législatif », *D.*, 1863, p. 94.

³⁷⁹ Albert Pellerin, *Commentaire de la loi des 18 avril et 13 mai 1863 portant modification de soixante-cinq articles du Code pénal*, Auguste Durand, 1863, p. 105 et suiv.

402. Par la suite, la symétrie des délits de corruption passive et active a, en ce qui concerne l'objet de la corruption, été prise en compte par le législateur français dans les infractions de corruption prévues dans le Code pénal de 1994. Les termes utilisés par le législateur indiquent, quelle que soit la forme de la corruption, l'accomplissement ou l'abstention d'un acte dans le cadre de ses fonctions. Cela peut concerner les infractions de corruption publique, la corruption privée, la corruption d'un agent international ou étranger. Ce faisant, la détermination de « l'acte de la fonction » prend à la fois une forme effective de la lutte contre la corruption et une forme permettant aux autorités de répression de respecter le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.

2. L'indifférence tenant à l'acte de la fonction licite ou illicite

403. C'est une autre contradiction qui a résulté de la dissymétrie de l'article 177 et de l'article 179 du Code de 1810. On suppose qu'elle faisait partiellement obstacle à l'incrimination de la corruption active. En l'occurrence seul l'article 177 autorisait la prise en compte du fait que l'acte accompli par l'agent public « soit juste, soit injuste »³⁸⁰, l'article 179 ne faisant aucune distinction sur ce point.

404. De cette contradiction, il résulte qu'une partie de l'ancienne doctrine trouvait que l'auteur de la corruption active n'était punissable que s'il avait eu pour but d'amener le fonctionnaire à enfreindre son devoir professionnel³⁸¹, tandis qu'une autre partie de la doctrine considérait que la dissymétrie entre les deux articles n'avait aucun impact. Autrement dit, l'acte à obtenir constitue le but recherché par le corrupteur, peu importe si sa nature est juste ou injuste³⁸².

405. Chaque partie de cette ancienne doctrine a invoqué l'interprétation exacte de l'article 179. De ce fait, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale serait atteint selon la première opinion, alors qu'il n'y aurait pas d'atteinte à ce principe selon la seconde.

406. En réalité, l'effectivité de la lutte contre la corruption exige de ne pas différencier la nature juste ou injuste de l'acte demandé par le corrupteur. Si l'acte de la fonction se limite seulement à l'acte injuste, le corrupteur échappe à la répression dans le cas où la corruption repose sur un acte juste. Dans un tel

³⁸⁰ L'article 177 prévoyait que « ...quiconque aura sollicité ou agréé des offres ou promesses, sollicité ou reçu des dons ou présents pour :

1° Etant 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 faire un acte de ses fonctions ou de son emploi, juste ou non, mais non sujet à salaire... ».

³⁸¹ Adolphe Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, Tome II, 3e édition, 1852, p. 611 et suiv.

³⁸² René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome IV, 2e édition, Librairie de la société du recueil général, des lois et des arrêts, 1900, p. 87 et suiv. ; Antoine Blanche, *Etude pratique sur le code pénal*, Tome III, Cosse, Marchal et Ce, Imprimeurs-Editeurs, 1867, p. 698.

contexte, la lutte contre la corruption est boiteuse et injustifiable puisqu'elle aboutit à incriminer l'individu corrompu et laisse le corrupteur sans aucune répression.

407. La jurisprudence française a nié cette différence de rédaction entre les deux articles précités. Selon elle, l'adjectif « juste ou injuste » n'a pas d'effet sur la nature de « l'acte de la fonction » prévu à l'article 179. Ainsi, il a été jugé que « l'article 179 s'exprime en termes généraux ; qu'il comprend tous les actes émanés du fonctionnaire corrompu, sans distinguer ceux qui sont justes en eux-mêmes de ceux qui auraient pour but de favoriser et de consacrer une injustice ; que cet article, en effet, après avoir énuméré les cas principaux sur lesquels ou à l'occasion desquels s'exerce la corruption, punit encore le corrupteur, qui, pour obtenir tout autre acte du ministère de ce fonctionnaire, le corrompt ou tente de le corrompre par promesses, offres, dons ou présents ; que les actes, mêmes justes, sont nécessairement compris dans la généralité de ces expressions »³⁸³.
408. La question qui se pose alors est celle de savoir s'il y a vraiment atteinte au principe d'interprétation stricte de la loi pénale du fait de cette lutte contre la corruption, comme le prétend le courant doctrinal précité. En effet, rappelons que ce dernier considère que les termes employés par le législateur ne doivent être compris que dans les cas où les actes de la fonction attendus sont injustes car les termes « voies de fait ou des menaces » se trouvent dans l'incrimination de la corruption active qui ne prévoit qu'un acte injuste. De plus, « l'article 179 énumère ensuite les actes qui peuvent être le but de la corruption ; et ces actes, la loi l'écrit formellement ici, ce sont des procès-verbaux, états, certificats ou estimations contraires à la vérité »³⁸⁴. La demande effectuée par le corrupteur doit ainsi être contraire à la vérité, à savoir injuste. Par conséquent, les termes « pour obtenir tout autre acte du ministère de ce fonctionnaire » doivent être entendus, selon l'esprit de la loi, comme « tout autre acte de la même nature », c'est-à-dire un acte de nature injuste³⁸⁵.
409. En effet, l'interprétation de l'article 179 donnée par la jurisprudence est plus convaincante que celle de la doctrine opposée, notamment en ce que l'adjectif « juste » prévu à l'article 177 n'avait pas d'effet sur la constitution de l'infraction de corruption passive³⁸⁶. Le législateur l'a ajouté pour qu'il assure la généralité de l'expression « acte de la fonction ». Le fait de l'invoquer à l'occasion du traitement de la corruption active n'est donc *a priori* pas justifié pour spécialiser l'article 179.

³⁸³ Cass. crim., 30 septembre 1853, Bull. n° 491 ; Cass. crim., 24 mars 1827, Bull. n° 65.

³⁸⁴ Adolphe Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, Tome II, 3e édition, 1852, p. 611 et suiv.

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ Par contre, l'acte injuste de la fonction était un motif d'aggravation de la répression.

410. Le législateur français a évité cette dissymétrie entre la corruption passive et active dans le Code pénal de 1994 en enlevant l'adjectif « juste ou non » au sein de toutes les infractions de corruption. L'acte de la fonction peut, sans confusion possible, être licite ou illicite³⁸⁷. Par exemple, il a été jugé que constitue une corruption passive le fait d'un rédacteur en chef et deux journalistes d'une chaîne publique qui ont reçu des organisateurs de diverses courses sportives des sommes d'argent pour relater ces événements, alors que la couverture médiatique importante, la retransmission effective et le retour d'image espérés étaient des actes licites de sa fonction³⁸⁸.
411. Désormais, l'interprétation du but de la corruption s'inscrit dans la conciliation avec le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.
412. La délimitation de l'incrimination de corruption en respect de principes fondamentaux du droit pénal concerne le fait de ne pas admettre que la prescription de l'action publique ôte aux comportements corruptifs leur caractère délictueux.

³⁸⁷ Marc Segonds, « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », *AJ pénal*, 2006, p. 193 ; Emmanuel Dreyer, « Corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique », *J.-Cl. Pénal*, Fasc. 10, mise à jour 20 Décembre 2016, n° 14.

³⁸⁸ Cass. crim., 19 mars 2003, Bull. n° 73 ; *D.*, 2004, obs. Marc Segonds, p. 315 ; *RTD com.*, 2003, obs. Bernard Bouloc, p. 579.

SECTION II.

LA MISE EN PLACE D'UN REGIME PARTICULIER A LA PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE

413. Les infractions de corruption reposent sur la discrétion. Leurs auteurs, passifs comme actifs, tiennent à dissimuler leurs comportements dès le début du pacte de corruption ainsi que pendant et après son exécution. De ce fait, « après avoir pris les précautions nécessaires pour dissimuler leur acte », le pacte de corruption « se réalise {...} à l'abri des regards du grand public »³⁸⁹. En effet, ni l'individu corrompu ni le corrupteur n'ont d'avantage à révéler leur pacte³⁹⁰.
414. En France, cette difficulté a été prise en compte par le Service central de prévention de la corruption. Dans son rapport de 1997, il avait indiqué que « la corruption, en général bien camouflée sous l'apparence de la légalité, est très difficile à détecter. Lorsque, exceptionnellement, une situation affectée de corruption est découverte, il est très difficile selon la loi actuelle et la jurisprudence d'en apporter la preuve, quand la prescription, trois ans à compter de l'acte répréhensible, n'a pas déjà fait son œuvre comme c'est souvent le cas »³⁹¹. C'est pourquoi il a été proposé que la prescription des délits de corruption soit portée à six ans³⁹².
415. La brièveté du délai de prescription de l'action publique pour les infractions de corruption en droit français avait également été critiquée par le Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE³⁹³. « Les examinateurs estiment que, compte tenu de la complexité croissante des techniques déployées pour verser et dissimuler des pots-de-vin, les règles de la prescription telles qu'elles existent à l'heure actuelle ne garantissent pas un délai raisonnable pour l'enquête et les poursuites et peuvent, à ce titre, porter préjudice à l'efficacité de la mise en œuvre de la loi »³⁹⁴.

³⁸⁹ Juliette Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *D.*, 2008, p. 1076.

³⁹⁰ Un auteur voit que la dualité de l'incrimination de corruption est considérée comme l'une des raisons de la difficulté de détection de la corruption : « l'incrimination de corruption active constitue une assurance réelle pour le corrompu » qui « lui assure que le corrupteur ne dénonce et témoigne contre lui parce que cette dénonciation serait également contre le corrupteur ». Par conséquent, « les deux sont engagés de se protéger l'un l'autre ». Mohamed Boudhan, « {Pour lutter efficacement contre la corruption : n'est-ce pas suffisant de supprimer l'incrimination de corrupteur ou corrompu ?} », *Hespress* (en ligne), 5 juillet 2012, disponible en arabe sur : <http://www.hespress.com/writers/57743.html>

³⁹¹ Rapport du Service central de prévention de la corruption 1997, édition Journaux Officiel, p. 33.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ Il s'agit d'un groupe dont la mission est de veiller à l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales par les Etats parties.

³⁹⁴ Rapport de phase 2 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE contre la corruption, janvier 2004, p. 37, disponible sur : <http://www.oecd.org/fr/corruption/france-conventiondelocdesurlaluttecontrelacorruption.htm>

416. Le législateur français a ignoré les constats des praticiens, *a contrario* de la jurisprudence française. En effet, malgré la clarté des dispositions sur la prescription de l'action publique qui ont imposé aux juges leur application directe sans aucune possibilité d'interprétation, les juges pénaux ont créé, sans aucun support légal³⁹⁵, des nouvelles dispositions dérogatoires au droit commun de la prescription pour certaines infractions dont la corruption. Comme l'a souligné Jean Pradel, les magistrats ont, par ces attitudes, fait preuve d'une « grande imagination à des fins répressives » et par conséquent « il faudra que le législateur intervienne tôt ou tard »³⁹⁶.
417. Récemment, le législateur français est intervenu avec la loi du 27 février 2017³⁹⁷ portant réforme de la prescription en matière pénale. Cette loi met en place un régime particulier à la prescription de l'action publique en prolongeant son délai pour certaines infractions dont la corruption. Autrement dit, le législateur a fait de la prescription dérogatoire, en matière notamment de corruption, une situation qui est en adéquation avec le principe de légalité criminelle.
418. Au Koweït, la question de la prescription de l'action publique ne soulève aucun problème particulier ni débat, qu'elle concerne les délits³⁹⁸ ou les crimes³⁹⁹ (dont les infractions de corruption font partie). Cela vient peut-être du délai suffisamment long de la prescription. En effet, l'article 4 du Code pénal koweïtien prévoit déjà d'office que, « en matière de crime, l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis ». Cependant, le législateur koweïtien est allé encore plus loin et a rendu les infractions de corruption imprescriptibles. L'article 54 de la loi créant l'Autorité de la lutte contre la corruption⁴⁰⁰ prévoit quant à lui que « les actions publiques et les peines des infractions mentionnées à l'article 22 de cette loi sont imprescriptibles ».
419. Au sein de la question de la prescription, la délimitation de l'incrimination de corruption en respect des principes fondamentaux est apparue sous deux angles : l'un intéresse seulement le droit français, l'autre intéresse les droits français et koweïtien.

³⁹⁵ V. Stéphanie Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, thèse, Université de Strasbourg, 2013, p. 43 et suiv.

³⁹⁶ Jean Pradel, *Procédure pénale*, 18e édition, CUJAS, 2015, p. 214.

³⁹⁷ Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, JORF n° 0050, 28 février 2017, texte n° 2.

³⁹⁸ Les délits en droit koweïtien sont, selon l'article 5 du Code pénal, « les infractions qui sont passibles d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 3 ans et d'une amende ou de l'une de ces deux peines ».

³⁹⁹ Les crimes en droit koweïtien sont, selon l'article 3 du Code pénal, « les infractions qui sont passibles d'une peine de l'exécution, de la réclusion à perpétuité ou d'un emprisonnement de plus de 3 ans ».

⁴⁰⁰ *JOK*, n° 1273, 1 février 2016, p. 45.

420. Concernant le premier angle, le respect des principes fondamentaux se manifeste par le respect du principe de légalité criminelle en légitimant les solutions jurisprudentielles tenant à la prescription de l'action publique (§ 1).
421. Concernant le second angle, la consécration d'un régime particulier à la prescription de l'action publique qui prolonge son délai ne porte pas atteinte aux principes fondamentaux qui peuvent être soulevés dans cette matière (§ 2).

§ 1. LA LEGITIMATION DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELS RELATIFS A LA PRESCRIPTION DES INFRACTIONS DE CORRUPTION EN FRANCE

422. Selon l'article 8 du Code de procédure pénale français qui a prévu par principe que, en matière de délit, la prescription de l'action publique est de trois années révolues à compter du jour où le délit a été commis si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite⁴⁰¹, la prescription de l'action publique des infractions de corruption court à compter du jour de la commission de l'infraction et non de sa découverte.
423. Face à cette règle générale et claire, la jurisprudence a manifesté une politique dite d'« hostilité » par laquelle « la chambre criminelle refus{e} aux délinquants, le plus souvent possible, le bénéfice de la prescription »⁴⁰². Ce faisant, « il n'est pas excessif de parler en ce domaine d'une véritable situation de crise »⁴⁰³. Il s'agit en tout cas d'une politique d'hostilité car les juges pénaux ont créé de toutes pièces des dérogations au droit commun de la prescription de l'action publique allant à l'encontre du principe de légalité criminelle⁴⁰⁴.
424. En matière de corruption, ces manifestations jurisprudentielles contre les dispositions de la prescription ont bien été illustrées par de multiples contournements (A). Le législateur français s'est vu alors obligé de délimiter ces contournements aux fins de sécurité juridique, de clarté de la loi et de respect du principe de légalité criminelle en général (B).

⁴⁰¹ A l'exception de l'alinéa 3 de l'article 434-9 qui concerne « un magistrat au bénéfice ou au détriment d'une personne faisant l'objet de poursuites criminelles, la peine est portée à quinze ans de réclusion criminelle et à 225 000 euros d'amende ». La corruption devient alors un crime prescrit dix ans.

⁴⁰² Jean Pradel et André Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 9^e édition, Dalloz, 2016, p. 101. V. également, André Varinard, « La prescription de l'action publique : une institution à réformer », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, mélange offert à Jean Pradel*, CUJAS, 2006, p. 605.

⁴⁰³ Jean Danet, Sylvie Grunvald, Martine Herzog-Evans et Yvon Le Gall, *Prescription, amnistie et grâce en France*, Dalloz, 2008, p. 13.

⁴⁰⁴ Jean-François Renucci, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.*, 1997, p. 23

A. Les contournements jurisprudentiels relatifs à la prescription des infractions de corruption

425. Le point de départ du délai de prescription se situe par principe au lendemain du jour de la commission de l'infraction. Ce jour est selon le cas : le jour du fait délictueux ou criminel en cas d'infraction instantanée, le jour où l'agissement reproché a cessé en cas d'infraction continue, ou encore le jour du dernier acte constitutif de l'infraction d'habitude⁴⁰⁵. Par exception, le législateur retarde ce point de départ pour certaines infractions limitativement énumérées⁴⁰⁶, voire rend parfois certaines infractions imprescriptibles⁴⁰⁷.
426. Par conséquent, et selon la logique juridique de l'application de la loi, les infractions de corruption qui sont des délits instantanés dont l'élément matériel s'exécute en un instant⁴⁰⁸ doivent se prescrire à compter du jour où elles ont été commises. Dès lors, le point de départ du délai de prescription (trois ans) part du jour de l'offre du pacte de corruption en cas de sollicitation et du jour du pacte de corruption en cas d'agrément.
427. Cependant, la jurisprudence française soutenant une politique hostile vis-à-vis des règles de prescription, a trouvé d'autres moyens de contourner la prescription de l'action publique en matière de corruption. Ces contournements ont eu pour but de retarder le point de départ du délai de prescription afin que cette dernière ne fasse pas obstacle à l'incrimination de corruption.
428. Pour aborder ces contournements, nous pourrions les diviser en deux catégories : d'une part, le contournement partiel parce qu'il ne concerne que certains cas de corruption (1) et, d'autre part, le contournement général parce qu'il concerne toutes les infractions de corruption (2).

1. Contournement partiel

429. Ce type de contournement jurisprudentiel relatif à la prescription de l'action publique de la corruption ne concerne que deux cas de corruption : lorsque l'exécution du pacte de corruption est échelonnée dans le temps et lorsque les biens sociaux sont utilisés dans le pacte de corruption.

⁴⁰⁵ V. Serge Guinchard et Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 10e édition, LexisNexis, 2004, p. 806 et suiv. ; Jean Pradel, *Procédure pénale*, 18e édition, CUJAS, 2015, p. 207 et suiv. ; Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4e édition, Economica, 2015, p. 689 et suiv.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ Sont imprescriptibles les crimes contre l'humanité (l'article 213-5 du Code pénal), le crime de génocide et les autres crimes contre l'humanité (article 211-1 et 212-3 du Code pénal).

⁴⁰⁸ Jean Pradel, *Droit pénal général*, 21e édition, CUJAS, 2016, p. 348.

430. Concernant le premier cas, la Cour de cassation a déformé la définition des infractions instantanées afin de retarder le point de départ de la prescription⁴⁰⁹. Elle a rapproché les infractions de corruption, qui sont infractions instantanées, d'infractions continues dont l'exécution s'étend sur une certaine durée et se prolonge par une réitération constante de la volonté coupable et fait débiter la prescription à partir du lendemain du jour où l'activité matérielle prend fin⁴¹⁰.
431. Par conséquent, lorsque le délit de corruption passive, commis par le fait de solliciter ou d'agréer des offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques, est caractérisé par la perception d'un don, présent ou autre avantage, « c'est seulement du jour de cette perception que court le délai de prescription »⁴¹¹. Cette solution a été répétée en précisant le caractère instantané de l'infraction de corruption passive tout en ne prenant pas en considération cette caractéristique. En effet, il a été jugé que, bien qu'étant « une infraction instantanée, consommée dès la conclusion du pacte entre le corrupteur et le corrompu », le délit de corruption « se renouvelle à chaque exécution du pacte de corruption »⁴¹². Ainsi, lorsque les paiements sont échelonnés dans le temps, le délai de prescription commence à courir à la date du dernier paiement effectué en application de ce pacte malgré le fait que son exécution ne renouvelle pas en soi le délit déjà consommé par le fait de l'accepter.
432. De même, ce contournement a été utilisé en matière de délit de corruption active⁴¹³. La chambre criminelle a énoncé que « lorsque les faits de corruption active consistent en l'octroi, par le corrupteur, d'un prêt à un taux avantageux, en contrepartie du dépôt, dans l'établissement bancaire qu'il dirige, de fonds dont le corrompu dispose dans le cadre de sa mission de service public, le maintien du taux, par le corrupteur, constitue, à chaque échéance, un acte d'exécution du pacte de corruption, dès lors qu'il est subordonné à l'exécution, par le corrompu, d'actes de sa fonction »⁴¹⁴.
433. Il convient de rappeler que cette solution dégagée par la chambre criminelle n'a pas été généralisée à toutes les hypothèses de corruption. Elle n'a été consacrée que pour les infractions de corruption dont le pacte comprend, pour se réaliser, un temps successif⁴¹⁵. Cette manœuvre jurisprudentielle ne s'appliquait

⁴⁰⁹ V. Bernard Bouloc, « Remarques sur l'évolution de la prescription de l'action publique », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 57.

⁴¹⁰ Jean Pradel, *Droit pénal général*, 21^e édition, CUJAS, 2016, p. 348.

⁴¹¹ Cass. crim., 13 décembre 1972, Bull. n° 391.

⁴¹² Cass. crim., 27 octobre 1997, Bull. n° 352 ; *JCP*, 1998, II, p. 10017 ; *Dr. penal*, 1998, obs. Michel Véron, comm. 16.

⁴¹³ Elle pourrait également être transposable à toutes les infractions de corruption. V. Wilfrid Jeandidier, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, avril 2014, n° 109.

⁴¹⁴ Cass. crim., 8 octobre 2003, Bull. n° 185 ; *D.*, 2004, not. Marc Segonds, p. 3023.

⁴¹⁵ Cass. crim., 7 juillet 2005, *RTD Com.*, 2006, obs. Bernard Bouloc, p. 226.

donc pas aux infractions de corruption dont l'exécution se réalise en un seul trait de temps. De ce fait, si les faits n'ont pas été découverts dans les trois ans suivant leur commission, ils sont prescrits⁴¹⁶.

434. Concernant le deuxième cas, la Cour de cassation a eu recours à un moyen selon lequel la prescription de l'action publique des infractions de corruption est indirectement contournée.
435. Ce contournement repose sur le fait que « lorsque le corrupteur est un dirigeant de société, il utilise souvent les fonds sociaux pour verser des pots-de-vin au corrompu »⁴¹⁷. Autrement dit, l'utilisation de biens sociaux pour commettre l'un des délits de corruption constitue nécessairement le délit d'abus de bien sociaux⁴¹⁸. Et le point de départ de la prescription de l'action publique de ce dernier délit « ne court que du jour où il est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »⁴¹⁹. Par conséquent, la prescription de l'action publique pour les infractions de corruption s'est trouvée entravée par l'intermédiaire du délit d'abus de biens sociaux.
436. Nous pouvons constater que la contradiction avec le principe de légalité criminelle ne réside pas directement dans les dispositions relatives à la prescription de l'action publique des délits de corruption mais aussi dans celles relatives au délit d'abus de biens sociaux, pour lequel la jurisprudence avait depuis longtemps⁴²⁰ repoussé le point de départ du délai de prescription de l'action publique.
437. En négligeant les dispositions sur la prescription de l'action publique prévues aux articles 7 et suivants du Code de procédure pénale⁴²¹ et où le point de départ commence à courir au jour de la commission de

⁴¹⁶ Juliette Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *D.*, 2008, p. 1076.

⁴¹⁷ Stéphanie Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, thèse, université de Strasbourg, 2013, p. 74.

⁴¹⁸ La doctrine a soulevé la question de l'abus de biens sociaux si l'utilisation des biens sociaux a un but illicite. Cette incertitude a émergé après l'arrêt du 11 janvier 1996 (Bull. n° 21). La Cour de cassation n'a pas considéré que l'abus de bien sociaux était constitué car les dirigeants qui avaient prélevé des fonds sociaux destinés à une « caisse noire » aux fins de rémunérer des travailleurs clandestins. V. *Rev. Sociétés*, 1996, note Bernard Bouloc, p. 586 ; *Dr. pénal*, 1996, note Jacques-Henri Robert, comm. 108 ; Christian Le Gunehec, « Intervention au colloque du 13 juin 1996 sur l'abus de biens sociaux », *Gaz. pal.*, 1996, II, p. 918. Par contre, dans des arrêts ultérieurs, la Cour de cassation a clos la question en jugeant que « 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 en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanction pénale ou fiscale contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation ». V. Cass. crim. 6 février 1997, *Dr. pénal*, 1997, comm. 61 ; *Rev. Sociétés*, 1997, note Bernard Bouloc, p. 146 ; Cass. crim. 27 octobre 1997, *Dr. pénal*, 1998, obs. Jacques-Henri Robert, comm. 21.

⁴¹⁹ Cass. crim. 27 juillet 1993, *Dr. pénal*, 1994, obs. Jacques-Henri Robert, comm. 89 ; 14 décembre 1995, *Gaz. pal.*, 1996, chron. 58 ; Cass. crim. 10 avril 2002, Bull. n° 85 ; Cass. crim. 7 mai 2002, Bull. n° 106 et 107 ; Cass. crim. 8 octobre 2003, Bull. n° 184 ; Cass. crim., 14 mai 2003, *D.*, 2003, p. 1766.

⁴²⁰ Cass. crim., 28 novembre 1958, Bull. n° 698 ; Cass. crim., 7 décembre 1967, Bull. n° 321 ; Cass. crim., 13 janvier 1970, Bull. n° 20 ; pour plus de détails en la matière, V. Stéphanie Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, *op. cit.*, p. 55 et suiv.

⁴²¹ Avant la loi du 27 février 2017.

l'infraction, la Cour de cassation a varié ses solutions pour que la prescription n'ait pas pour conséquence l'extinction de l'action publique. Toutes ces solutions sont nées de la dissimulation des faits incriminés⁴²². Ainsi, le point de départ de la prescription ne court qu'à compter de la fin de la dissimulation, plus précisément à compter de la date à laquelle « ces faits ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »⁴²³. C'est-à-dire que « la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises à la charge de la société »⁴²⁴, ou parfois, quand la présentation des comptes n'avait pas fait courir la prescription au motif « qu'aucun des actionnaires connaissant l'usage abusif des biens sociaux n'avait intérêt à en faire la révélation à l'autorité judiciaire ou policière »⁴²⁵.

438. Il en déduit que l'incertitude jurisprudentielle sur cette question est source d'insécurité juridique⁴²⁶ et que le principe de légalité criminelle a été évidemment atteint⁴²⁷.
439. En outre, la jurisprudence française a contourné, de manière générale, la prescription de l'action publique pour la corruption.

2. Contournement général

440. Ce type de contournement est généralisé à tous les cas de corruption. Il s'agit, d'une part, de l'interprétation extensive de la disposition de l'interruption du délai de prescription et, d'autre part, de la reconnaissance du caractère occulte aux infractions de corruption. Ces deux contournements visent à retarder le point de départ du délai de la prescription de l'action publique pour les infractions de corruption.
441. Concernant l'interruption du délai de prescription, selon les dispositions anciennes de l'article 7 et suivants du Code de procédure pénale, le délai de prescription cessait de courir dès tout acte

⁴²² Jean Pradel, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 212 ; Jean-Marie Coulon (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, La documentation française, 2008, p. 97 et suiv.

⁴²³ Par exemple, Cass. crim., 13 février 1989, Bull. n° 69 ; Cass. crim., 27 octobre 1997, Bull. n° 352.

⁴²⁴ Par exemple, Cass. crim., 5 mai 1997, Bull. n° 159 ; Cass. crim., 13 octobre 1999, Bull. n° 219.

⁴²⁵ Cass. crim., 8 mars 2006, pourvoi n° 04-86.648, inédit ; *JCP E*, 2006, n° 24, note Jacques-Henri Robert, p. 1077.

⁴²⁶ Jean-Marie Coulon (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires, op.cit.*

⁴²⁷ Jean-François Renucci, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.*, 1997, p. 23 ; Michèle-Laure Rassat, *Procédure pénale*, 2e édition, PUF, 1995, n° 292.

« d’instruction ou poursuite ». Il en découle alors que le délai de prescription se renouvelle et son point de départ commence à courir à compter du jour de l’acte interruptif⁴²⁸.

442. Le contournement de cette disposition a reposé sur son interprétation extensive. La jurisprudence a accordé une interprétation large à l’interruption de la prescription. Bien que la portée de l’acte interruptif ait dû logiquement concerner les faits délictueux et ses auteurs et complices⁴²⁹, la Cour de cassation a étendu cette portée aux infractions connexes sans qu’aucun sens juridique ne soit attribué à cette interprétation⁴³⁰.
443. En matière de corruption, lorsque les faits de corruption sont connexes à des infractions pour lesquelles un acte d’instruction ou de poursuite a interrompu la prescription, ils sont également touchés par l’interruption⁴³¹. Il a ainsi été jugé que le réquisitoire introductif visant les abus de biens sociaux, faux en écriture, usage de faux et escroquerie interrompt la prescription de l’action publique. Il en résulte que la prescription de l’action publique est également interrompue pour les infractions connexes, y compris pour le ou les acte(s) de corruption⁴³².
444. Concernant la reconnaissance du caractère occulte aux infractions de corruption, le retard du point de départ du délai de la prescription se situe au jour où la corruption est apparue ou a pu être constatée par la partie poursuivante en raison de son caractère occulte. Cette reconnaissance est faite en deux démarches.
445. D’une part, la jurisprudence a donné la qualification d’infraction occulte à l’infraction de trafic d’influence qui est un délit très proche de la corruption. Ainsi, « si le délit de trafic d’influence est une infraction instantanée qui se prescrit à compter de la perception du dernier versement effectué en exécution du pacte litigieux, le délai de prescription de l’action publique ne commence à courir, en cas de dissimulation, qu’à partir du jour où l’infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l’exercice des poursuites »⁴³³.

⁴²⁸ V. Serge Guinchard et Jacques Buisson, *Procédure pénale, op.cit.*, p. 814 et suiv. ; Jean Pradel, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 218 et suiv.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ Bernard Bouloc, « Remarques sur l’évolution de la prescription de l’action publique », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l’honneur de Christian Gavaldà*, Dalloz, 2001, p. 57 ; André Varinard, « La prescription de l’action publique : une institution à réformer », in *Le droit pénal à l’aube du troisième millénaire, mélange offert à Jean Pradel*, CUJAS, 2006, p. 605.

⁴³¹ Juliette Lelieur, « La prescription des infractions de corruption », *D., op.cit.*

⁴³² Cass. crim., 31 mai 2006, pourvoi n° 05-82848, Inédit.

⁴³³ Cass. crim., 19 mars 2008, Bull. n° 71. La question est posée si cette jurisprudence peut être ou non admise en matière de corruption. Pour l’admission, V. Juliette Lelieur, « Nouvelle avancée jurisprudentielle en matière de prescription des infractions occultes », *AJ pénal*, 2008, p. 319 ; Emmanuel Dreyer, *Droit pénal spécial*, 3e édition, Cours magistral Ellipses, 2016, p. 648. Contre l’admission, V. Michèle-Laure Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, 6e édition, Précis Dalloz, 2011, n° 274 ; Wilfrid Jeandidier, « Corruption et trafic d’influence », *Rép. pén.*, avril 2014, n° 108.

446. D'autre part, la Cour de cassation a étendu cette jurisprudence à la corruption en décidant que « le point de départ du délai de prescription des faits de corruption [...] qui ont été dissimulés est reporté à la date où ceux-ci sont apparus et ont pu être constatés dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique »⁴³⁴.
447. La Cour de cassation a donc intégré les infractions de corruption dans le groupe des infractions clandestines et occultes⁴³⁵. Il s'agissait d'une catégorie créée de toutes pièces par la jurisprudence « en contradiction flagrante avec les textes généraux du Code de procédure pénale qui font débiter le délai de prescription du jour de la commission du délit »⁴³⁶.
448. Cette dernière jurisprudence fut saluée par le Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE dans le Rapport de phase 3⁴³⁷ après que fut critiquée la brièveté du délai de prescription dans le Rapport de phase 2⁴³⁸. Cependant, le Groupe a invité le législateur français à prendre les mesures nécessaires pour allonger le délai de prescription pour les infractions de corruption.
449. Le législateur français est intervenu pour délimiter et légaliser ces contournements afin qu'elles soient conformes à l'exigence du principe de légalité criminelle.

B. L'intervention législative

450. Les tentatives du législateur français ont été multiples pour légaliser les solutions jurisprudentielles dérogatoires au droit commun de la prescription de l'action publique et les rendre conformes avec le principe de légalité criminelle⁴³⁹. Ainsi, l'intervention législative peut être classée en deux : intervention inachevée (1) et intervention achevée (2).

⁴³⁴ Cass. crim., 6 mai 2009, pourvoi n° 08-84.107, inédit ; Christine Courtin, « Prescription de l'action publique », *Rép. pén.*, octobre 2015 (actualisation : juin 2016), n° 69.

⁴³⁵ L'infraction clandestine s'est définie « comme celle dont les agissements délictueux sont, en fait ou en droit, dissimulés, maintenant la victime et le ministère public dans l'ignorance de son existence, de sorte que le point de départ de la prescription doit être reculé au jour de son apparition », Guillaume Lecuyer, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *Dr. pénal*, n° 11, 2005, étude 14, p. 8.

⁴³⁶ Charles Freyria, « Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires ? », *JCP E*, n° 23, 1996, p. 563.

⁴³⁷ Rapport de la phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE contre la corruption, Octobre 2012, p. 54. Disponible sur : <http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/FrancePhase3fr.PDF>

⁴³⁸ Rapport de phase 2 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE contre la corruption, janvier 2004, p. 37, disponible sur : <http://www.oecd.org/fr/corruption/france-conventiondelocdesurlaluttecontrelacorruption.htm>

⁴³⁹ Pour une présentation détaillée sur les propositions visant à modifier le régime de la prescription de l'action publique en France, V. Stéphanie Roth, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, thèse, université de Strasbourg, 2013, p. 283 et suiv.

1. Intervention inachevée

- 451.** C'est la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière⁴⁴⁰ qui fut l'expression de la préoccupation du législateur sur la question de l'absence de base légale du recul du point de départ de la prescription pour les infractions dites infractions clandestines ou occultes. Par un amendement, un député a voulu introduire dans cette loi « la règle jurisprudentielle selon laquelle le point de départ du délai de prescription d'une infraction qui a été dissimulée est reporté au jour où cette infraction a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites ». Cela aurait permis « de consolider une règle qui n'est aujourd'hui que jurisprudentielle, mais sans laquelle il serait en pratique quasiment impossible de poursuivre et juger les auteurs de délits d'abus de biens sociaux ou de corruption, notamment »⁴⁴¹. C'est alors que l'article 9 quater a été introduit dans le projet de loi précité en prévoyant qu'après le premier alinéa de l'article 8 du Code de procédure pénale soit inséré un alinéa ainsi rédigé : « En cas de dissimulation de l'infraction, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à compter du jour où elle a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites »⁴⁴².
- 452.** Cette importante délimitation de la prescription de l'action publique a malheureusement été un échec. En effet, le gouvernement a objecté cette modification. Il a présenté un amendement visant à supprimer l'article 9 quater précité sous prétexte que « cet article [...] pose des difficultés quant à son champ d'application, beaucoup plus large que l'actuelle jurisprudence de la haute juridiction, qui se limite essentiellement au domaine économique et financier [...] il est nécessaire d'engager une réflexion plus approfondie en vue de donner au droit de la prescription une assise législative et constitutionnelle pérenne »⁴⁴³.
- 453.** Cependant, les tentatives parlementaires ont perduré. D'abord, plusieurs sénateurs ont présenté un amendement visant à réintroduire la proposition de modification de l'article 8 du Code de procédure pénale évoqué ci-dessus⁴⁴⁴. Mais, encore une fois, le Gouvernement a réussi à convaincre ces sénateurs

⁴⁴⁰ La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF*, n° 0284, 7 décembre 2013, p. 19941.

⁴⁴¹ Assemblée nationale, rapport n° 1130 et 1131, 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 relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et le projet de loi organique relatif au procureur de la République financier, présenté par Yavn Galut, 12 juin 2013, p. 35.

⁴⁴² *Idem*, p. 165.

⁴⁴³ Sénat, commission des lois, amendement n° COM-88, présenté par Le Gouvernement, relatif au Projet de loi de la Lutte contre la fraude fiscale et la délinquance économique et financière, 9 juillet 2013.

⁴⁴⁴ Sénat, Direction de la séance, amendement n° 44, présenté par Eric Bocquet, Éliane Assassi, Cécile Cukierman, Christian Favier et les membres du Groupe communiste républicain et citoyen, relatif au Projet de loi de la Lutte contre la fraude fiscale et la délinquance économique et financière, 12 juillet 2013.

de retirer cet amendement car « il serait périlleux d'introduire cette disposition hors tout regard sur l'économie générale de la prescription »⁴⁴⁵. Ensuite, pour la même raison, il a pu, à l'Assemblée nationale en deuxième lecture, convaincre plusieurs députés de retirer leur amendement⁴⁴⁶ concernant la même modification.

454. Par la suite les parlementaires ont continué de manifester leurs préoccupations sur la prescription de l'action publique en matière d'infractions économiques et financières, le point de départ de la prescription en cas de dissimulation devant absolument être clarifié et reposer sur une base légale. Pour les parlementaires il fallait qu'il parte du constat de l'infraction afin de permettre un juste exercice des poursuites contre son auteur⁴⁴⁷. Néanmoins, les élus se sont rangés aux arguments machiavéliques du Gouvernement pour qui l'objet de cette modification est de renforcer la lutte contre la délinquance économique et financière, mais que la jurisprudence à l'origine de la théorie de l'infraction clandestine et dissimulée déroge au droit commun de la prescription de l'action publique « fonctionne bien et ne pose pas de problème »⁴⁴⁸. Autrement dit, à ses yeux, l'objectif de recul du point de départ du délai de prescription a déjà été atteint par la jurisprudence même si celle-ci va à l'encontre du principe de légalité criminelle.

2. Intervention achevée

455. Par la loi du 27 février 2017, le législateur est parvenu à modifier les dispositions relatives à la prescription en droit pénal. Ont été en premier lieu réformées les dispositions générales sur la prescription de l'action publique et des peines. Puis a été légitimée la dérogation prétorienne au droit commun de la prescription de l'action publique avec de nouveaux articles au sein du Code de procédure pénale contenant les solutions jurisprudentielles en la matière.

⁴⁴⁵ Sénat, Compte rendu analytique officiel, séance du 17 juillet 2013, disponible sur : http://www.senat.fr/cra/s20130717/s20130717_5.html#par_524

⁴⁴⁶ Assemblée nationale, amendement n° CF3, présenté par Eric Alauzet, Eva Sas, Laurence Abeille, Brigitte Allain, Isabelle Attard, Danielle Auroi, Denis Baupin, Michèle Bonneton, Christophe Cavard, Sergio Coronado, François de Rugy, François-Michel Lambert, Noël Mamère, Véronique Massonneau, Paul Molac, Barbara Pompili et Jean-Louis Roumegas, retiré avant discussion, relatif au Projet de loi de la Lutte contre la fraude fiscale et la délinquance économique et financière, 6 septembre 2013, disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/1293/CIION_FIN/CF3.asp

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ Assemblée nationale, Troisième session extraordinaire de 2012-2013, Compte rendu intégral, Deuxième séance du 17 septembre 2013, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013-extra3/20133012.asp>

- 456.** Dès lors, les articles 7 et 8 du Code de procédure pénale ont doublé la durée des délais applicables en matière criminelle et délictuelle. Ainsi, l'action publique se prescrit par vingt années pour les crimes et par six années pour les délits, révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.
- 457.** La nouveauté apportée par cette réforme consiste dans les nouvelles dispositions prévues à l'alinéa 3 et suivants de l'article 9-1 du Code de procédure pénale. Celui-ci énonce que, « par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise. Est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire. Est dissimulée l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte ».
- 458.** En matière de corruption, cette loi a eu un effet positif. Elle reprend les propositions et préconisations des organisations nationales et internationales spécialisées dans la lutte contre la corruption qui ont demandé cet allongement du délai de prescription pour les infractions de corruption. De plus, elle rend compatible avec le principe de légalité criminelle le retard du point de départ du délai de prescription de l'action publique pour les délits occultes ou dissimulés, dont la corruption fait partie.
- 459.** Par ailleurs, le projet initial de la loi du 27 février 2017⁴⁴⁹ n'avait pas prévu un délai butoir (maximal) par lequel l'action publique doit de toute façon se prescrire. Cependant, en raison des amendements apportés par un sénateur⁴⁵⁰ et le gouvernement⁴⁵¹ au Sénat en première lecture (acceptés à l'Assemblée nationale en deuxième lecture), l'alinéa 3 de l'article 9-1 du Code de procédure pénale comprend désormais une phrase rédigée ainsi : «... sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise... ». L'objet de ces amendements réside dans l'encadrement de la portée du report du point de départ du délai de prescription pour les infractions occultes et dissimulées afin d'empêcher des poursuites

⁴⁴⁹ Assemblée nationale, Proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale, présentée par Alain Tourret et Georges Fenech, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1er juillet 2015.

⁴⁵⁰ Sénat, Commission des lois, Amendement n° COM-10, présenté par François-Noël Buffet, relatif à la proposition de loi de réforme de la prescription en matière pénale, 3 octobre 2016, disponible sur : http://www.senat.fr/amendements/commissions/2015-2016/461/Amdt_COM-10.html

⁴⁵¹ Sénat, Commission des lois, Amendement n° 11 rect., présenté par le Gouvernement, relatif à la proposition de loi de réforme de la prescription en matière pénale, 12 octobre 2016, disponible sur : http://www.senat.fr/amendements/2016-2017/9/Amdt_11.html

en théorie indéfinies et d'écarter ainsi tout risque d'imprescriptibilité des faits⁴⁵². En effet, sans délai butoir, les infractions occultes ou dissimulées seraient en pratique imprescriptibles car la référence à l'apparition de l'infraction est très vaste. Le point de départ de délai dépendrait donc du constat de l'infraction⁴⁵³. De la sorte le législateur a mis en place un délai butoir : douze ans pour les délits et trente ans pour les crimes, à compter de la commission des faits, indépendamment du jour où l'infraction a été commise.

460. Le régime particulier de la prescription de l'action publique pour la corruption ne nous semble pas être contraire à l'un des principes fondamentaux tant du droit français que du droit koweïtien.

§ 2. LA CONFORMITE DE LA PRESCRIPTION EN MATIERE DE CORRUPTION AVEC LES PRINCIPES FONDAMENTAUX

461. La mise en place d'un régime particulier à la prescription de l'action publique pour les infractions de corruption peut soulever quelque inquiétude concernant le respect des principes fondamentaux.
462. Cette inquiétude peut, d'une part, concerner le pouvoir du législateur et son étendue en matière de prescription. En effet, l'institution de la prescription de l'action publique occupe une place centrale au sein des dispositions générales de droit pénal koweïtien et français. Néanmoins, cette place n'a pas de valeur fondamentale ou constitutionnelle. Ainsi, le prolongement ou la brièveté du délai de prescription ou l'imprescriptibilité pour certaines infractions ne sont pas soumis à une règle de principes fondamentaux.
463. D'autre part, si les systèmes juridiques français et koweïtien ne contiennent pas de disposition constitutionnelle ou fondamentale propre à la prescription, il n'en va pas de même pour les principes de valeur fondamentale. Trois principes peuvent être soulevés en matière de la mise en place d'un régime particulier à la prescription de l'action publique pour les infractions de corruption. Il s'agit d'abord du principe de l'égalité devant la loi parce que la mise en place du régime particulier à la prescription pour la corruption est soumise à un traitement différent de celui des autres infractions. Ensuite, l'allongement du délai de prescription tel qu'il existe en droit français et l'imprescriptibilité des infractions de corruption tel qu'il existe en droit koweïtien peuvent porter atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Enfin, le délai butoir qui est imposé par le législateur français pour les infractions clandestines, dont fait

⁴⁵² Assemblée nationale, Rapport n° 4309, présenté Alain Tourret, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 14 décembre 2016, p. 27.

⁴⁵³ V. Charle Freyria, « Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires ? », *JCP E*, 1996, I, p. 563 ; Jean-François Renucci, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.*, 1997, p. 23 ; Marie-Anne Frison-Roche, « Abus de biens sociaux : quelles règles de prescription ? », *Le Monde*, 6 janvier 1996.

partie la corruption, peut, à son tour, constituer, pour les victimes, une violation de leur droit à un recours effectif devant un tribunal.

464. En effet, la mise en place d'un régime particulier à la prescription de l'action publique pour les infractions de corruption est en conformité avec les principes fondamentaux. Car les législateurs français et koweïtien ne sont pas contraints par un principe fondamental pour prendre des mesures précises relatives à l'institution de prescription de l'action publique (A). De plus, la mise en place d'un régime particulier à la prescription semble être admise eu égard aux principes fondamentaux susceptibles d'être soulevés (B).

A. L'inexistence de principe fondamental propre à la prescription

465. Après lecture des articles gouvernant les dispositions générales de la prescription de l'action publique dans les droits français et koweïtien⁴⁵⁴, il n'est pas difficile de remarquer que les législateurs français et koweïtien expriment, au contraire d'une jurisprudence française hostile, leur attirance pour l'institution de prescription malgré le fait qu'il n'y a pas de disposition constitutionnelle dans cette matière (1). En revanche, la place de la prescription de l'action publique au sein des principes constitutionnels a déclenché un débat jurisprudentiel (2).

1. Tendance législative

466. Les législateurs koweïtien et français montrent dans la disposition générale du Code pénal une préférence pour l'extinction de l'action publique par la prescription.
467. Premièrement, la règle générale est celle de l'extinction de l'action publique par la prescription dans les deux législations, au contraire du système de la *Commun Law* où la règle générale est l'exclusion de la prescription⁴⁵⁵.
468. Deuxièmement, lorsque les deux législateurs veulent déroger à la règle générale de la prescription, ils retiennent tout de même un délai butoir (maximal). Ainsi, en droit koweïtien, l'article 8 du Code pénal prévoit que « le délai de prescription de l'action publique est interrompu par tout acte d'enquête, d'instruction, de poursuite ou de jugement. Ces actes doivent être pris devant l'intéressé ou notifiés à lui officiellement. Dans tous les cas, le délai de la prescription ne peut durer, en raison de l'interruption, plus de la moitié du délai initial ». En droit français, le maintien de la prescription se manifeste dans l'article 9-1 du Code de procédure pénale qui prévoit que le délai de prescription pour les infractions occultes ou

⁴⁵⁴ Il convient de noter que les dispositions générales de la prescription appartiennent, en droit koweïtien, au droit pénal de fond. Alors qu'elles appartiennent, en droit français, à la procédure pénale.

⁴⁵⁵ Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, 4e édition, Dalloz, 2016, p. 429.

dissimulées ne peut pas excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise.

469. Troisièmement, la suspension de la prescription de l'action publique est résolue par l'encadrement étroit des cas de suspension en droit français, et par l'exclusion de tous les cas de suspension en droit koweïtien. Ainsi, l'article 7 du Code pénal koweïtien prévoit que « le délai de prescription de l'action publique n'est jamais suspendu quelle que soit la raison ». En droit français, l'article 9-3 du Code de procédure pénale prévoit que « tout obstacle de droit, prévu par la loi, ou tout obstacle de fait insurmontable et assimilable à la force majeure, qui rend impossible la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, suspend la prescription ». La référence faite à la loi (cf. « prévu par la loi ») et à la force majeure (cf. « assimilable à la force majeure ») a pour objet, selon le rédacteur de cet article ⁴⁵⁶, d'« éviter toute extension jurisprudentielle » de l'obstacle de fait de droit et de « limiter le caractère subjectif de l'obstacle de fait insurmontable »⁴⁵⁷.
470. Cependant, cet accord entre législateurs de pays différents, sur la prescription de l'action publique, semble fondé sur l'intérêt⁴⁵⁸ et non sur un principe fondamental. En effet, les législateurs n'ont rencontré aucune difficulté pour changer les règles de la prescription lorsque celles-ci ont fait obstacle à leur politique criminelle. Ils semblent tous deux avoir une grande faculté d'appréciation dans ce domaine. Ils ont le pouvoir de choisir la durée du délai de la prescription et optent parfois pour l'imprescriptibilité de l'action publique, comme pour les crimes contre l'humanité en France ou, au Koweït, pour l'imprescriptibilité des infractions contre les biens publics, infractions de blanchiment d'argent et infractions de corruption.
471. L'institution de la prescription de l'action publique n'a pas en soi de fondement para législatif. Ni la Constitution koweïtienne, ni la Constitution française ne contiennent de dispositions explicites quant à la prescription⁴⁵⁹.
472. Or, en France, un avis édicté par le Conseil d'État est venu bouleverser ce schéma.

⁴⁵⁶ Sénat, Commission des lois, Amendement n° COM-12, présenté par François-Noël Buffet, relatif à la proposition de loi de réforme de la prescription en matière pénale, 3 octobre 2016, disponible sur : http://www.senat.fr/amendements/commissions/2015-2016/461/Amdt_COM-12.html

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ V. Jean Danet, « La prescription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle », *Arch. Pol. Crim.*, n° 28, 2006, p. 75.

⁴⁵⁹ Certaines Constitutions disposent d'articles relatifs à l'imprescriptibilité. C'est le cas de la Constitution égyptienne de 2014 qui prévoit, dans l'article 52, que « la torture sous toutes ses formes est un crime imprescriptible », et dans l'article 99, que « toute atteinte contre les libertés individuelles ou l'inviolabilité de la vie privée des citoyens, ainsi que contre d'autres droits et libertés garantis par la Constitution et la loi, sont des crimes imprescriptibles ».

2. Débat jurisprudentiel en France

473. Il s'agit d'un avis sur la conformité à la Constitution française du projet de statut de la Cour pénale internationale, comprenant notamment la question de l'imprescriptibilité des crimes relevant de sa compétence. Cet avis a reconnu à la prescription de l'action publique le caractère de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Il y était noté que « le Conseil d'État considère que l'existence d'une règle de prescription qui est un principe fondamental reconnu par les lois de la République exige que, pour les crimes dont la nature n'est pas d'être imprescriptibles, un délai de prescription soit fixé dans le statut, en fonction de la gravité des crimes commis »⁴⁶⁰.
474. Le Conseil constitutionnel a ignoré cet avis en considérant « qu'aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale »⁴⁶¹.
475. Mais, comme la doctrine⁴⁶² l'a fait remarquer, on ne peut déduire d'une telle affirmation que le Conseil constitutionnel nie toute valeur constitutionnelle au principe de prescription car il n'a fait qu'admettre que les crimes contre l'humanité étaient imprescriptibles.
476. De surcroît, l'avis du Conseil d'État a reposé le débat devant la Cour de Cassation. En l'espèce, un requérant avait soulevé une question prioritaire de constitutionnalité concernant les anciens articles 7 et 8 du Code de procédure pénale à l'occasion d'une procédure judiciaire pour abus de confiance et abus de biens sociaux. La prescription de l'action publique de ces infractions courait, selon une jurisprudence constante, et au contraire des termes des articles contestés, du jour où l'infraction a été constatée ou pu être constatée lorsqu'elle revêt un caractère clandestin.
477. L'un des fondements de la requête reposait sur le fait que le retard du point de départ de prescription de l'action publique était contraire au « principe fondamental de prescription de l'action publique » qui a été dégagé par le Conseil d'État. De plus, « le Conseil constitutionnel n'a pas eu une position aussi tranchée que le Conseil d'État »⁴⁶³.
478. En refusant cet argument, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré que « la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la

⁴⁶⁰ CE, avis, 29 février 1996, Cour pénale internationale, n° 358597 ; Thierry Dal Farra, Yves Gaudemet, Frédéric Rolin et Bernard Stirn, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 3e édition, Dalloz, 2008, n° 28, p. 335.

⁴⁶¹ Cons. const., 22 janvier 1999, n° 98-408 DC.

⁴⁶² Bertrand Mathieu, « La prescription de l'action publique ne constitue pas un principe constitutionnel », *JCP*, 2011, p. 670 ; Haritini Matsopoulou, « Questions prioritaires de constitutionnalité et abus de biens sociaux », *RSC*, 2011, p. 611.

⁴⁶³ QPC n° 11-90033, disponible sur : <http://libertes.blog.lemonde.fr/files/2011/03/qpc1.1299322383.pdf>

République et ne procède pas des articles 7 et 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, ni d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle »⁴⁶⁴. Étant donné que la question posée « ne port(e) pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas eu l'occasion de faire application »⁴⁶⁵, la question manque de nouveauté et de sérieux. Autrement dit, la Cour de cassation voulait que l'invocation devant elle d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République pour la prescription ne soit possible que si le Conseil constitutionnel reconnaissait à une telle disposition une valeur constitutionnelle⁴⁶⁶.

- 479.** La Cour de Cassation a d'ailleurs confirmé son orientation : « attendu que la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux dès lors que la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et ne procède pas des articles 7 et 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, ni d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle »⁴⁶⁷.
- 480.** Récemment, le conflit entre les Hautes juridictions, administrative et judiciaire, semble avoir pris fin avec la victoire de la valeur législative de la prescription.
- 481.** En effet, le Conseil d'État a renoncé à son avis précité. À l'occasion de l'examen de la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale, il a d'abord énoncé que « ni la Constitution ni la Convention européenne des droits de l'Homme ne comportent de disposition expresse relative à la prescription en matière pénale ». Puis il a estimé « qu'aucun principe constitutionnel n'impose au législateur de prévoir un délai de prescription de l'action publique ou de la peine pour les infractions dont la nature n'est pas d'être imprescriptible ». De ce fait « le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider du principe et des modalités de la prescription de l'action publique et de la peine »⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Cass. Ass. plén., 20 mai 2011, Bull. 2011, n° 7.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ Cette conclusion a divisé la doctrine en partisans et adversaires ; pour la conclusion, V. Nicolas Maziau, « Les « bonnes raisons » de la Cour de cassation (à propos des arrêts d'assemblée plénière rendus, le 20 mai 2011, en matière de question prioritaire de constitutionnalité) », *D.*, 2011, p. 1775 ; contre la conclusion, V. Bertrand Mathieu, « La prescription de l'action publique ne constitue pas un principe constitutionnel », *JCP*, 2011, p. 670 ; Julie Gallois, « Prescription de l'action publique : quand la Cour de cassation se prend pour le Conseil constitutionnel », *AJ pénal*, 2011, p. 516 ; Dedier Guérin, « le traitement des questions prioritaire de constitutionnalité par la chambre criminelle », in Christine Courtin (dir.), *La QPC et la matière pénale: Deux ans d'application*, Bruylant, 2013, p. 15 et suiv.

⁴⁶⁷ Cass. crim., 4 décembre 2012, pourvoi n° 12-86.347, inédit.

⁴⁶⁸ CE, avis, 1 octobre 2015, La proposition de la loi portant réforme de la prescription en matière pénale, n° 390335.

482. En conclusion, l'institution que représente la prescription de l'action publique n'est pas, en France comme au Koweït, placé à hauteur des principes fondamentaux du droit pénal. Le législateur qui voudrait supprimer ou modifier cette institution ne se verrait opposer aucune difficulté ou obligation résultant de la prescription. C'est pourquoi nous pouvons considérer que délimiter les règles dérogatoires au droit commun relatives à la prescription en matière de corruption, s'inscrit dans la conformité avec les principes fondamentaux.

483. Aussi, la mise en place d'un délai de prescription distinct pour les infractions de corruption est en conformité avec les principes fondamentaux susceptibles d'être soulevés dans cette matière.

B. L'admission de la particularité de la prescription en matière de corruption

484. Trois principes peuvent être soulevés en matière de mise en place d'un régime particulier à la prescription de l'action publique pour les infractions de corruption. Il s'agit d'abord du principe de l'égalité devant la loi (1) parce que la mise en place du régime particulier à la prescription pour la corruption est soumise à un traitement différent de celui des autres infractions. Ensuite l'allongement du délai de prescription tel qu'il existe en droit français et l'imprescriptibilité des infractions de corruption tel qu'elle existe en droit koweïtien peuvent porter atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable (2). Enfin, le délai butoir qui est imposé par le législateur français pour les infractions clandestines, dont fait partie la corruption, peut, à son tour, constituer, pour les victimes, une violation à leur droit à un recours effectif devant un tribunal (3).

1. Principe d'égalité devant la loi

485. Le principe d'égalité devant la loi trouve son origine dans les dispositions constitutionnelles en France comme au Koweït. Plusieurs articles de la Constitution koweïtienne lui sont consacrés : l'article 29 disposant que « toutes les personnes sont égales en dignité humaine, égales devant la loi dans leurs droits et devoirs publics, sans distinction de race, d'origine, de langue ou de religion », et l'article 7 prévoyant que « la justice, la liberté, et l'égalité sont les piliers de la société ». En France, le principe d'égalité devant la loi est posé dès le premier article de la Constitution de 1958 : « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion... ». Il est même un principe d'essence révolutionnaire selon les articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 1789.

486. Il convient de noter que l'interprétation du principe d'égalité, que ce soit en France ou au Koweït, repose sur la philosophie aristotélicienne ; « les choses qui sont semblables doivent être traitées semblablement alors qu'il convient de traiter des choses dissemblables en proportion de leur dissemblance ».

487. La Cour constitutionnelle koweïtienne déclare que l'égalité devant la loi ne signifie pas l'égalité absolue ou l'égalité arithmétique. Elle ne vise pas un traitement juridique égal entre des personnes se trouvant dans des situations juridiques différentes. En ce sens, la différence de traitements entre des personnes se trouvant dans des situations juridiques similaires ne constitue pas nécessairement une discrimination contraire au principe d'égalité lorsqu'elle est justifiée objectivement et logiquement, et que la nécessité et les considérations d'intérêt général impliquent un tel traitement⁴⁶⁹.
488. Le Conseil constitutionnel français a jugé que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »⁴⁷⁰.
489. Dès lors, force est de constater que la distinction opérée par les législateurs concernant le délai de prescription pour les infractions de corruption paraît justifiée.
490. En France, le report du point de départ du délai de prescription pour les infractions dissimulées et occultes trouve sa justification dans le caractère clandestin de ces infractions. En effet, ni les autorités publiques ni les victimes ne sont en mesure de constater ce genre d'infractions du fait de leur caractère clandestin. C'est pourquoi la mise en place d'une disposition distincte et dérogatoire à la règle générale de prescription de l'action publique prend en compte la nature particulière de ces infractions pour faciliter la poursuite et la condamnation, et constitue un but légitime⁴⁷¹. De plus, ce traitement distinct délimite précisément le champ d'application auquel le système de report du point de départ du délai de prescription est applicable⁴⁷². Par conséquent, la consécration de dispositions particulières pour les infractions occultes et dissimulées au sein de l'article 9-1 du Code de procédure pénale ne porte donc pas atteinte au principe d'égalité devant la loi puisqu'elle repose sur un critère objectif.
491. Au Koweït, la situation n'est pas si différente. En effet, le principe d'égalité devant la loi est respecté dès lors que les mesures que prend le législateur s'avèrent nécessaires pour faciliter la poursuite et la

⁴⁶⁹ Koweït, Cour const., 10 juin 2007, n° 4/2007.

⁴⁷⁰ Cons. const., 9 avril 1996, n° 96-373 DC ; Cons. const., 31 juillet 2015, n° 2015-477 QPC.

⁴⁷¹ Le Conseil constitutionnel a jugé, à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de l'allongement du délai de prescription de l'action publique pour certains délits de presse, que « en portant de trois mois à un an le délai de la prescription pour les délits qu'il désigne, l'article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881 a pour objet de faciliter la poursuite et la condamnation dans les conditions prévues par cette loi, (...) que la différence de traitement qui en résulte, selon la nature des infractions poursuivies, ne revêt pas un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi ». Cons. const., 12 avril 2013, n° 2013-302 QPC.

⁴⁷² Le critère de la délimitation de champs d'application est nécessaire pour justifier la différence de traitement selon le Conseil constitutionnel. V. Cons. const., 12 avril 2013, note Bertrand de Lamy, RSC, 2013, p. 910.

condamnation des infractions de corruption. Ces mesures étant de plus recommandées par la Convention des Nations-Unies relative à la lutte contre la corruption⁴⁷³ à laquelle la loi créant l'Autorité de la lutte contre la corruption fait référence dans son préambule et ses articles 1 et 4. Il en résulte que l'article 54 de cette loi stipule, en dérogation au droit commun de la prescription prévu au Code pénal koweïtien, que « les actions publiques et les peines des infractions mentionnées à l'article 22 de cette loi sont imprescriptibles ». Par ailleurs le champ d'application de cette disposition discriminatoire est précisément identifié dans l'article 22 de la loi précitée.

492. Ainsi, la détermination d'un délai de prescription spécifique pour les infractions de corruption au sein des législations française et koweïtienne respecte le principe d'égalité devant la loi.

2. Droit d'être jugé dans un délai raisonnable

493. Une partie de la doctrine⁴⁷⁴ considère que le droit d'être jugé dans délai raisonnable implique que la fixation du délai de prescription de l'action publique soit réaliste et raisonnable. Le fait que les poursuites soient exercées trop longtemps après la commission des faits constitue donc une violation au droit d'être jugé dans un délai raisonnable⁴⁷⁵, fondement même du principe du procès équitable. Dès lors, en matière de corruption, l'allongement du délai de prescription de l'action publique menace ce droit fondamental, surtout en droit koweïtien puisque le législateur koweïtien a rendu imprescriptible les infractions de corruption et que le législateur français a fixé un délai de douze ans pour les infractions clandestines telles que la corruption.

494. Mais tout le monde ne voit pas de conflit entre le traitement des délais de prescription précité et le droit à un délai raisonnable. Deux arguments peuvent être avancés en ce sens .

495. D'abord, ce droit ne devrait pas s'imposer en matière de prescription. En effet, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ou, plus généralement, le droit à un procès équitable, vise les personnes se trouvant

⁴⁷³ L'article 29 de la Convention de Mérida prévoit que « lorsqu'il y a lieu, chaque État partie fixe, dans le cadre de son droit interne, un long délai de prescription dans lequel des poursuites peuvent être engagées du chef d'une des infractions établies conformément à la présente Convention et fixe un délai plus long ou suspend la prescription lorsque l'auteur présumé de l'infraction s'est soustrait à la justice ».

⁴⁷⁴ Jean-François Renucci, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.*, 1997, p. 23 ; Jean Danet, « La prescription de l'action publique : quels fondements et quelle réforme ? », *AJ pénal*, 2006, p. 285.

⁴⁷⁵ Ce principe était l'un des fondements pour les rédacteurs de la loi du février 2017 ; V. Assemblée nationale, Rapport d'information n° 2778, la commission des lois, présenté Alain Tourret et Georges Fenech, 20 mai 2015.

impliquées dans des procédures pénales. Autrement dit, le délai raisonnable qui doit être pris en considération doit être estimé à partir du jour où une personne est accusée⁴⁷⁶.

496. Selon la formule de la Cour européenne des droits de l'homme, « en matière pénale, le délai raisonnable de l'article 6 § 1 [de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme] débute dès l'instant où une personne se trouve "accusée" ; il peut s'agir d'une date antérieure à la saisine de la juridiction de jugement, celle notamment de l'arrestation, de l'inculpation ou de l'ouverture des enquêtes préliminaires. "L'accusation", au sens de l'article 6, § 1, peut se définir "comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale" »⁴⁷⁷. De plus, l'article 34 de la Constitution koweïtienne lie directement ce droit à la personne « accusée » en prévoyant que « l'accusé est innocent jusqu'à ce que la preuve du contraire soit établie dans un procès équitable assurant les garanties nécessaires à la pratique de son droit de défense ». Ce lien entre le droit au délai raisonnable et la mise en accusation existe également dans le Code de procédure pénale français en son article préliminaire : « [...] il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable [...] ».
497. Il en résulte que la période qui doit être prise en considération pour apprécier le droit à être jugé dans un délai raisonnable commence avec la mise en accusation. La période entre cette procédure et la commission de l'infraction n'est donc absolument pas prise en compte dans l'appréciation du respect du droit à un délai raisonnable⁴⁷⁸.
498. En outre, en supposant que la fixation d'un délai raisonnable pour la prescription de l'action publique fait partie du droit à être jugé dans un délai raisonnable, le caractère raisonnable s'apprécierait au regard de trois critères dégagés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et le comportement des autorités compétentes⁴⁷⁹. La complexité

⁴⁷⁶ V. Antoine Valery, « Qu'est-ce qu'un délai raisonnable au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ? », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruylant, 2001, p. 91.

⁴⁷⁷ CEDH, 27 juin 1968, Neumeister c. Autriche, req. n° 1936/63, § 18 ; CEDH, 15 juillet 1982, Eckel c. Allemagne, req. 8130/78, § 73 ; CEDH, 13 février 2003, Louerat c. France, req. n° 44964/98, § 29.

⁴⁷⁸ Comme un auteur le souligne, « la prescription de l'action publique ne se confond pas avec l'exigence de délai raisonnable de la procédure. Ces deux institutions connaissent des règles propres, des fondements spécifiques et des sanctions distinctes ». Franklin Kutry, *Justice pénale et procès équitable : exigence de délai raisonnable – présomption d'innocence – droits spécifiques du prévenu*, Volume II, Larcier, 2006, p. 5.

⁴⁷⁹ Par exemple, CEDH, 6 avril 2000, Comingersoll S.A. c. Portugal, req. n° 35382/97 ; CEDH, 27 juin 2000, Frydlender c. France, req. n° 30979/96, § 43 ; CEDH, 8 juin 2006, Sürmeli c. Allemagne, req. n° 75529/01, § 128 ; V. également, Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4e édition, Economica, 2015, p. 293 ; Frédéric Sudre (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 8e édition, PUF, 2017, p. 400.

de l'affaire peut comprendre par exemple la nécessité de procéder à de multiples investigations, à la technicité des questions, au nombre de personnes mise en cause, etc.⁴⁸⁰. De même, le comportement du requérant peut justifier un délai plus ou moins long lorsqu'il use de manœuvres dilatoires ou exploite les possibilités offertes par le droit interne pour abrégé la procédure⁴⁸¹. Concernant le comportement des autorités compétentes, la Cour européenne entend par là l'activité de tous les services contribuant au fonctionnement de la justice selon l'impératif de diligence⁴⁸².

499. Ainsi, toujours suivant notre hypothèse, si l'on appliquait ces critères en matière de fixation du délai de prescription pour les infractions de corruption ou les infractions clandestines, ceux-ci se trouveraient remplis. En effet, le caractère clandestin des infractions de corruption⁴⁸³ permet aux États d'allonger le délai de prescription. Il rend complexes les affaires de corruption dont l'investigation a lieu au niveau juridique, économique et quelquefois international⁴⁸⁴. Cela fait également obstacle à l'État dans la mise en œuvre de son droit de punir. Celui-ci se trouve alors « dispensé » du niveau le plus élevé de diligence. Un délai long ou anormal de prescription de l'action publique peut donc être reconnu nécessaire sans être pour autant jugé déraisonnable⁴⁸⁵.

3. Droit d'accès à un tribunal

500. L'alinéa 3 de l'article 9-1 du Code de procédure pénale français prévoit que « par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le

⁴⁸⁰ CEDH, 27 juin 1968, Neumeister c. Autriche, req. n° 1936/63, § 21.

⁴⁸¹ CEDH, 7 juillet 1989, Unión Alimentaria Sanders SA c. Espagne, req. n° 11681/85, § 35.

⁴⁸² CEDH, 6 mai 1981, Buchholz c. Allemagne, req. n° 7759/77, § 49 ; CEDH, 15 octobre 1999, Humen c. Pologne, req. n° 26614/95, § 66.

⁴⁸³ Jean-Paul Philippe, « La lutte contre la corruption : le point de vue du policier à partir du retour d'expériences de plusieurs enquêtes », *D.*, 2008, p. 1093 ; Christian Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *AJ pénal*, 2006, p. 197 ; Chantal Cutajar, « Le droit à réparation des victimes de la corruption : plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *D.*, 2008, p. 1081 ; Raymond Avrillier et Philippe Descamps, *Le système Carrignon*, La Découverte, Enquêtes, 1995.

⁴⁸⁴ Jean-Paul Philippe, « La lutte contre la corruption : le point de vue du policier à partir du retour d'expériences de plusieurs enquêtes », *AJ pénal*, *op. cit.*

⁴⁸⁵ D'ailleurs, la contestation reposant sur le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ne peut pas être invoquée de manière abstraite. La Cour européenne a précisé que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure relevant de l'article 6 § 1 doit s'apprécier dans chaque cas suivant les circonstances de l'affaire (V. CEDH, 27 juin 2000, Frydlender c. France, req. n° 30979/96, § 43). Le fait de dire que la délimitation d'un délai spécifique de prescription pour les infractions de corruption est donc peu discutable.

délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise ».

- 501.** La détermination d'un délai maximal de douze ans pour les délits occultes ou dissimulés peut constituer une violation du principe d'accès au juge ou à un tribunal, pourtant garanti par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁴⁸⁶ et par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen⁴⁸⁷.
- 502.** Nous pouvons supposer une telle violation dans le cas par exemple du refus de constitution de partie civile par une victime de corruption, au motif que les faits corruptifs sont prescrits et ne peuvent plus être poursuivis. En considérant que l'infraction de corruption est clandestine et que la victime n'était en mesure de la constater qu'après avoir passé le délai de douze ans. Pourtant, la prescription de l'action publique ne semble pas avoir été abordée par le Conseil constitutionnel français au prisme du droit d'accès à un tribunal. En ce sens, la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité, qu'elle a jugée non sérieuse, soutenant que le délai de prescription de trois mois fixé par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 constituait une atteinte excessive au droit à un recours effectif. Pour la première chambre civile, « le délai de prescription institué par l'article 65, alinéa 1, de la loi du 29 juillet 1881 ne porte pas au droit à un recours effectif une atteinte excessive dans la mesure où il procède d'un juste équilibre entre le droit d'accès au juge et les exigences de conservation des preuves propres aux faits que réprime cette loi »⁴⁸⁸. Cet argument n'a pas suffi à convaincre l'ensemble de la doctrine⁴⁸⁹. La chambre criminelle de la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de considérer que cette courte prescription était conforme au droit d'accès à un tribunal prévu par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en jugeant que « l'existence d'un court délai de prescription et que le point de départ de ce délai au jour du premier acte

⁴⁸⁶ « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial »

⁴⁸⁷ Le Conseil constitutionnel français a considéré en 1996 que l'article 16 de la déclaration de 1789 interdisait « de porter des atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction », Cons. const., 9 avril 1996, n° 96-373 DC ; V. également, Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC.

⁴⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 5 avril 2012, *Dr. pénal*, n° 6, Juin 2012, obs. Michel Véron, comm. 90 ; *D.*, 2013, obs. Emmanuel Dreyer, p. 457.

⁴⁸⁹ *Ibid.* Pour Véron et Dreyer, cet argument n'est pas convaincant parce que la chambre civile justifie le délai de prescription de trois mois par la conservation des preuves, tandis que le Conseil constitutionnel (Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC) admet un débat sur la preuve de faits illimités dans le temps. Pour nous, c'était préférable que la Cour de cassation justifie la courte prescription du délit de presse par le juste équilibre entre le droit d'accès au juge et le droit de liberté d'expression au motif que le législateur veut, par cette brièveté de délai, limiter les poursuites des délits de presse au nom de la liberté d'expression.

de publication qui ont pour but de garantir la liberté d'expression ne privent pas pour autant la victime de la diffamation de tout recours effectif si elle fait preuve de diligence »⁴⁹⁰.

- 503.** En outre, la Haute Juridiction a précisé que le droit à un recours effectif à un tribunal n'est pas un principe absolu et n'exclut pas la possibilité pour le législateur d'aménager le délai de prescription.
- 504.** Cette même position fut adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme. Pour cette dernière, la portée du droit à accès à un tribunal peut faire l'objet de « limitations implicitement admises »⁴⁹¹. Ainsi, les États ont, en la matière, une certaine marge d'appréciation sous réserve que les limitations appliquées ne restreignent pas l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteinte dans sa substance même⁴⁹². En matière de prescription, la Cour énonce que les délais de prescription « ont plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé »⁴⁹³.
- 505.** Force est de constater qu'en droit français, le délai maximal de douze ans pour les délits occultes ou dissimulés a pour but de garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions. On ne peut donc nier le fait que le législateur français a poursuivi un but légitime. De plus, l'élaboration d'un régime dérogatoire au droit commun de la prescription pour les infractions occultes ou dissimulées peut tout à fait être considérée comme une garantie du droit d'accès à un tribunal. Enfin, la durée de douze ans représente le double des délais de prescription des autres délits, proportionnellement au but poursuivi. La victime d'une infraction de corruption dispose donc d'un droit d'accès à un tribunal et ne peut donc prétendre que ses droits en la matière ont été bafoués.
- 506.** En conclusion, la détermination d'un délai spécifique de prescription de l'action publique pour certaines infractions telles qu'ici la corruption, respecte bien les principes fondamentaux du droit pénal.

⁴⁹⁰ Cass. crim., 2 octobre 2001, *Comm. comme. électr.*, 2002, obs. Agathe Lepage, comm. n° 66, ; Christophe Bigot, « La Cour de cassation conforte la prescription trimestrielle en matière de presse », *D.*, 2012, p. 1588.

⁴⁹¹ CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, § 36.

⁴⁹² *Idem*, § 38 ; CEDH, 27 août 1991, *Philis c. Grèce*, req. n° 12750/87, 13780/88 et 14003/88, § 59 ; CEDH, 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c. France*, req. 12964/87, § 28.

⁴⁹³ CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 51 ; CEDH, *Coëme et autres c. Belgique*, req. n° 32492/96, § 146.

Conclusion du chapitre II

- 507.** Dans le but d'une lutte effective et efficace contre le phénomène de corruption, les législateurs français et koweïtien prennent toutes les mesures nécessaires afin que l'incrimination de corruption ne soit pas entravée, *a fortiori* par l'application d'un principe fondamental du droit pénal. En effet, la corruption est aujourd'hui l'hypothèse la plus efficace pour démolir un État de droit⁴⁹⁴. Il serait par conséquent paradoxal que les protagonistes en matière de corruption tirent profit, d'une manière ou d'une autre, des principes dudit État.
- 508.** À la suite de ce chapitre, nous pouvons dire que les mouvements délimitant l'objet de l'incrimination de corruption s'inscrivent dans le respect des principes fondamentaux. Ces mouvements rendent l'élément matériel de la corruption effective en conciliant avec le principe de la légalité criminelle et son corollaire de l'interprétation stricte de la loi pénale. Nous ne pensons pas qu'aucun comportement corruptif ne peut échapper à l'incrimination.
- 509.** L'objet de l'incrimination de corruption est également délimité en respect des principes fondamentaux de sorte que les législateurs français et koweïtien prennent en considération son caractère occulte. Ainsi, la mise en place d'un régime particulier à la prescription de l'action publique pour la corruption s'inscrit dans ce fait. C'est notamment dans le cas de droit français où la jurisprudence a contourné les dispositions générales de la prescription sans respect du principe de légalité criminelle.

⁴⁹⁴ Mireille Delmas-Marty et Stefano Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, p. 696.

CONCLUSION DU TITRE I

- 510.** En droit français comme en droit koweïtien, la lutte contre la corruption par le droit pénal est soumise à une délimitation. Celle-ci vise évidemment l'effectivité et l'efficacité de disposition pénale à la lutte contre la corruption. Mais nous pouvons également dire que cette délimitation prend en compte le fait que la corruption est un phénomène difficile à cerner, et que, par conséquent, il faut que la disposition pénale s'adapte à ce caractère de manière respectueuse de principes fondamentaux.
- 511.** Étant donné que le phénomène de corruption est en expansion, la délimitation de son incrimination met l'accent sur les auteurs qui sont le sujet de l'incrimination. D'une part, les droits français et koweïtien font preuve de respect du principe de légalité criminelle en mettant en évidence la qualité de fonctionnaire susceptible d'être corrompu dans la fonction de l'État. Néanmoins, ce respect du principe de légalité criminelle exige, afin de participer à la lutte contre la corruption au niveau international, que le législateur koweïtien introduise, à l'instar du législateur français, dans l'incrimination de corruption, l'agent public étranger et l'agent international et élargisse la définition de corrompu dans le secteur privé. D'autre part, les deux droits respectent les limites de l'interprétation stricte de la loi pénale en adoptant des modalités d'incrimination pour réprimer le corrupteur.
- 512.** En outre, la délimitation de l'incrimination de corruption met l'accent sur l'objet de l'incrimination de corruption. D'une part, l'élément matériel des faits corruptifs peut s'inscrire dans le but de mieux contrôler le phénomène de corruption. Ni le corrompu ni le corrupteur n'échappent, en droits français et koweïtien, à l'incrimination à cause du manque de base légale. D'autre part, les droits français et koweïtien prennent en compte que les règles de la prescription de l'action publique peuvent ôter à l'objet de corruption son caractère délictueux. Ainsi, les deux droits mettent en place, en conformité avec les principes fondamentaux susceptibles d'être soulevés, un régime particulier à la prescription de l'action publique pour la corruption.
- 513.** Ce mouvement de respect des principes fondamentaux ne semble pas perdurer dans l'incrimination de corruption. En effet, le caractère occulte du phénomène de corruption pose une difficulté probatoire. Pour surmonter cette difficulté, les législateurs français et koweïtien ont contourné l'incrimination de corruption en négligeant certains principes fondamentaux.

TITRE II.

LE CONTOURNEMENT DE L'INCRIMINATION DE CORRUPTION EN NEGLIGEANT LES PRINCIPES FONDAMENTAUX

514. L'incrimination de corruption pose une difficulté probatoire majeure qui mène à ce qu'elle se caractérise par un phénomène occulte⁴⁹⁵. De la sorte, les termes de l'incrimination requièrent un lien de causalité. Dans la corruption active, il faut prouver que l'avantage proposé pour le corrompu est la contrepartie de l'accomplissement ou non de l'acte de la fonction demandé par le corrupteur. Dans la corruption passive, il faut prouver que l'avantage sollicité par le corrompu est la contrepartie de l'accomplissement ou non de l'acte de sa fonction. Selon le point de vue des policiers⁴⁹⁶, l'exigence de ce lien de causalité entre l'acte de la fonction et l'avantage indu présente une véritable *probatio diabolica*. Cette exigence est difficile à prouver en raison du caractère occulte du pacte de corruption. « Ni le corrupteur ni le corrompu n'ont intérêt à se vanter d'avoir commis ce délit »⁴⁹⁷. De plus, l'absence d'une victime directe participe à cette difficulté⁴⁹⁸. Cette difficulté conduit les législateurs français et koweïtien à créer des infractions plus faciles à prouver que la corruption, notamment en matière de corruption passive dans le secteur public où le risque de corruption augmente.
515. Au regard des principes fondamentaux, deux d'entre eux expliquent la difficulté probatoire de corruption.
516. Il s'agit d'une part du principe de nécessité de l'incrimination. Ce principe suppose que « le législateur doit s'interroger sur la motivation profonde qui le pousse à créer une incrimination nouvelle ou à modifier une incrimination existant déjà »⁴⁹⁹. Cette obligation se présente comme une condition de la légitimité du pouvoir de punir⁵⁰⁰. Pour cela, l'intervention du législateur pour l'incrimination doit être exceptionnelle et nécessaire tant qu'elle constitue, sous la menace d'une peine, une limite à la liberté individuelle⁵⁰¹. En appliquant ces limites à l'incrimination de corruption, les législateurs ne peuvent pas incriminer le fait pour un agent public d'obtenir un avantage sans rapport à ses missions. Le fait qu'un agent reçoive un cadeau sans lien avec ses fonctions n'entraîne pas en soi une action nuisible à la société nécessitant

⁴⁹⁵ Transparency International, *Combattre la corruption: enjeux et perspectives*, Karthala, 2002, p. 306.

⁴⁹⁶ Jean-Paul Philippe, « La lutte contre la corruption, le point de vue du policier à partir du retour d'expériences de plusieurs enquêtes », *D.*, 2008, p. 1093 ; Christian Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *AJ pénal*, 2006, p. 197 ; Christine Dufau et Hervé Robert, « Pour une modélisation de l'enquête judiciaire en matière de corruption », *AJ pénal*, 2013, p. 74.

⁴⁹⁷ Christian Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *AJ pénal*, 2006, p. 197.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ Raphaële Parizot, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s), Mélange en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245 ; V. aussi, Paul Roubier, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2e édition, Recueil Sirey, 1951, p. 322.

⁵⁰⁰ V. Norberto Bobbio, « Sur le principe de légitimité », in *L'idée de légitimité*, Annales de philosophie politique, VII, PUF, 1967, p. 47 et suiv.

⁵⁰¹ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines* (1746), Traduit par Collin de Plancy, Boucher, 2002, p. 7 et suiv. ; Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, 4e édition, LexisNexis, 2016, p. 219 et suiv.

l'incrimination. Pour respecter le principe de nécessité, il faut donc lier l'accomplissement d'un acte de la fonction à l'avantage reçu.

- 517.** D'autre part, il s'agit du principe de présomption d'innocence. Selon ce principe, la partie poursuivante doit prouver chaque élément de l'incrimination. Aucun élément ne doit être présumé. Ainsi, en matière de corruption, si les éléments apportés au juge n'apportent pas de certitude absolue, pas seulement probable, de l'existence d'un lien de causalité entre l'avantage et l'acte de la fonction, le doute doit profiter à l'accusé.
- 518.** À partir de ces constats, si les législateurs français et koweïtien veulent contourner l'obstacle de la difficulté probatoire de l'incrimination de corruption, ils ne doivent pas négliger pas les deux principes fondamentaux précités. Pourtant, ils les négligent par la création des infractions qui constituent en réalité un contournement de l'incrimination de corruption. Leur négligence par ces infractions repose sur le changement de la construction de l'incrimination de corruption. Ainsi, le principe de nécessité de l'incrimination est négligé par le fait qu'un seul des composants de la corruption passive, soit l'avantage, soit l'acte de la fonction, suffit pour la répression, en supposant de façon quasi irréfragable la réalisation de l'autre composant. Pour le principe de présomption d'innocence, il est négligé par le fait qu'un seul composant, qui est l'avantage non justifié, permet de caractériser la corruption, à moins que la partie poursuivie ne prouve l'origine licite de cet avantage. À ce propos, ce qui constitue l'origine de la négligence de la présomption d'innocence est qu'une présomption de culpabilité est intervenue par l'élaboration d'une infraction dont l'un des éléments est présumé.
- 519.** Nous abordons dans cette partie de notre étude les infractions qui se présentent comme le contournement de l'incrimination de corruption et qui ne respectent pas le principe de nécessité de l'incrimination (Chapitre I) et le principe de présomption d'innocence (Chapitre II).

CHAPITRE I.

LE NON-RESPECT DU PRINCIPE DE NECESSITE DE L'INCRIMINATION

520. Pour que les infractions contournant l'incrimination de corruption soient conformes avec le principe de nécessité de l'incrimination, elles doivent satisfaire les deux critères de ce principe : l'atteinte grave et le bien juridique ou la valeur protégée. Mais ce n'est pas le cas.
521. Les législateurs français et koweïtien incriminent comme une corruption l'agissement par lequel une personne investie d'une fonction déterminée trafique ses devoirs fonctionnels. De cette manière, la corruption apparaît directement comme une violation grave du devoir de probité⁵⁰². Cette violation porte atteinte à la société car le devoir de probité est fondé sur un besoin social plutôt que sur une obligation contractuelle ou fonctionnelle⁵⁰³. Partant de ce besoin social, les législateurs français et koweïtien délimitent le champ d'application de l'incrimination de corruption en conformité avec la nécessité d'incrimination et avec la légalité criminelle. La corruption, passive et active, s'établit donc sur un acte de la fonction et sur un avantage indu qui sont liés étroitement entre eux pour composer la corruption. Cette composition porte gravement et directement atteinte à la valeur de probité.
522. Dès lors, le contournement de l'incrimination de corruption veut dire que la valeur de probité doit être protégée par une façon facile à prouver et à incriminer. Ainsi, la corruption qui s'appuie sur le pacte de corruption (l'avantage, l'acte de la fonction et le lien de causalité entre l'avantage et l'acte de la fonction) doit être changée de sorte que l'exigence de la causalité liant l'avantage indu à l'acte de la fonction ne soit plus nécessaire. En d'autres termes, au regard de la difficulté probatoire découlant du lien de causalité, les législateurs français et koweïtien interviennent pour incriminer des faits présumant l'existence du pacte de corruption sans exiger la causalité. Ce faisant, les autorités de poursuite n'ont plus à apporter la preuve de l'existence de tous les piliers du pacte de corruption. Si l'autorité de poursuite caractérise seulement un acte de la fonction ou un avantage, l'atteinte à la valeur de probité peut être considérée comme établie.

⁵⁰² Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 7e édition, CUJAS, 2017, p. 726 ; Abdulwahab Houmed, « {La corruption en droit koweïtien} », *Revue de droit*, Université de Koweït, Volume I, 1977, p. 11.

⁵⁰³ Emmanuel Dreyer, *Droit pénal spécial*, 3e édition, ellipses, 2016, p. 596 ; V. aussi, Michel Véron, « Les manquements au devoir de probité entre la morale et l'argent », *Gaz. pal.*, avril 2007, p. 3 ; Renaud Salomon, « La rigueur du droit pénal de la probité publique », *Dr. pénal*, n° 1, 2012, étude 2.

523. Ainsi, l'incrimination de corruption est « présumée »⁵⁰⁴. Ce contournement ne conditionne plus une causalité certaine liant l'action de l'agent à l'avantage. Il vise seulement à une incrimination « potentielle »⁵⁰⁵. Les législateurs français et koweïtien contournent l'incrimination de corruption publique en supposant que la simple obtention d'un avantage et le simple accomplissement ou non-accomplissement d'un acte de la fonction réalisent une forme de corruption. À ce propos, l'incrimination de prise illégale d'intérêts et de favoritisme sont apparues. Dans la prise illégale d'intérêts, si l'agent prend un avantage quelconque dans une opération ou une entreprise dont il est chargé d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, il porte alors atteinte à la valeur de probité. Concernant le favoritisme, si l'agent ayant une qualité déterminée accomplit et n'accomplit pas un acte de sa fonction, il porte atteinte à la probité dès lors que cet acte entraîne un avantage injustifié à un tiers.
524. Sous cet angle, la protection de la probité par le contournement de l'incrimination néglige le principe de nécessité de l'incrimination (Section II).
525. Cependant, nous verrons ci-dessous que les incriminations qui sont considérées comme contournement de l'incrimination de corruption présentent des infractions anciennes et connues dans le droit pénal français comme dans le droit pénal koweïtien. Cela ne pourra jamais interdire d'examiner la nécessité de leurs incriminations notamment si on sait que le principe de nécessité de l'incrimination est peu contrôlé par la jurisprudence constitutionnelle. Pour mieux évaluer le contournement de l'incrimination de corruption à l'égard du principe de nécessité, il convient donc d'identifier d'abord ce principe (Section I).

⁵⁰⁴ Vincent Brault-Jamin, *Les élus et fonctionnaires territoriaux devant la justice pénale*, Presse universitaire de Grenoble, 2001, pp. 140 et 173.

⁵⁰⁵ Marc Segonds, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », *RLDI*, 2015, n° 105, p. 15.

SECTION I.

L'IDENTIFICATION DU PRINCIPE DE NECESSITE DE L'INCRIMINATION

526. Les principes constitutionnels en France et au Koweït attribuent principalement⁵⁰⁶ l'appréciation de l'incrimination et de la répression au seul législateur, qui représente la volonté générale.
527. En vertu du principe de légalité criminelle, l'article 32 de la Constitution koweïtienne prévoit qu'« aucune incrimination et aucune peine ne peuvent être établies qu'en vertu de la loi ». En ce sens, l'article 34 de la Constitution française stipule que « la loi fixe les règles concernant : [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ». En revanche, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 prévoit que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi ».
528. Cette formalité pour l'incrimination est précédée d'une exigence initiale et substantielle qui légitime l'intervention du législateur par l'incrimination. En effet, c'est le principe de nécessité qui apparaît comme une limite à l'action du législateur, comme une sorte d'obligation de ne pas punir sans nécessité⁵⁰⁷.
529. Ce principe entraîne obligatoirement deux conséquences. La première réside dans le fait que le législateur doit chercher, par l'incrimination, à protéger un besoin social contre une nuisance grave. La deuxième réside dans la proportionnalité de l'incrimination par rapport à sa portée et par rapport à la peine⁵⁰⁸. Ainsi, si le législateur a la liberté d'incriminer un comportement nuisible à la société, cette liberté est encadrée par la proportionnalité entre l'incrimination et la répression.

⁵⁰⁶ Exceptionnellement, la Constitution koweïtienne confie le pouvoir de promulguer un décret ayant force de loi à l'Émir. Il s'agit d'un décret-loi urgent (ou nécessaire). L'article 71 de la Constitution prévoit que « s'il arrive un événement nécessitant la prise des mesures urgentes alors que l'Assemblée nationale n'est pas en session ou est dissoute, l'Émir peut promulguer des décrets qui ont force de loi à condition qu'ils ne soient pas contraires à la Constitution ou aux crédits inclus dans la loi budgétaire. De tels décrets sont renvoyés à l'Assemblée nationale dans les quinze jours suivant leur promulgation. Au cas où l'Assemblée nationale est dissoute ou sa session a expiré, de tels décrets sont renvoyés à la prochaine Assemblée à sa première séance. S'ils ne sont pas ainsi renvoyés, ils cessent rétroactivement d'avoir force de loi, sans qu'une décision soit nécessaire à cet effet. S'ils sont renvoyés à l'Assemblée qui ne les confirme pas, ils cessent rétroactivement d'avoir force de loi, à moins que l'Assemblée approuve leur validité pour la période précédente ou arrange d'une autre manière les effets survenus depuis lors ».

⁵⁰⁷ Christine Lazerges, *La politique criminelle*, PUF, 1987, p. 6 ; Cesare Beccaria, *Des délits et des peines (1746)*, Traduit par Collin de Plancy, Boucher, 2002, p. 63 ; Raphaële Parizot, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s), Mélange en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245.

⁵⁰⁸ Ahmed Fathi Sourour, *{Droit pénal constitutionnel : la légitimité constitutionnelle de droit pénal et de procédure pénale}*, Dar Alshourouq, Egypte, 2002, p. 149 et suiv.

530. Par ailleurs, les principes constitutionnels en France et au Koweït attribuent à des organes spéciaux la décision de contrôler la conformité des lois vis-à-vis de la Constitution.
531. Ainsi, selon l'article 61 de la Constitution française de 1958 et l'article 173 de la Constitution koweïtienne, le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle koweïtienne sont les organes compétents pour contrôler l'action législative, dont l'incrimination.
532. Par conséquent, le principe de nécessité de l'incrimination qui limite le pouvoir législatif de punir doit être d'origine fondamentale. Car le législateur qui exprime la volonté générale ne doit respecter que les limites précisées par les principes de valeur constitutionnelle.
533. Ainsi, pour cerner les critères du principe de nécessité de l'incrimination (§ 3), nous devons présenter son fondement constitutionnel (§ 1) ainsi que l'intervention basée sur ce principe et exercée par les organes de contrôle de constitutionnalité (§ 2).

§ 1. LE FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DU PRINCIPE DE NECESSITE DE L'INCRIMINATION

534. Toute incrimination porte évidemment atteinte à la liberté individuelle. Dans un État de droit, cette atteinte doit être justifiée par la nécessité. C'est un fondement général du principe de nécessité de l'incrimination (A).
535. En revanche, le principe de nécessité des incriminations peut trouver son fondement particulier dans certains droits et libertés qui sont consacrés dans les constitutions de manière claire et distincte (B).

A. Fondement général

536. En droit français, le principe de nécessité de l'incrimination est abordé explicitement à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui constitue un « véritable siège »⁵⁰⁹ de son fondement. Il prévoit que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». Cet article fait preuve du principe de nécessité des incriminations car celles-ci sont évidemment considérées comme des atteintes à la liberté individuelle. En outre, cet article est immédiatement placé après l'article 4 énonçant la définition de la liberté qui « consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». Étant donné que l'article 4 exige que les bornes à la liberté, dont l'incrimination, soient déterminées par la

⁵⁰⁹ Raphaële Parizot, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s), Mélange en l'honneur de Christine Lazerges*, op. cit.

loi, l'article 5 délimite alors le champ de cette loi par le fait qu'elle « n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». De cette manière, l'article 5 de la Déclaration de 1789 constitue la limite générale du champ d'incrimination⁵¹⁰. Il constitue donc un fondement général pour le principe de nécessité des incriminations.

- 537.** « De manière incidente »⁵¹¹, le contenu de l'article 5 de la Déclaration de 1789 a resurgit également dans les articles 8 et 9 de la même Déclaration. Ils stipulent respectivement que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » et que « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». Cela assure l'importance du principe de nécessité sur la matière pénale.
- 538.** En droit koweïtien, le principe de nécessité des incriminations n'a aucun fondement explicite. Néanmoins, en lisant la Constitution koweïtienne, ce principe peut trouver implicitement son fondement constitutionnel⁵¹².
- 539.** Le titre III intitulé « Droits et devoirs publics » de la Constitution consacre quatre articles concernant les principes gouvernant les questions pénales. Ainsi, les articles 31, 32, 33 et 34 de la Constitution koweïtienne prévoient respectivement : que « nul ne sera arrêté, détenu, fouillé, obligé de résider dans un endroit particulier, limité dans le choix de sa résidence ou de son domicile ou dans sa liberté de mouvement que selon les dispositions de la loi. Nul ne sera soumis à la torture ni à des traitements dégradants », qu'« aucune incrimination et aucune peine ne peuvent être établies qu'en vertu de la loi. Aucune peine ne peut être imposée, sauf pour des infractions commises après que la loi les visant est entrée en vigueur », que « la peine est personnelle », que « la personne accusée est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie dans un procès équitable, dans lequel les garanties nécessaires pour l'exercice des droits de la défense ont été assurées. La personne accusée n'est jamais soumise à la torture ».
- 540.** Ces dispositions sont intégrées immédiatement après l'énonciation de l'article 30 qui prévoit que « la liberté individuelle est garantie ». Ces dispositions font l'objet d'un exposé ordonné et cohérent de l'article 31 à l'article 34. Elles expriment l'idée de nécessité et la subsidiarité des incriminations en considérant que le droit de punir est une exception. En ce sens, bien qu'elle n'ait jamais abrogé une

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ Jean-Marie Carbasse, « Le droit pénal dans la Déclaration des droits », in Stéphane Rials (dir.), *La déclaration de 1789*, PUF, 1988, p. 123.

⁵¹² V. dans ce sens, Ahmed Fathi Sourour, *{Droit pénal constitutionnel : la légitimité constitutionnelle de droit pénal et de procédure pénale}*, op. cit., p. 167 et suiv.

incrimination sur la seule base du principe de la liberté individuelle, la Cour constitutionnelle koweïtienne a reconnu que la nécessité est un principe constitutionnel de par la liaison entre la liberté individuelle et les principes de droit pénal⁵¹³. Elle a jugé à plusieurs reprises que « les articles 30, 31 et 33 de la Constitution indiquent généralement qu'il est loisible au législateur de créer les infractions et de préciser les peines proportionnelles qui leur sont applicables dans le cadre des limites constitutionnelles »⁵¹⁴.

541. Par ailleurs, le mot « nécessité » peut signifier « événement inéluctable qui exerce une contrainte sur l'homme » ou « état où l'on est contraint de faire telle ou telle chose »⁵¹⁵. Si nous appliquons ce sens littéraire aux principes constitutionnels qui gouvernent le droit pénal et qui sont mentionnés dans les articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789 et dans les articles 31 à 34 de la Constitution koweïtienne, nous pourrions conclure que ces principes expriment l'idée de nécessité des incriminations.
542. Ainsi, les législateurs français et koweïtien sont limités, quand ils veulent incriminer un comportement, par le respect des principes fondamentaux de présomption d'innocence, de légalité criminelle et ses corollaires - à savoir la prévisibilité et l'intangibilité de normes pénales, la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, la rétroactivité des lois nouvelles plus douces, etc. Tous ces principes signifient dans leur ensemble et indirectement que le droit de punir est un droit exceptionnel, un droit dérogoratoire à la règle de liberté et par conséquent un droit gouverné par l'état de nécessité.

B. Fondement particulier

543. Si toute incrimination porte évidemment atteinte à la liberté individuelle, l'incrimination porte aussi parfois atteinte à un droit ou à une liberté autre que la liberté individuelle comme le droit de communication, la liberté d'expression, le droit à la grève, le droit d'aller et venir, la liberté d'association, le droit à l'égalité, etc.

⁵¹³ Par contre, la Cour constitutionnelle koweïtienne lie dans une décision, de manière étrange, le principe de nécessité des incriminations au principe de la présomption d'innocence prévu à l'article 34 de la Constitution. De la sorte, « l'incrimination de violation des droits d'auteur sans respect de l'entendu et la portée de la protection prescrite de ces droits est considérée comme atteinte au principe d'innocence ». (V. Koweït, Cour const., 5 février 2006, n° 12/2005). En effet, nous pensons que la Cour constitutionnelle koweïtienne a confondu le principe de la présomption d'innocence qui est connu dans les systèmes juridiques avec un principe connu dans la doctrine islamique. Ce dernier principe est très proche du principe de nécessité. Il prévoit que « la règle est que tout acte est permis, son interdiction est d'exception ». De ce principe, la doctrine islamique en conclut plusieurs corollaires, dont la présomption d'innocence. La confusion faite par la Cour constitutionnelle réside donc dans le fait qu'elle fonde le principe de nécessité sur la présomption d'innocence alors que cette dernière n'était qu'un corollaire du principe de nécessité.

⁵¹⁴ Koweït, Cour const., 26 juillet 2006, n° 6/2006 ; Cour const., 22 avril 2008, n° 6/2007 ; Cour const., 15 mars 2010, n° 12/2010.

⁵¹⁵ Paul Robert, *Le Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2009, p. 1678.

544. En effet, chaque droit ou liberté peut en quelque sorte se fonder sur la notion de la liberté individuelle parce que celle-ci est considérée comme un point d'appui de tous les types de droits et libertés. Cette idée a été utilisée par le Conseil constitutionnel français lorsqu'il a fondé la liberté d'entreprendre sur la liberté individuelle prévue à l'article 4 de la Déclaration du 1789⁵¹⁶. Elle a aussi été utilisée par la Cour constitutionnelle koweïtienne lorsqu'elle a fondé le droit au respect de la vie privée sur la liberté individuelle prévue à l'article 30 de la Constitution⁵¹⁷.
545. Cependant, certains droits et libertés sont consacrés dans les constitutions de manière claire et distincte. Il semble ainsi que les fondateurs des constitutions voulaient indiquer au législateur qu'il doit être plus prudent lorsqu'il organise ces droits distincts. Ainsi le champ d'incrimination est « réduit de manière plus précise »⁵¹⁸.
546. C'est pourquoi nous pouvons dire que le principe de nécessité des incriminations trouve un fondement constitutionnel dans l'appréciation de la proportionnalité de l'atteinte à un droit protégé par la Constitution⁵¹⁹. Ainsi, le législateur doit prendre en considération le fait que l'incrimination ne doit pas porter atteinte excessivement à un droit ou à une liberté protégés de manière précise et distincte par la Constitution. L'incrimination est donc considérée comme une exception qui doit être stricte et nécessaire⁵²⁰. En d'autres termes, quand le législateur veut incriminer un acte, il doit chercher une incrimination proportionnelle avec le droit protégé par la Constitution, chercher une incrimination basée sur l'équilibre entre la gravité nuisible à la société par cet acte et l'atteinte au droit fondamental par l'interdiction de cet acte.
547. En somme, en droit français comme en droit koweïtien, nous pouvons subdiviser le fondement du principe de nécessité. D'une part, un fondement général pour la nécessité qui repose sur les articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789 et sur l'article 30 de la Constitution koweïtienne. L'appréciation de la nécessité est ainsi examinée au regard de la liberté individuelle. D'autre part, un fondement particulier qui repose sur les droits ou libertés reconnus par une disposition particulière de valeur constitutionnelle. L'appréciation sur la nécessité est alors examinée au regard de la proportionnalité de l'atteinte à ces dispositions.

⁵¹⁶ Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC.

⁵¹⁷ Koweït, Cour const., 8 novembre 1982, n° 3/1982.

⁵¹⁸ Jean-Marie Carbasse, « Le droit pénal dans la Déclaration des droits », in Stéphane Rials (dir.), *La déclaration de 1789, op. cit.*, p. 123.

⁵¹⁹ Guillaume Chetard, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2013, p. 51.

⁵²⁰ Dans ce sens, V. Emmanuel Dreyer, « La subsidiarité du droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 247.

548. D'ailleurs, il convient de voir le principe de nécessité des incriminations par les organes de contrôle de constitutionnalité.

§ 2. LE CONTROLE DU PRINCIPE DE NECESSITE DES INCRIMINATIONS

549. Le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle koweïtienne n'ont jamais censuré une incrimination en s'appuyant exclusivement sur l'atteinte à la liberté individuelle. Cette absence se manifeste par la non-utilisation du fondement général du principe de nécessité précité dans les décisions concernant la constitutionnalité d'une incrimination. Il s'agit des articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et de l'article 30 de la Constitution koweïtienne.

550. Ces organes contribuent en effet à affaiblir la valeur fondamentale de la liberté individuelle⁵²¹ en raison de la sous-estimation de son rôle de contrôle de la nécessité des incriminations (A). Néanmoins, lorsque ces organes se trouvent confrontés à une incrimination limitant un autre droit ou une autre liberté que la liberté individuelle, ils n'hésitent pas à contrôler la nécessité des incriminations mais de manière formelle (B).

A. Contrôle sous-estimé

551. Les deux organes de contrôle constitutionnel en France et au Koweït énoncent à plusieurs reprises que la précision sur la nécessité de l'incrimination est un choix qui appartient au législateur et non à eux (1). Mais le Conseil constitutionnel français contrôle exceptionnellement la nécessité des incriminations (2).

1. Principe : refus de se substituer au législateur

552. Le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle koweïtienne énoncent le refus de se substituer au législateur pour apprécier l'incrimination.

553. Ainsi, la Cour constitutionnelle koweïtienne précise que « la création des infractions et le choix des peines qui leur sont applicables sont soumis au pouvoir discrétionnaire du législateur. Selon ce pouvoir, il estime l'intérêt général et les valeurs de la société qui doivent être protégés par l'incrimination »⁵²². Elle ajoute également dans une autre décision que « le contrôle judiciaire sur la constitutionnalité d'une norme juridique ne doit pas examiner l'opportunité de l'édiction de l'incrimination »⁵²³. Quant au Conseil

⁵²¹ Armand Gilles, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *RFDC*, Volume 65, n° 1, 2006, p. 37.

⁵²² Koweït, Cour const., 26 juillet 2006, n° 6/2006 ; Cour const., 12 juin 2005, n° 15/2005 ; Cour const., 22 avril 2008, n° 6/2007.

⁵²³ Koweït, Cour const., 5 décembre 2011, n° 30/2009.

constitutionnel français, il affirme que ce pouvoir appartient au législateur en affirmant qu'« il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables »⁵²⁴. Ce faisant, le Conseil estime qu'« il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci »⁵²⁵.

554. En effet, les organes de contrôle constitutionnel français et koweïtien visent par ce rappel à justifier la limitation de son recours au contrôle du principe de nécessité. Cette limitation a pour objet de ne pas juger de l'opportunité de l'incrimination⁵²⁶ car le contrôle d'opportunité risque de porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs⁵²⁷.
555. En ce qui concerne cette limitation, la doctrine française est divisée⁵²⁸. Une partie dénonce cette démarche⁵²⁹. Selon elle, le Conseil constitutionnel français renonce, par cette démarche, à remplir sa mission qui réside dans le fait de veiller à la subsidiarité du droit pénal, surtout que le bloc constitutionnel n'impose aucune restriction particulière en la matière. Une autre partie de la doctrine⁵³⁰ fait preuve de compréhension vis-à-vis de cette prudence. Car c'est seulement le législateur, en tant que représentant de la volonté générale, qui peut décider de la nécessité d'une incrimination. Ce pouvoir implique nécessairement « non seulement de déterminer la valeur sociale ou le bien juridique protégé par une incrimination, mais également de savoir si l'atteinte à cette valeur sociale est suffisamment grave pour légitimer la répression »⁵³¹.
556. Cependant, dans certaines décisions, le Conseil constitutionnel français a été obligé d'évaluer l'appréciation législative de la nécessité des incriminations.

⁵²⁴ Cons. const., 25 février 2010, n° 2010-604 DC.

⁵²⁵ Cons. const., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC ; Cons. const., 3 septembre 1986, n° 86-215 DC.

⁵²⁶ François Rousseau, « Le principe de nécessité : Aux frontières du droit de punir », *RSC*, 2015, p. 257.

⁵²⁷ Raphaële Parizot, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s), Mélange en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245.

⁵²⁸ De notre part, nous n'arrivons pas à trouver des précisions doctrinales sur la question du principe de nécessité en droit pénal koweïtien. Par contre, nous pouvons considérer que les arguments et les raisonnements de la doctrine française pourraient s'appliquer à cette question en raison de la convergence des positions entre le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle koweïtienne.

⁵²⁹ Emmanuel Dreyer, « La subsidiarité du droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, *op. cit.* ; Raphaële 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*, L.G.D.J., 2010, p. 157 et suiv. ; Olivier Décima, Stéphane Detraz et Edouard Verny, *Droit pénal général*, L.G.D.J., 2014, p. 38.

⁵³⁰ François Rousseau, « Le principe de nécessité : Aux frontières du droit de punir », *RSC*, 2015, p. 257 ; Jacques-Henri Robert, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. const.*, 2009, n° 26 ; Geneviève Tillement, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. pénal*, 2003, chron. n° 34.

⁵³¹ François Rousseau, « Le principe de nécessité : Aux frontières du droit de punir », *RSC*, *op. cit.*

2. Exception : censurer l'erreur manifeste

557. Le Conseil constitutionnel français n'a pas toujours pu respecter son principe de refus de se substituer au législateur pour évaluer la nécessité des incriminations, tandis que la Cour constitutionnelle koweïtienne n'a pas encore fait exception à son principe.
558. Le Conseil constitutionnel français justifie son appréciation de la nécessité de l'incrimination par une « erreur manifeste d'appréciation » du législateur ⁵³². C'est ainsi qu'« il appartient au Conseil constitutionnel de vérifier qu'eu égard à la qualification des faits en cause, la détermination des sanctions dont sont assorties les infractions correspondantes n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation »⁵³³ ou, en d'autres termes, « il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue »⁵³⁴.
559. Cependant le contrôle de la nécessité des incriminations reste sous-estimé en raison de deux éléments. D'une part, la sous-estimation du contrôle de la nécessité des incriminations réside dans le fait de ne pas fonder ce contrôle sur son siège véritable qui est l'article 5 de la Déclaration de 1789 qui prévoit que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». Le Conseil se contente d'évoquer l'article 8 de la Déclaration qui stipule que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires »⁵³⁵. D'autre part, la sous-estimation du contrôle de la nécessité apparaît non seulement lorsque la nécessité des incriminations est absente mais aussi lorsque son absence est manifeste. Par exemple, le respect du principe de nécessité des incriminations est manifestement absent lorsque le législateur incrimine « non pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes mais un simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière », ce qui est considéré comme n'étant pas « en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste »⁵³⁶.

⁵³² Geneviève Tillement, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. pénal, op. cit.*

⁵³³ Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC ; Cons. const., 9 décembre 2011, n° 2011-204 QPC.

⁵³⁴ Cons. const., 29 décembre 2016, n° 2016-744 DC.

⁵³⁵ Sur ce point, V. Valentine Bück, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale : étude comparée France – Espagne*, L.G.D.J, 2002, p. 315 ; Raphaële Parizot, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245 ; Valérie Malabat, « Responsabilité et irresponsabilité pénales », *Cah. Cons. const.*, 2009, n° 26, p. 28 ; Thierry Renoux et Michel de Villiers, *Code constitutionnel*, comm. art. 8 DDHC, n° 72 et suiv.

⁵³⁶ Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC, *JCP*, 1996, II, note Nguyen Van Tuong, p. 22709.

560. Si les organes de contrôle constitutionnel font preuve de prudence en s'appuyant sur le principe de nécessité considéré comme un principe protégeant la liberté individuelle, ils sont au contraire imprudents de contrôler la nécessité au regard d'une autre liberté ou droit fondamental.

B. Contrôle formel

561. Le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle koweïtienne se trouvent à l'aise⁵³⁷ quand ils contrôlent la nécessité des incriminations en liant celle-ci à une liberté ou à un droit fondamental protégés par la Constitution, ou encore à un principe constitutionnel.

562. François Rousseau considère cette technique comme étant « un contrôle de nécessité indirecte »⁵³⁸. Mais la plupart des doctrines la considèrent comme un contrôle de proportionnalité des incriminations⁵³⁹.

563. Quelles que soient les considérations, il s'agit toujours de techniques de contrôle constitutionnel reposant sur l'idée de nécessité. Le contrôle de la nécessité des incriminations porte ainsi sur « un seuil à ne pas dépasser qui se révélerait par une disproportion entre l'objectif poursuivi par le législateur et l'atteinte au droit ou à la liberté constitutionnellement protégés »⁵⁴⁰.

564. Dès lors, le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle koweïtienne contrôlent la conciliation de la nécessité d'incrimination avec les exigences constitutionnelles⁵⁴¹.

565. Par exemple, le Conseil constitutionnel stipule qu'« il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables ; que, ce faisant, il lui incombe, d'une part, d'assurer la conciliation entre les exigences de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés au rang desquels figure le droit d'expression collective des idées et des

⁵³⁷ Raphaële Parizot, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245.

⁵³⁸ François Rousseau, « Le principe de nécessité : Aux frontières du droit de punir », *RSC*, *op. cit.*

⁵³⁹ Ahmed Fathi Sourour, *{Droit pénal constitutionnel : la légitimité constitutionnelle de droit pénal et de procédure pénale}*, Dar Alshourouq, Egypte, 2002, p. 167 et suiv. ; Renée Koering-Joulin et Jean-François Seuvic, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA*, 1998, p. 106 ; Guillaume Chetard, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2013, p. 51 ; Marie-Christine Sordino, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 711 ; Jacques-Henri Robert, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. const.*, 2009, n° 26.

⁵⁴⁰ Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, 1990, p. 91 ; pour une étude détaillée V. Jean-Baptiste Duclercq, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J., 2015.

⁵⁴¹ V. Vincent Sizaïre, « Mort et résurrection du principe de nécessité pénale : A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 février 2017 », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 27 mars 2017, URL : <http://revdh.revues.org/3038> ; DOI : 10.4000/revdh.3038

opinions et, d'autre part, de respecter les exigences résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines »⁵⁴². Il juge encore qu'« il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables ; que, ce faisant, il lui incombe, d'une part, d'assurer la conciliation entre les exigences de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés au rang desquels figure la liberté d'entreprendre et, d'autre part, de respecter les exigences résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines »⁵⁴³.

566. Quant à la Cour constitutionnelle koweïtienne, elle a jugé que les articles 30, 31 et 33 de la Constitution indiquent qu'il est loisible au législateur de créer les infractions et de préciser les peines proportionnelles qui leur sont applicables. Ce pouvoir discrétionnaire est exercé « dans le cadre des limites constitutionnelles »⁵⁴⁴. Elle prévoit dans une autre décision que le législateur a le pouvoir d'appréciation en ce qui concerne l'organisation des libertés et des droits par l'incrimination des faits qui se présentent comme un abus des libertés ou droits. Cependant, cette appréciation n'est pas absolue. Le législateur doit « respecter les frontières que la Constitution impose »⁵⁴⁵.

567. Ainsi, le contrôle des organes constitutionnels sur la nécessité des incriminations est un contrôle de légitimité constitutionnelle. Leur rôle n'est pas de s'immiscer dans les missions du législateur sur le pouvoir d'opportunité de la nécessité d'incrimination⁵⁴⁶, mais d'examiner si le législateur porte atteinte de manière excessive aux droits et aux libertés clairement protégés par la Constitution.

568. Par exemple, le Conseil constitutionnel a censuré le délit de perception frauduleuse de prestations sociales incriminé dans le Code de l'action sociale et des familles (article L. 135-1) et puni des mêmes peines que l'escroquerie, à savoir cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende, alors que les mêmes faits étaient incriminés par le Code de la sécurité sociale (article L. 114-13) et puni de seulement 5 000 euros d'amende. Le Conseil constitutionnel a eu recours au principe d'égalité devant la loi pénale plutôt que d'évoquer la nécessité d'incrimination de perception frauduleuse de prestations sociales. En effet, il a estimé que « des faits qualifiés par la loi de façon identique peuvent, selon le texte d'incrimination sur

⁵⁴² Cons. const., 25 février 2010, n° 2010-604 DC.

⁵⁴³ Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC.

⁵⁴⁴ Koweït, Cour const., 26 juillet 2006, n° 6/2006 ; Cour const., 22 avril 2008, n° 6/2007.

⁵⁴⁵ Koweït, Cour const., 5 décembre 2009, n° 30/2009.

⁵⁴⁶ V. Mollion Grégory, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, Volume 62, n° 2, 2005, p. 257 ; V. en droit comparé, Alessandro Pizzorusso, « Le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'usage du législateur de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire », *AJJC*, Volume II, Economica, 1986, p. 35.

lequel se fondent les autorités de poursuite, faire encourir à leur auteur soit une peine de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende, soit une peine de 5 000 euros d'amende ; que la différence entre les peines encourues implique également des différences relatives à la procédure applicable et aux conséquences d'une éventuelle condamnation ; que cette différence de traitement n'est justifiée par aucune différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi ; qu'eu égard à sa nature et à son importance, la différence entre les peines encourues méconnaît le principe d'égalité devant la loi pénale »⁵⁴⁷.

569. Quant à la Cour constitutionnelle koweïtienne, elle censure le délit d'organisation ou de participation à une réunion publique sans autorisation préalable des autorités compétentes⁵⁴⁸. La Cour justifie sa décision par le fait que cette incrimination porte excessivement atteinte à la liberté d'opinion et au droit de réunion publique. En effet, elle ne soulève pas d'objection relative à l'infraction en elle-même. Mais, elle remarque que la loi relative à la réunion publique fournit aux autorités compétentes un large pouvoir discrétionnaire pour autoriser une telle réunion. Dès lors, l'interdiction ou l'autorisation d'une réunion publique ne sont pas soumises aux règles strictes⁵⁴⁹.

570. Pourtant, la nécessité des incriminations n'est de la sorte pas contrôlée de manière approfondie mais seulement formelle⁵⁵⁰. C'est-à-dire que les organes de contrôle constitutionnel ne posent pas la question du *ratio legis* de l'incrimination mais se contentent de concilier l'incrimination avec les libertés ou les droits qui seraient restreints⁵⁵¹. C'est ce qu'ils affirment en énonçant volontiers qu'« il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions ».

571. La sous-estimation du principe de nécessité reposant sur un fondement général ou la formalité de celui reposant sur un fondement particulier n'interdisent pas d'extraire des critères qui délimitent son contenu.

§ 3. LES CRITERES DU PRINCIPE DE NECESSITE DES INCRIMINATIONS

572. Les organes français et koweïtien de contrôle constitutionnel justifient généralement les limitations que le législateur impose aux libertés par le fait que ces limitations doivent être nécessaires, adaptées et

⁵⁴⁷ Cons. const., 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC.

⁵⁴⁸ L'article 1 de la loi relative à la réunion publique prévoit que « la réunion publique est celle à laquelle vingt personnes au minimum assistent ou peuvent assister pour discuter des sujets généraux ».

⁵⁴⁹ Koweït, Cour const., 1 mai 2006, n° 1/2005.

⁵⁵⁰ Guillaume Chetard, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2013, p. 51.

⁵⁵¹ Rhita Bousta, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité : La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, Volume 88, n° 4, 2011, p. 913.

proportionnées à l'objectif poursuivi⁵⁵². Ces critères mentionnés dans certaines jurisprudences ne permettent pas à la doctrine de donner un contenu clair au principe de nécessité des incriminations. C'est pourquoi une partie de la doctrine française⁵⁵³ a eu recours aux jurisprudences constitutionnelles comparées.

573. Certains auteurs se contentent d'éclairer ces critères en empruntant leurs définitions à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁵⁵⁴. Pour notre part, nous préférons les critères du principe de nécessité des incriminations proposés par Raphaële Parizot qui s'est inspirée de la doctrine et de la jurisprudence italiennes⁵⁵⁵. En effet, les premiers n'abordent pas la question de la nécessité des incriminations comme un principe fondamental en tant que tel mais seulement comme une condition au contrôle constitutionnel de proportionnalité. C'est le contraire. La proportionnalité est considérée comme un état ultérieur à la nécessité des incriminations. C'est-à-dire que la nécessité est établie dès lors que le législateur décide d'intervenir par l'incrimination alors que la proportionnalité est établie pour délimiter la portée et la peine de l'incrimination⁵⁵⁶.
574. Ainsi, Parizot estime que le principe de nécessité doit reposer sur la réunion de deux critères : un bien juridique, c'est-à-dire une valeur digne de protection pénale, et l'atteinte grave à cette valeur⁵⁵⁷.
575. En France, ces critères reposent directement sur un fondement clair : les termes de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme qui prévoit que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». Au Koweït, la Constitution n'a pas d'article clair en la matière. Mais, comme évoqué ci-dessus, nous pouvons fonder ces critères sur l'article 30 qui prévoit que « la liberté individuelle

⁵⁵² V. par exemple, Cons. const., 8 janvier 1991, n° 90-283 DC ; Cons. const., 20 juillet 2000, n° 2000-434 DC ; Cons. const., 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC ; Koweït, Cour const., 5 décembre 2011, n° 30/2009 ; Koweït, Cour const., 26 juillet 2006, n° 6/2006.

⁵⁵³ Rhita Bousta, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité : La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, *op. cit.* ; Guillaume Chetard, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, *op. cit.* ; Raphaële 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*, L.G.D.J., 2010, p. 151 et suiv. ; Raphaële Parizot, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s), Mélange en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245.

⁵⁵⁴ Rhita Bousta, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité : La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, *op. cit.* ; Guillaume Chetard, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, *op. cit.*

⁵⁵⁵ Raphaële 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*, *op. cit.*, p. 182.

⁵⁵⁶ Pour cela, on trouve dans certains ouvrages de droit pénal général, que le terme « proportionnalité » est inhérent au terme « sanction » alors que le terme « incrimination » est inhérent au terme « nécessité ». V. par exemple, Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, 4e édition, LexisNexis, 2016, p. 219 et suiv.

⁵⁵⁷ Raphaële 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*, *op. cit.*, pp. 185 et 186.

est garantie »⁵⁵⁸. Cet article a été adopté par l'Assemblée constituante sans aucune discussion. Et la note explicative de la Constitution n'a rien dit à propos de ce texte. Selon nous, l'obligation de garantir la liberté individuelle est remplie lorsque l'incrimination d'un acte n'est intervenue que dans le cas où un intérêt social ou un bien juridique ont besoin d'une protection contre une atteinte grave. Ce sens est adopté par la Cour constitutionnelle en précisant que « les libertés et les droits de l'homme ne sont pas originalement créés par la Constitution ou le législateur. Mais ils sont prévus dans la Constitution en tant que limites que le législateur ne peut pas dépasser. D'où, lorsque le législateur envisage leurs réglementations par les lois, il est obligé de ne pas restreindre ces droits sans justification due, de nuire à leurs substances et de s'écarter de la finalité de leurs réglementations »⁵⁵⁹.

576. Un bien juridique (A) et une atteinte grave (B) sont des concepts ayant des sens précis pour constituer le principe de nécessité des incriminations.

A. Bien juridique

577. Le bien juridique n'est pas un concept unitaire ni en droit ni en théorie. Il a un caractère protéiforme qui ne remet pas pour autant en cause son existence⁵⁶⁰. Dans notre sujet, le bien juridique peut être considéré comme un indicateur du *ratio legis*⁵⁶¹ de sorte qu'il est « une entité digne de protection, préexistante à la norme d'incrimination, et continue, sinon explicitement, du moins implicitement dans celle-ci »⁵⁶². Ainsi, le bien juridique se présente comme l'objet de l'intervention du législateur par l'incrimination. Le rôle du législateur se limite à le réglementer et non à le créer⁵⁶³.

⁵⁵⁸ Raphaële Parizot a signalé, par interrogation, la possibilité de fonder le principe de nécessité sur l'expression « la garantie des droits » mentionnée dans l'article 16 qui prévoit que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». V. Raphaële Parizot, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », *in Politique(s) criminelle(s), Mélange en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245, note de bas de page n° 34.

⁵⁵⁹ Koweït, Cour const., 1 mai 2005, n° 1/2005.

⁵⁶⁰ Pour une étude détaillée sur ce sujet, V. Marion Lacaze, *Réflexion sur le concept du bien juridique protégé par le droit pénal*, L.G.D.J., 2009, p. 153 et suiv.

⁵⁶¹ *Idem*, p. 158.

⁵⁶² Raphaële 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*, *op. cit.*, p. 192.

⁵⁶³ Dans la doctrine de droit islamique, le bien juridique est appelé « les objets supérieurs » ou « les cinq nécessités ». Selon cette doctrine, le droit islamique doit viser à sauvegarder ces cinq nécessités : « la religion, l'être humain, la raison, les biens, la filiation ». Ainsi, le législateur doit prendre toutes mesures qui contribuent à faire naître ou à préserver ces objectifs et doit prendre toutes mesures qui contribuent à empêcher la naissance ou à entraîner la perte de l'un de ces objectifs.

- 578.** Le bien juridique est également entendu tant dans un sens matériel que dans un sens immatériel⁵⁶⁴. Ainsi, il peut être un intérêt ou une valeur d'ordre social important. À ce titre, le Code pénal français et le Code pénal koweïtien expriment parfois le bien juridique dans l'intitulé de titres qui classent plusieurs infractions protégeant le même bien juridique ou la même valeur. Dans le Code pénal koweïtien, on trouve par exemple les intitulés : les infractions contre la sécurité extérieure et intérieure de l'État, les infractions contre la vie et l'intégrité physique, les infractions contre l'intégrité morale, les infractions contre les fonds. Dans le Code pénal français, on rencontre des intitulés comme : les crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine, les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne, les crimes et délits contre les biens, les manquements au devoir de probité. Ces intitulés contribuent à préciser le bien juridique ou la valeur qui se présentent comme le *ratio legis* de l'incrimination.
- 579.** La jurisprudence constitutionnelle identifie souvent le bien juridique (la valeur protégée) par l'incrimination lorsqu'elle aborde la constitutionnalité d'une incrimination. Le Conseil constitutionnel français considère que la valeur protégée par le délit d'outrage à l'hymne national ou au drapeau tricolore trouve son origine dans les termes du deuxième alinéa de l'article 2 de la Constitution : « l'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge » et dans son troisième alinéa : « l'hymne national est La Marseillaise »⁵⁶⁵. Le Conseil estime aussi que les infractions en matière de propagande ou publicité en faveur du tabac protègent la valeur « santé publique »⁵⁶⁶. Quant à la Cour constitutionnelle koweïtienne, elle considère que l'infraction de l'outrage à l'Émir s'appuie sur le bien juridique contenu à la fois dans l'article 4 de la Constitution et relatif à la forme héréditaire de l'État, et dans l'article 54 qui reconnaît l'inviolabilité de l'Émir⁵⁶⁷.
- 580.** Cependant, il ne faut pas confondre le bien juridique (valeur protégée) et le but de l'incrimination. Comme nous l'avons vu, le bien juridique est l'objet de l'incrimination qui explique et justifie l'acte incriminé⁵⁶⁸ alors que le but de l'incrimination caractérise l'objectif poursuivi par le législateur⁵⁶⁹. Par exemple, dans l'infraction de détournement et de soustraction de biens publics commis par des agents publics, le bien juridique protégé est la valeur de probité parce que les législateurs français et koweïtien exigent une qualité précise (agent public) de l'auteur de l'infraction. Le but poursuivi de cette

⁵⁶⁴ Hassanine Obaid, « {L'idée de bien juridique en droit pénal} », *Revue National de droit pénal*, Volume 17, 1973, p. 237.

⁵⁶⁵ Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC.

⁵⁶⁶ Cons. const., 8 janvier 1991, n° 90-283 DC.

⁵⁶⁷ Koweït, Cour const., 2 décembre 2013, n° 20, 21 et 22/ 2013.

⁵⁶⁸ George Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2e édition, L.G.D.J, 1955, p. 342.

⁵⁶⁹ Raphaële 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*, *op. cit.*, pp. 185 et 192.

incrimination est caractérisé par la protection des fonds publics contre le détournement et la soustraction. Mais les biens publics sont protégés en tant que biens juridiques dignes de protection pénale dans les infractions de vol.

581. Il ne faut pas non plus confondre le but de l'incrimination (objectif ou but de l'incrimination) avec le bien juridique (la valeur protégée par l'incrimination) par le fait que ces deux notions apparaissent comme une notion du *ratio legis* de l'incrimination. Cette confusion aboutit évidemment à considérer que toute nouvelle incrimination est justifiée parce que les lois poursuivent toujours un but. C'est pourquoi « une incrimination nouvelle n'est jamais justifiée par l'objectif affiché par la loi »⁵⁷⁰.
582. La précision d'un bien juridique n'est pas suffisante pour respecter le principe de nécessité des incriminations, il faut également une atteinte grave portée à ce bien.

B. Atteinte grave

583. La protection d'un bien juridique n'est pas limitée au droit pénal. Cette fonction est accomplie également par le droit civil qui protège la vie et la propriété contre une atteinte. C'est donc la gravité de l'atteinte qui caractérise la fonction répressive du droit pénal. Cette gravité justifie l'incrimination du dommage subi à un bien juridique.
584. Parallèlement, le droit pénal moderne protège le bien juridique de manière plus forte par la fonction préventive qui prend en considération une atteinte grave potentielle. C'est-à-dire l'incrimination de la mise en danger à un bien juridique.
585. Ainsi, l'atteinte grave, qui constitue le deuxième critère du principe de nécessité des incriminations, se définit comme « le dommage réel causé à un bien juridique préexistant à la norme pénale ou la mise en danger de celui-ci »⁵⁷¹. À ce titre, l'atteinte grave constitue le résultat juridique, dans un sens parallèle à celui du premier critère (bien juridique) évoqué ci-dessus, qui « se solde toujours par une atteinte à une valeur sociale protégée »⁵⁷².
586. Ce résultat juridique, ou l'atteinte grave, ne pose pas de problème concernant son existence en cas de dommage réel. En effet, la gravité de l'atteinte se manifeste par le résultat redouté par le texte d'incrimination. D'une part, sa manifestation opère lorsque l'incrimination exige la preuve de l'obtention du résultat redouté, à savoir la preuve de la réalisation de dommage. C'est le cas des infractions

⁵⁷⁰ Raphaële Parizot, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.*, 2009, p. 2701.

⁵⁷¹ Raphaële 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*, *op. cit.*, pp. 176 et 186.

⁵⁷² Yves Mayaud, *Droit pénal général*, 4e édition, PUF, 2013, p. 314.

matérielles où le lien de causalité entre l'atteinte et le dommage est certain. D'autre part, sa manifestation opère lorsque l'acte incriminé n'exige pas la réalisation du dommage mais est en mesure de provoquer directement le dommage redouté. C'est par exemple le cas de tentatives ou celui de certaines infractions formelles⁵⁷³ même si le lien de causalité entre l'atteinte et le dommage est en quelque sorte « atténué ou virtuel »⁵⁷⁴.

587. Néanmoins, la difficulté de mesurer la gravité de l'atteinte est posée dans le cas de la mise en danger du bien juridique. Dans ce cas, il faut que l'acte incriminé soit rationnel à l'égard du *ratio legis* de l'incrimination.
588. Comme le souligne Yves Mayaud, « s'éloigner du résultat "redouté" attentatoire à la valeur protégée pour incriminer un danger en soi, c'est prendre le risque de couper l'activité criminelle de ses supports matériels, et s'engager dans la voie d'un droit pénal à la fois trop abstrait et fort menaçant pour les libertés individuelles »⁵⁷⁵. C'est le risque qui caractérise les infractions dites infractions-obstacles et certaines infractions formelles où généralement l'atteinte risque d'être trop lointaine pour menacer un bien juridique ou une valeur protégée.
589. Dans certaines infractions-obstacles, la répression peut s'appuyer sur un acte incriminé mais sans déterminer le bien juridique protégé, par exemple la conduite en état d'ivresse ou l'usage de stupéfiants. Dans ces cas, on ne s'intéresse jamais au bien juridique protégé tant que l'acte incriminé constitue une atteinte fortement probable à un bien juridique indéterminé. Cette technique d'incrimination peut se justifier par l'état de dangerosité de l'individu⁵⁷⁶.
590. Dans d'autres infractions-obstacles et certaines infractions formelles, même si le bien juridique peut être déterminé, l'atteinte est trop lointaine pour mettre le bien juridique en danger. Dans ces cas, le législateur incrimine de manière très précoce à l'égard de la protection du bien juridique. Il prévoit de punir dans une étape préliminaire du cheminement criminel (*iter criminis*). C'est ainsi le cas du délit de participation à une bande ayant des visées violentes (article 222-14-2 du Code pénal français)⁵⁷⁷. Dans cet exemple, si le

⁵⁷³ V. Pierre-André Bon, *La causalité en droit pénal*, L.G.D.J, Coll. Université de Poitiers, 2006, pp. 127 et 131.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ Yves Mayaud, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC*, 1983, p. 605 ; V. également dans ce sens, Raphaële Parizot, « L'anticipation de la répression », in *Le principe de nécessité en droit pénal*, Lextenso, p. 129.

⁵⁷⁶ V. Sandy Ragnolo-Rault, *Le traitement pénal de la dangerosité*, thèse, Université Côte d'Azur, 2016, p. 59 et suiv. ; Frédérique Fiechter-Boulvard, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de « dangerosité » », *Arch. Pol. Crim.*, Volume 31, n° 1, 2009, p. 263.

⁵⁷⁷ Sa constitutionnalité est validée par Cons. const., 25 février 2010, n° 2010-604 DC ; Par contre, V. Raphaële Parizot, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.*, 2009, p. 2701.

bien juridique est caractérisé par la protection de l'intégrité physique et la propriété, l'atteinte à ces biens juridiques reste éloignée. Ainsi, l'incrimination est très précoce à l'égard du résultat redouté.

- 591.** D'ailleurs, le législateur incrimine parfois de manière large à l'égard de la protection du bien juridique. Il prévoit de punir une atteinte virtuelle ou par défaut. Ce faisant, l'acte incriminé est sans mesure exacte pour protéger le bien juridique. Par exemple, le législateur s'appuie, comme l'estime le Conseil constitutionnel français, sur une « erreur manifeste d'appréciation » lorsque la qualification d'acte de terrorisme est appliquée « au simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière » car ces comportements ne sont pas « directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes »⁵⁷⁸.
- 592.** Cependant, il faut noter que l'erreur d'appréciation ne se limite pas à l'erreur manifeste. Dans ce cas, l'appréciation du législateur repose sur l'incrimination d'un acte qui protège un bien juridique de manière excessive. Car, dans certaines circonstances, l'incrimination vise exactement à la protection du bien juridique concerné et, dans d'autres circonstances, l'incrimination va au-delà de son objet, c'est-à-dire la protection du bien juridique concerné. Pour remplir la condition de l'atteinte grave, le législateur est donc obligé de préciser les circonstances selon lesquelles l'incrimination constitue une atteinte grave au bien ou à la valeur juridique. Ces circonstances peuvent être évaluées dans les éléments constitutifs de l'infraction ou sa condition préalable⁵⁷⁹. Par exemple, pour l'infraction de l'abus de confiance, la gravité de l'atteinte découle de la condition préalable qui est le rapport de confiance. Ce faisant, l'atteinte ne vise à protéger la propriété que si l'on exige que la perte de propriété résulte du manquement à l'engagement de restituer un bien quelconque remis en raison du rapport de confiance initial.
- 593.** Mais, le plus souvent, l'atteinte à un bien juridique n'est grave qu'en raison de sa dimension psychologique ou morale, d'où en principe le fait que dans les droits pénaux français et koweïtien les délits et les crimes sont considérés comme des infractions intentionnelles. Même s'il y a des incriminations non intentionnelles, l'atteinte reste grave dans ces incriminations car elle repose sur une faute dangereuse pour le bien juridique. Comme le souligne Emmanuelle Lemoine, « l'intention suppose le désir d'aboutir au résultat illicite, la négligence se caractérise comme un désir insuffisant de l'éviter »⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC.

⁵⁷⁹ V. Blandine Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010, p. 14.

⁵⁸⁰ Emmanuelle Lemoine, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, l'Harmattan, 2002, p. 507.

594. Parfois, l'intention générale (dol général) n'est pas suffisante pour que l'incrimination soit directement attentatoire au bien juridique. Ce faisant, le législateur doit restreindre l'intention requise pour poursuivre directement l'objet de protection d'un bien juridique⁵⁸¹. Sinon, l'incrimination punit trop largement au regard de l'objectif recherché, ce qui est contraire à l'exceptionnalité de droit pénal et, par conséquent, contraire à sa nécessité. Ainsi, dans l'infraction de corruption passive, où le bien juridique est la probité, l'acte incriminé serait directement attentatoire à ce bien si le fait de l'agent n'était pas seulement limité à solliciter un avantage mais aussi à l'accomplissement ou à l'abstention de l'accomplissement d'un acte de sa fonction. Nous pouvons également citer l'exemple du délit, pour un agent des douanes, de recevoir un présent. L'article 59 du Code des douanes prévoit qu'« il est interdit aux agents des douanes, sous les peines prévues par le Code pénal contre les fonctionnaires publics qui se laissent corrompre, de recevoir directement ou indirectement quelque gratification, récompense ou présent ». En effet, de notre point de vue, l'absence de nécessité dans ce délit est très claire. Le bien juridique est celui de la probité. Néanmoins, l'acte incriminé est large au regard de ce bien parce que peut entrer dans le champ d'incrimination le fait de recevoir un présent sans rapport avec les fonctions de l'agent douanier. Il aurait donc fallu que l'acte incriminé comprenne une intention particulière pour qu'il soit directement attentatoire à la probité.
595. Enfin, l'atteinte perd sa valeur de gravité lorsque le bien juridique est déjà protégé par le même cheminement criminel. C'est le cas lorsqu'une incrimination fait double emploi avec d'autres qualifications pénales préexistantes⁵⁸². Comme l'a précisé le Conseil constitutionnel, si le comportement d'aide à des personnes en situation irrégulière se rattachait à des actes de terrorisme, il pourrait être réprimé en application des règles de la complicité⁵⁸³. En d'autres termes, il s'est appuyé sur la double incrimination⁵⁸⁴ pour prouver que le délit d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière ne respecte pas le principe de nécessité.

⁵⁸¹ V. Roger Merle, *Droit pénal général*, PUF, 1957, p. 233 ; Henri Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3e édition, Sirey, 1947, p. 84.

⁵⁸² François Rousseau, « Le principe de nécessité : Aux frontières du droit de punir », *RSC*, 2015, p. 257. ; Valérie Malabat, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Reynald Ottenhof : Le champ pénal*, 2006, p. 155 ; Valérie Malabat, « De l'efficacité du contrôle de constitutionnalité en matière pénale : l'exemple d'une double incrimination », in *Droit constitutionnel et droit pénal*, Politeia, 2005, n° 5, p. 159.

⁵⁸³ Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC.

⁵⁸⁴ Cette double incrimination nuit évidemment au principe de légalité criminelle et au principe d'égalité. Pour la Cour constitutionnelle koweïtienne, la double incrimination porte atteinte au principe de légalité criminelle. Ainsi, l'un de ses arguments qui censurent l'incrimination de complicité postérieure à la commission d'infraction repose sur le fait que « l'incrimination de ces mêmes comportements, selon les règles générales de complicité et selon un texte de droit pénal spécial, causent une double incrimination. Cette double incrimination entraîne une application difficile pour les autorités, une imprévisibilité et inaccessibilité pour le public » (Koweït, Cour const., 22 avril 2008, n° 6/2007 ; Cour const., 7 juin 2009,

596. Ces critères nous permettent ainsi d'affirmer le non-respect du principe de nécessité par le contournement d'incrimination de corruption.

n° 1/2009). Pour le Conseil constitutionnel français, la double incrimination porte atteinte au principe d'égalité. Ainsi, il a estimé que « des faits qualifiés par la loi de façon identique peuvent, selon le texte d'incrimination sur lequel se fondent les autorités de poursuite, faire encourir à leur auteur soit une peine de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende, soit une peine de 5 000 € d'amende ; que la différence entre les peines encourues implique également des différences relatives à la procédure applicable et aux conséquences d'une éventuelle condamnation ; que cette différence de traitement n'est justifiée par aucune différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi ; qu'eu égard à sa nature et à son importance, la différence entre les peines encourues méconnaît le principe d'égalité devant la loi pénale » (Cons. const., 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC). Sur ce sujet, V. Agnès Cerf-Hollender, « La remise en cause des doubles incriminations par le Conseil constitutionnel au travers des fraudes aux allocations sociales », *RSC*, 2013, p. 827 ; Stéphane Detraz, « Inconstitutionnalité des incriminations doublons faisant l'objet d'une répression disparate », *Gaz. pal.*, septembre 2013, p. 12.

SECTION II.

LA RUPTURE DU LIEN DE NECESSITE DANS LES INCRIMINATIONS CONTOURNANT LA CORRUPTION

597. L'incrimination de corruption, passive et active, consiste en trois éléments qui sont l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de la fonction, en contrepartie d'un avantage quelconque et une causalité liant le premier élément au deuxième. Ces trois éléments traduisent la protection du bien juridique (la probité) contre l'atteinte grave. Ce qui satisfait le principe de nécessité de l'incrimination.
598. Mais la causalité liant l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de la fonction à l'avantage est déchu par les législateurs français et koweïtien afin de faciliter l'incrimination de l'atteinte à la probité par certains agents publics. En d'autres termes, les législateurs contournent l'incrimination de corruption publique en supposant que la simple obtention d'un avantage et le simple accomplissement ou non-accomplissement d'un acte de la fonction réalisent de façon quasi irréfragable une forme de corruption.
599. Les incriminations présentées comme des incriminations contournées ou alternatives à la corruption publique sont, pour les délimiter, soumises à quatre conditions cumulatives.
600. Selon la première condition, il faut que l'incrimination contournant la corruption soit destinée à la protection du même bien juridique que la corruption passive le protège, c'est-à-dire le devoir de probité.
601. La deuxième condition, quand on parle des incriminations qui supposent la corruption, concerne la supposition du pacte de corruption. Ainsi, ne sont pas considérés comme incriminations supposant la corruption la concussion, le détournement et la soustraction des biens publics car ils sont directement destinés à protéger les biens publics. En cela, ils ne supposent pas la corruption *stricto sensu*. De même, sont exclues les infractions de trafic d'influence parce qu'elles sont des infractions voisines de la corruption et qu'elles ne supposent pas la corruption *stricto sensu*.
602. Selon la troisième condition, l'incrimination supposant la corruption apparaît toujours lorsqu'elle peut constituer un cas de qualification alternative avec les infractions de corruption *stricto sensu*. Autrement dit, si les faits supposant la corruption n'étaient pas incriminés en tant que tels, on pourrait les qualifier d'éléments constitutifs de corruption passive et active. Il en résulte que les infractions supposant la corruption ne doivent être invoquées que dans l'hypothèse où la qualification de corruption passive ou active n'aurait pu être retenue⁵⁸⁵. À ce propos, sont considérées comme des incriminations alternatives à

⁵⁸⁵ Dans ce sens, Emmanuel Dreyer critique la décision de la Cour de cassation qui estime que la corruption passive n'absorbe pas le favoritisme. Cass. crim., 12 juillet 2016, obs. Emmanuel Dreyer, *Gaz. pal.*, 2016, n° 34, p. 54. En ce qui concerne la fréquence des infractions supposant la corruption et les infractions de

la corruption la prise illégale d'intérêts et les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public (favoritisme).

603. Enfin, les infractions contournant l'incrimination de corruption doivent être destinées à protéger un intérêt général parce que les infractions de corruption *stricto sensu* sont destinées à protéger un intérêt général. Par ce critère, les infractions consacrées pour protéger un intérêt privé comme l'escroquerie ou l'abus de biens sociaux ne sont pas alors considérées comme un contournement de l'incrimination de corruption en raison de la différence de *ratio legis* de l'incrimination.
604. À partir de ces conditions, plusieurs incriminations existent sous différents noms en droit koweïtien et en droit français.
605. Nous abordons donc la critique de leur nécessité d'incrimination en les divisant en deux parties : l'incrimination de l'obtention d'un avantage supposant la corruption (§ 1) et l'incrimination de l'acte de la fonction supposant la corruption (§ 2).

§ 1. L'INCRIMINATION DE L'OBTENTION D'UN AVANTAGE SUPPOSANT LA CORRUPTION

606. Deux formes entrent dans la catégorie d'incriminations de l'obtention d'un avantage supposant la corruption. La première est l'incrimination de prise illégale d'intérêts tandis que le deuxième est l'incrimination de l'enrichissement illicite. Cependant, il convient de préciser que l'incrimination d'enrichissement illicite⁵⁸⁶ ne soulève pas de critique concernant le principe de la nécessité des incriminations parce que l'accusé peut prouver l'origine licite de l'avantage. Ainsi, la supposition de la corruption n'est pas irréfutable. Or ce respect du principe de nécessité des incriminations nuit au principe de présomption d'innocence. Nous aborderons donc cette négligence dans le deuxième chapitre de ce titre.
607. L'incrimination de l'obtention d'un avantage supposant la corruption est alors constituée par l'incrimination de la prise illégale d'intérêts. Mais avant d'affirmer que telle ou telle incrimination ne

corruption *stricto sensu*, V. par exemple, Jerome Michon, « Bilan de la jurisprudence de la Cour de cassation sur le délit de favoritisme depuis sa création », *Gaz. pal.*, 2005, n° 109, p. 4.

⁵⁸⁶ La loi koweïtienne 2/2016 relative à la lutte contre la corruption définit, dans son premier article, l'enrichissement illicite comme « l'augmentation du patrimoine ou l'abaissement des obligations qui sont survenus -après la prise de fonction- dans la situation patrimoniale de l'assujetti à cette loi, dans la situation patrimoniale de ses enfants mineurs ou la situation patrimoniale des personnes dont il est le tuteur ou le curateur lorsque ces changements ne sont pas justifiés par rapport à leurs revenus légitimes ». L'enrichissement illicite est, selon l'article 48 de la même loi, « puni d'une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende équivalant à la valeur de l'enrichissement illicite ainsi que la confiscation de celui-ci que ce soit dans le patrimoine de l'assujetti, de son époux, de ses enfants mineurs ou des personnes dont il est le tuteur ou le curateur ».

respecte pas le principe de nécessité des incriminations (B), il convient d'abord de présenter les infractions de prise illégale d'intérêts dans le droit français et le droit koweïtien (A).

A. Prise illégale d'intérêts dans les droits français et koweïtien

608. Dans le Code pénal français, deux infractions figurant dans un paragraphe intitulé « De la prise illégale d'intérêts » traduisent une répression des manquements au devoir de probité. La première infraction est le délit connu dans le langage courant sous le nom de « délit d'ingérence d'un fonctionnaire en activité » alors que la seconde est le délit connu sous le nom de « délit d'ingérence d'un ancien fonctionnaire » ou « le pantouflage »⁵⁸⁷. Ainsi, l'article 432-12 du Code pénal réprime « le fait, [par une personne ayant une fonction déterminée], 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 ». L'article 432-13 du même Code sanctionne « le fait, [par une personne ayant eu une fonction déterminée], 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 »⁵⁸⁸. En dehors du Code pénal, il existe plusieurs incriminations assimilées à une prise illégale d'intérêts. Il en est ainsi, par exemple, de l'article L.3221-6 du Code général de la propriété des personnes publiques⁵⁸⁹, de l'article L.261-1 du Code rural⁵⁹⁰, de l'article L.126-17-3 du Code de sécurité sociale⁵⁹¹. En raison de la symétrie des comportements incriminés dans ces infractions avec les comportements incriminés dans les infractions de la prise illégale d'intérêts qui figurent dans le Code pénal, nous nous contentons d'aborder ces dernières⁵⁹².

⁵⁸⁷ Marc Segonds, « Prise illégale d'intérêts », *Rép. pén.*, avril 2014 (actualisation : février 2017), n° 1 et suiv.

⁵⁸⁸ On n'a cité que les faits incriminés qui sont relatifs à notre étude. Les articles cités comprennent des exceptions spéciales excluant la constitution de l'infraction.

⁵⁸⁹ « sous les sanctions encourues pour le délit de prise illégale d'intérêts prévu par l'article 432-12 du code pénal, les agents préposés aux ventes de toute nature ne peuvent s'immiscer directement ni indirectement dans l'achat, ni accepter aucune rétrocession des objets dont la vente leur est confiée ».

⁵⁹⁰ « Les personnes collaborant occasionnellement aux travaux de l'agence et les autres personnes qui apportent leur concours aux conseils et commissions siégeant auprès d'elle, à l'exception des membres de ces conseils et commissions, ne peuvent, sous les peines prévues à l'article 432-12 du code pénal, traiter une question dans laquelle elles auraient un intérêt direct ou indirect et sont soumises aux obligations énoncées ».

⁵⁹¹ « Les membres du comité ne peuvent, sous les peines prévues à l'article 432-12 du code pénal, prendre part ni aux délibérations ni aux votes s'ils ont un intérêt direct ou indirect à l'affaire examinée. Les personnes collaborant aux travaux du comité ne peuvent, sous les mêmes peines, traiter une question dans laquelle elles auraient un intérêt direct ou indirect ».

⁵⁹² Tout ce qui s'applique à la prise illégale d'intérêts figurée dans le Code pénal en ce qui concerne le principe de nécessité va s'appliquer à la prise illégale d'intérêts figurée hors Code pénal.

- 609.** En droit koweïtien, la prise illégale d'intérêts est incriminée par la loi n° 1/1993 relative à la protection des biens publics⁵⁹³ et par la loi n° 13/2018 relative au conflit d'intérêts⁵⁹⁴.
- 610.** En ce qui concerne la loi relative à la protection de biens publics, l'article 11 de cette loi réprime « le fait, [par un agent ayant une fonction déterminée] d'effectuer un acte dans une transaction, une opération ou une affaire dont il a, au moment de l'acte, la charge d'assurer la surveillance, la négociation ou l'entente, au détriment des intérêts de l'une des entités mentionnées dans cette loi⁵⁹⁵, en vue de prendre ou tenter de prendre, pour lui-même ou pour autrui, un intérêt ou un avantage... ». L'article 12 de cette même loi incrimine « le fait, [par un agent ayant une fonction déterminée], de prendre ou tenter de prendre, illégalement, pour lui-même ou pour autrui, un intérêt ou un avantage dans un contrat de sous-traitance, dans un contrat de fourniture ou dans un contrat des travaux publics dont il a, au moment de l'acte, la charge d'assurer la surveillance ou l'administration ».
- 611.** Concernant la loi relative au conflit d'intérêts, l'article 4 de cette loi incrimine : « 1- le fait, [par un agent ayant une fonction déterminée], de prendre, pour lui-même ou pour les personnes mentionnées à l'article 3 de cette loi⁵⁹⁶, un intérêt matériel ou moral en accomplissant ou s'abstenant d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ; 2- le fait, [par un agent ayant une fonction déterminée], d'acquérir une participation dans une entreprise ou une opération ayant une relation financière avec l'autorité administrative dont il dépend ». Ainsi, la loi relative au conflit d'intérêts élargit le champ d'application de l'incrimination de prise illégale d'intérêts.
- 612.** En droit français comme en droit koweïtien, l'incrimination de prise illégale d'intérêts a pour objet de protéger la valeur de probité. Cette protection est réalisée par l'interdiction de conflit d'intérêts. C'est-à-dire que la personne astreinte juridiquement à accomplir une activité précise ne doit pas se trouver « en même temps dans une situation où, soit elle est tentée de faire prévaloir un intérêt personnel ou quasi-

⁵⁹³ *JOK*, n° 90, la trente-neuvième année, 11 février 1993, p. 2. Mais il faut noter que la prise illégale d'intérêts a été incriminée dans les articles 47 et 48 de la loi n° 31/1970 portant modifications du Code pénal.

⁵⁹⁴ *JOK*, n° 1338, la soixante-quatrième année, 15 avril 2018, p. 3.

⁵⁹⁵ Il s'agit de l'Etat, des organismes publics, des institutions publiques et des entreprises où l'Etat ou l'une de ses institutions participant directement ou indirectement au capital à hauteur d'au moins 25%.

⁵⁹⁶ l'article 3 de cette loi précise qu'« est considéré comme un intérêt l'avantage matériel ou moral qui est pris par : 1. le conjoint de la personne assujettie à cette loi, ses parents jusqu'au quatrième degré ou ses alliés jusqu'au deuxième degré ; 2- toute personne physique ou morale qui a une relation de travail, d'intermédiation, de procuration ou de mandat représentatif avec la personne assujettie à cette loi ; 3- toute personne physique ou morale qui avait une relation d'intérêt matériel ou moral avec la personne assujettie à cette loi pendant les deux années ayant précédé le cas où la décision a été prise par la personne assujettie à cette loi ».

personnel, soit elle a privilégié effectivement cet intérêt personnel ou quasi-personnel »⁵⁹⁷. Dans cet esprit, les législateurs français et koweïtien peuvent définir le conflit d'intérêts. En France, il s'agit de « 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 »⁵⁹⁸. Au Koweït, le conflit d'intérêts est « toute situation dans laquelle la personne a un avantage matériel ou moral de nature à influencer relativement ou absolument l'exercice indépendant et impartial d'une fonction ou de nature à constituer un enrichissement illégal pour elle-même ou autrui »⁵⁹⁹. De cette manière, il est logique que le statut et la fonction de l'auteur constituent, dans les droits français et koweïtien, les conditions préalables aux infractions de prise illégale d'intérêts parce que l'existence de ces conditions est la racine du conflit d'intérêts.

613. La prise illégale d'intérêts va, en droit français, jusqu'à l'incrimination de prise d'intérêts par un ancien agent public (article 432-13 du Code pénal⁶⁰⁰) alors que le droit koweïtien n'incrimine pas ce fait. Cette incrimination spécifique est justifiée par l'ancienne doctrine. Comme le souligne Garçon, il a été « constaté, au lendemain d'une longue guerre qui avait troublé l'économie générale et les mœurs du pays, [que] de nombreux fonctionnaires quittaient l'administration [...] pour entrer dans des entreprises privées où ils trouvaient des emplois plus lucratifs. Cette situation était particulièrement fâcheuse quand les entreprises où ils étaient ainsi accueillis avaient été soumises, lorsqu'ils étaient en fonction, à leur contrôle ou leur surveillance. Il était à craindre, en effet, que les places qui leur étaient accordées ne fussent la récompense ou le paiement de faveurs qu'ils avaient eux-mêmes consenties à ces entreprises

⁵⁹⁷ Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 7e édition, CUJAS, 2017, p. 739 ; Jean Pradel, « Conflits d'intérêts et matière pénale », in *Les conflits d'intérêts : fonction et matière, Colloque du 18 octobre 2012*, Société de législation comparée, 2013, p. 304 ; En droit koweïtien, V. Ahmad Alsammak, « {La prise illégale d'intérêts dans le droit koweïtien : étude comparative} », *Revue de droit*, Université de Koweït, Volume 22, n° 2, 1998, p. 959.

⁵⁹⁸ V. Article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JOFR*, n° 238, 12 octobre 2013. Cette définition a été également proposée par la Commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique et par la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique. V. 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, La Documentation française, 2011, pp. 31 et 116 ; Pour un renouveau démocratique : rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, La Documentation française, 2012, p. 92.

⁵⁹⁹ V. Article 1 de la loi 13/2018 relative au conflit d'intérêts.

⁶⁰⁰ « Les dispositions de l'article 432-13 du code pénal ne possèdent pas l'ancienneté des dispositions de l'article 432-12 du même code. Elles sont en effet issues de l'article 10 de la loi budgétaire du 6 octobre 1919 qui les a incorporées à l'article 175 du code pénal de 1810 dont elles ont composé les alinéas 4 et suivants jusqu'à la loi du 17 juin 1967, pour figurer ensuite à l'article 175-1 de l'ancien code pénal et ainsi acquérir leur autonomie textuelle ». Marc Segonds, « La prise illégale d'intérêts », *Rép. pén., op. cit.*, n° 90.

dans l'accomplissement de leurs fonctions »⁶⁰¹. Il semble encore que ces considérations restent d'actualité⁶⁰² quand on considère que cette incrimination protège l'administration de la suspicion⁶⁰³.

- 614.** Les législateurs français et koweïtien se rejoignent sur le désintéressement de la réalisation de la prise d'intérêts, la nature des intérêts ou l'existence d'un préjudice. Ainsi, la prise illégale d'intérêts est constituée même si l'agent n'arrive pas à obtenir un intérêt dès lors qu'il abuse de sa fonction⁶⁰⁴, même si l'intérêt pris n'entre pas en contradiction avec l'intérêt de l'administration⁶⁰⁵ et même si l'intérêt n'est pas matériel⁶⁰⁶. Cependant, le législateur koweïtien ajoute à l'infraction de prise illégale d'intérêts prévue à l'article 11 de la loi relative à la protection de biens publics une autre exigence. Il s'agit de l'acte de la fonction, accompli ou non, au détriment des intérêts de l'administration. Ainsi, la prise illégale d'intérêts ou la tentative de celle-ci mentionnée à l'article 11 de la loi précitée doit « porter préjudice à l'intérêt de l'entité dont l'agent est chargé d'assurer la surveillance. Ce préjudice doit également être certain et réel »⁶⁰⁷. Il en résulte que l'élément moral de l'infraction de prise illégale d'intérêts prévue à l'article 11 de la loi koweïtienne est constitué par le dol spécial parce que l'agent doit porter préjudice aux intérêts de l'administration en vue d'obtenir un intérêt pour lui-même ou pour autrui⁶⁰⁸.
- 615.** L'élément moral de l'infraction de prise illégale d'intérêts prévue à l'article 12 de la loi relative à la protection de biens publics est constitué par le dol général. C'est aussi le cas pour les infractions de prise illégale d'intérêts prévues aux articles 432-12 et 432-13 du Code pénal français. Ainsi, en considérant que ces incriminations ont « pour finalité de faire échec à toute suspicion de partialité à l'égard des personnes dépositaires de l'autorité publique »⁶⁰⁹, « l'intention coupable est caractérisée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel »⁶¹⁰.

⁶⁰¹ Émile Garçon, *Code pénal annoté*, Tome I, Art. 1 à 294, Recueil Sirey, 1952, p. 687.

⁶⁰² Commission de la prévention de la corruption, *Prévention de la corruption et transparence de la vie économique*, La Documentation française, 1993, p. 28.

⁶⁰³ Olivier Dord, « Pantouflage : des règles simplifiées pour un contrôle renforcé », *AJDA*, 2007, p. 516.

⁶⁰⁴ Cass. crim., 21 février 2001, *D.*, 2001, obs. Marc Segonds, p. 2353 ; Cass. crim. 16 décembre 1975, Bull. n° 279 ; Koweït, Cass. crim., 8 juillet 2007, n° 47/2007.

⁶⁰⁵ Cass. crim., 19 mars 2008, Bull. n° 69 ; Cass. crim. 22 octobre 2008, Bull., n° 258 ; Koweït, Cass. Crim., 8 juillet 2007, n° 47/2007

⁶⁰⁶ Cass. crim., 5 novembre 1998, Bull. n° 289 ; Cass. crim. 29 septembre 1999, Bull. n° 202 ; Koweït, Cass. crim., 20 mars 2011, n° 99/2011.

⁶⁰⁷ Koweït, Cass. crim., 10 avril 2007, n° 570/2006 ; Koweït, Cass. crim., 20 avril 2004, n° 531/2002.

⁶⁰⁸ *Ibid* ; Koweït, Cass. crim., 24 juin 2008, n° 17/2007.

⁶⁰⁹ Cass. crim. 22 octobre 2008, Bull. n° 258 ; dans le même sens, Koweït, Cass. crim., 21 juillet 2013, n° 336/ 2012.

⁶¹⁰ Cass. crim., 16 décembre 1975, Bull. n° 279 ; Cass. crim., 25 juin 1996, n° 273 ; Cass. crim., 7 mars 2012, *RPDP*, 2012, obs. Marc Segonds, p. 929 ; pour le pantouflage, Cass. crim., 18 juillet 1984, Bull., n° 262.

616. C'est vrai que le champ d'application de l'article 12 de la loi relative à la protection de biens publics est plus restrictif que celui de l'article 432-12 du Code pénal français. Mais cette divergence a disparu dans la loi koweïtienne n° 3/2018 relative au conflit d'intérêts qui généralise la disposition de l'article 12 de la loi relative à la protection de biens publics. Ainsi, toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public peut être un auteur de la prise illégale d'intérêts, et non seulement celle qui prend un avantage dans un contrat de sous-traitance, dans un contrat de fourniture ou dans un contrat des travaux publics.
617. Dès lors, le champ de l'incrimination de prise illégale d'intérêts nous paraît, excepté celui prévu à l'article 11 de la loi koweïtienne de protection de biens publics, très large et surestimé à l'égard de la valeur de probité.

B. Surestimation des incriminations

618. En France, la surestimation de l'incrimination de prise illégale d'intérêts se traduit par l'existence d'exceptions excluant son application. En effet, l'application de l'article 432-12 (prise illégale d'intérêts par un agent public en activité) du Code pénal « risque de paralyser le fonctionnement des petites communes en obligeant les maires et les membres de leur équipe à faire appel à des personnes éloignées pour participer à des actes dont ils ont besoin »⁶¹¹. Cette infraction a donc des faits justificatifs pour les agents des communes comptant 3500 habitants au plus⁶¹². L'article 432-13 (prise illégale d'intérêts par un ancien agent public), quant à lui, pose deux exceptions qui atténuent sa stricte application : d'une part,

⁶¹¹ Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 741.

⁶¹² Les alinéas 2 à 4 de cet article disposent que « toutefois, dans les communes comptant 3 500 habitants au plus, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent chacun traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16 000 euros.

En outre, dans ces communes, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement. Ces actes doivent être autorisés, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal.

Dans les mêmes communes, les mêmes élus peuvent acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle. Le prix ne peut être inférieur à l'évaluation du service des domaines. L'acte doit être autorisé, quelle que soit la valeur des biens concernés, par une délibération motivée du conseil municipal.

Pour l'application des trois alinéas qui précèdent, la commune est représentée dans les conditions prévues par l'article L. 2122-26 du Code général des collectivités territoriales et le maire, l'adjoint ou le conseiller municipal intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation du contrat. En outre, par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 2121-18 du Code général des collectivités territoriales, le conseil municipal ne peut décider de se réunir à huis clos ».

en cas de participation au capital de sociétés en bourse et, d'autre part, lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale⁶¹³.

- 619.** Néanmoins, ces cas ne sont pas suffisants pour qualifier le respect du principe de nécessité de l'incrimination de prise illégale d'intérêts notamment parce qu'il s'agit d'exceptions à la règle de cette incrimination.
- 620.** Les législateurs français et koweïtien répriment les faits constituant la prise illégale d'intérêts de manière large à l'égard de la valeur protégée. Autrement dit, l'appréciation des législateurs dépasse les limites du *ratio legis* de l'incrimination de prise illégale d'intérêts. Si cette incrimination a pour but de protéger la valeur de probité par le biais de la répression des conflits d'intérêts, il faut également que cette incrimination soit directement attentatoire à la valeur protégée. C'est-à-dire qu'un lien de causalité doit être caractérisé entre les comportements prohibés et la valeur de la probité. Cette caractérisation est totalement absente dans les articles 432-12, 432-13 du Code pénal français, dans l'article 12 de la loi koweïtienne relative à la protection des biens publics et dans l'article 4 de la loi koweïtienne relative au conflit d'intérêts.
- 621.** Concernant les infractions de prise illégale d'intérêts par un agent public en activité, à savoir l'article 432-12 du Code pénal français et les articles 4 et 12 des lois koweïtiennes précitées, l'absence d'atteinte grave à la probité se manifeste doublement : d'une part, par l'imprécision et la généralité des expressions « intérêt » et « avantage » et, d'autre part, par la non-exigence d'un dol particulier.
- 622.** Dans le premier cas, les termes du texte français « intérêt quelconque » et ceux du texte koweïtien « intérêt ou avantage » peuvent englober des cas où les intérêts pris par l'agent ne portent aucune atteinte ni à la probité de l'agent ni à l'intérêt général. Un exemple concret de droit français illustre le caractère aveugle des termes employés, ce qui signifie une négligence du principe de nécessité. Il s'agit en l'occurrence de la condamnation d'élus municipaux qui ont participé aux délibérations attribuant des subventions aux associations qu'ils présidaient. Ces élus siégeant ès qualités de représentants de leur collectivité au sein de ces associations, leur intérêt n'était pas distinct de l'intérêt communal. La Cour de cassation française a, en raison du caractère aveugle des termes de l'article 432-12 du Code pénal, retenu « qu'il importe peu que ces élus n'en aient retiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal »⁶¹⁴. Cette décision a attiré l'attention des parlementaires. Le Sénat a adopté, à l'unanimité, une proposition de loi visant à clarifier la notion des

⁶¹³ L'alinéa 4 de l'article 432-13 dispose que « l'infraction n'est pas constituée par la seule participation au capital de sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale ».

⁶¹⁴ Cass. crim., 22 octobre 2008, Bull. n° 258.

intérêts qui figure dans l'article 432-12 du Code pénal. L'infraction ne sanctionnerait que la prise d'un « intérêt personnel distinct de l'intérêt général » à la place de sanctionner un « intérêt quelconque »⁶¹⁵. L'inquiétude par rapport à la large incrimination a également attiré l'attention de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique. Selon cette Commission, le terme d'« intérêt quelconque » figurant à l'article 432-12 du Code pénal français entraîne une insécurité juridique, de sorte qu'un agent peut, tout en respectant les dispositions déontologiques que lui impose la loi, se rendre coupable d'un délit de prise illégale d'intérêts⁶¹⁶. Par conséquent, elle a proposé le terme d'« intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité » à la place du terme d'« intérêt quelconque »⁶¹⁷.

- 623.** Nous pouvons également imaginer la condamnation d'un directeur d'administration qui édicte un acte réglementaire de portée générale et impersonnelle lorsque l'un des destinataires de cet acte a ou a eu un lien d'amitié ou familial avec le directeur. Dans cet exemple, la portée générale et impersonnelle de l'acte semble suffisante pour écarter la compromission de la probité et de l'objectivité. Mais la généralité de l'expression « intérêt ou avantage » dans l'incrimination de prise illégale d'intérêts est indifférente. Ainsi, le critère de « l'atteinte grave » qui compose de principe de nécessité de l'incrimination n'est pas respecté.
- 624.** Dans le second cas, l'absence d'atteinte grave à la probité se manifeste par la non-exigence d'un dol particulier pour constituer la prise illégale d'intérêts prévue aux articles 432-12, 432-13 du Code pénal français, à l'article 12 de la loi koweïtienne relative à la protection de biens publics et à l'article 4 de la loi koweïtienne relative au conflit d'intérêts. Dans ces infractions, les législateurs français et koweïtien assimilent le dol général de la prise illégale d'intérêts à une faute normative qui est « entendue comme la

⁶¹⁵ Sénat, Proposition de loi visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux, présentée par Bernard Saugey, n° 268, Session ordinaire de 2008-2009. Pour la critique de cette proposition, V. Jean-Marie Brigant, « Affaires, conflits d'intérêts, probité,... Cachez cette prise illégale d'intérêts que je ne saurais voir », *Dr. pénal*, 2012, n° 1, étude 3 ; Benoît Fleury, « Nul ne peut servir deux maîtres à la fois. La prise illégale d'intérêts redéfinie : vrai problème, fausse solution », *JCP Adm.*, 2010, p. 539.

⁶¹⁶ C'est parce que l'expression « intérêt quelconque » n'est pas harmonisé avec « l'ensemble des mesures préventives existantes {les articles 25 et S. de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires} ou à créer {l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique}, afin d'éviter qu'en respectant les obligations déontologiques que lui impose la loi ou que lui prescrit un code de conduite, le responsable public ne se rende en réalité coupable d'un délit de prise illégale d'intérêts ». V. 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, La Documentation française, 2011, p. 78..

⁶¹⁷ *Ibid.*

violation d'une norme, indépendamment de tout état d'esprit particulier antérieur à cette violation »⁶¹⁸. Dès lors, il est logique d'estimer que les jurisprudences française et koweïtienne jugent que ces infractions sont caractérisées par le simple fait de prendre ou de tenter de prendre un intérêt quelconque⁶¹⁹.

625. Cette intégration du dol général dans la faute éloigne le comportement incriminé du bien juridique protégé, c'est-à-dire la probité. En effet, dans les infractions formelles auxquelles la prise illégale d'intérêts appartient, le comportement incriminé doit être directement de nature à nuire au bien juridique protégé de sorte que l'infraction suppose toujours que l'agent ait voulu l'atteindre. Cette supposition ne s'effectue que par la vérification de la causalité sur le terrain moral. Les législateurs négligent la consécration de cette causalité car il est possible que les infractions de prise illégale d'intérêts (prévues aux articles 432-12, 432-13 du Code pénal français, à l'article 12 de la loi koweïtienne relative à la protection des biens publics et à l'article 4 de la loi koweïtienne relative au conflit d'intérêts) soient caractérisées même si l'auteur n'agit pas de mauvaise foi.
626. En revanche, le législateur koweïtien respecte, dans l'incrimination de prise illégale d'intérêts prévue à l'article 11 de la loi relative à la protection des biens publics⁶²⁰, le principe de nécessité. En effet, il lie directement l'acte incriminé à la valeur protégée. Ainsi, l'agent public ne porte atteinte à la valeur de probité par le simple abus de sa fonction que si cet acte est effectué en vue de prendre ou de tenter de prendre, pour lui-même ou pour autrui, un intérêt ou un avantage et, de plus, au détriment des intérêts de l'administration. Le respect du principe de nécessité est donc cristallisé par la gravité ou l'atteinte portée à la valeur de probité qui se manifeste par la distinction entre les intérêts personnels et les intérêts supérieurs de l'administration, d'une part, et par la volonté d'obtenir un intérêt, d'autre part.
627. Le principe de nécessité des incriminations implique évidemment la « subsidiarité du droit pénal »⁶²¹. Dès lors, le législateur n'a recours à la sanction pénale qu'*ultime ratio*. Dans notre étude, nous pouvons imaginer que les législateurs français et koweïtien ont le pouvoir de créer des dispositions non pénales visant à prévenir les conflits d'intérêts et la prise illégale d'intérêts. Le législateur français dispose déjà

⁶¹⁸ Pour la critique de cette assimilation, V. Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, 4e édition, LexisNexis, 2016, p. 673 et suiv. ; Adrien Charles Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, L.G.D.J., 1982, p. 268.

⁶¹⁹ Par exemple, Cass. crim., 25 juin 1996, Bull. n° 273 ; Cass. crim., 21 février 2001, *D.*, 2001, obs. Marc Segonds, p. 2353 ; Koweït, Cass. crim., 8 juillet 2007, n° 47/2007.

⁶²⁰ Pour rappel, c'est la répression de « fait, {par un agent ayant une fonction déterminée} d'effectuer un acte dans une transaction, une opération ou une affaire dont il a, au moment de l'acte, la charge d'assurer la surveillance, la négociation ou l'entente, au détriment des intérêts de l'une des entités {publiques}, en vue de prendre ou tenter de prendre, pour lui-même ou pour autrui, un intérêt ou un avantage... »

⁶²¹ Emmanuel Dreyer, « La subsidiarité du droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 247.

d'ailleurs de quelques outils de prévention des conflits d'intérêts et de prise illégale d'intérêts comme la Commission de déontologie de la fonction publique⁶²² et la Haute Autorité de transparence de la vie publique⁶²³.

- 628.** Quelles que soient leurs missions, les législateurs peuvent confier à ces institutions, ou leur équivalent au Koweït⁶²⁴, la prévention de la prise illégale d'intérêts. Ce faisant, ils peuvent soumettre les auteurs potentiels des infractions de prise illégale d'intérêts à une obligation de déclaration d'intérêts lors de l'exercice de leurs fonctions. Ils peuvent également les soumettre à l'obligation d'obtenir une autorisation préalable de participer à une activité privée avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de leurs fonctions. De cette façon, il appartient aux institutions de prévention de prise illégale d'intérêts d'édicter un avis sur la comptabilité de ces intérêts avec la fonction publique. Par conséquent, l'incrimination doit être limitée à la violation de ces dispositions et il n'y aurait pas, de plus, lieu de préserver l'incrimination de prise illégale d'intérêts⁶²⁵.

§ 2. L'INCRIMINATION DE L'ACTE DE LA FONCTION SUPPOSANT LA CORRUPTION

- 629.** En droit français, entre dans cette catégorie d'incrimination l'infraction mentionnée à l'article 432-14 du Code pénal. Il s'agit de l'infraction d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession. Cet article mentionne « le fait, [par une personne ayant une fonction déterminée], de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un 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 contrats de concession ».

⁶²² Elle est créée 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. V. *JORF*, n° 25, 30 janvier 1993, p.1588.

⁶²³ Elle est créée par la loi relative à la transparence de la vie publique du 11 octobre 2013 en remplacement de la Commission pour la transparence financière de la vie politique. V. *JORF*, n° 238, 12 octobre 2013, p. 16824.

⁶²⁴ Par exemple, l'Autorité publique anticorruption.

⁶²⁵ En effet parmi les arguments figurant dans la décision du Conseil constitutionnel français qui a abrogé le délit de consultation habituelle de sites terroristes, celui-ci a démontré que « les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution ». En d'autres termes, ces fortes prérogatives aboutissent à nier le respect de principe de subsidiarité et de nécessité des incriminations. V. Cons. const., 10 février 2017, n° 2016-611 QPC, obs. Dorothee Goetz, Dalloz actualité 14 février 2017.

630. En droit koweïtien, ces faits sont incriminés dans l’infraction de la soustraction de biens publics⁶²⁶. Ainsi, l’article 10 de la loi relative à la protection des biens publics punit « le fait, [par une personne ayant une fonction déterminée], de soustraire, en vertu de ses fonctions ou de ses missions, un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet. Et le fait de faciliter illégalement l’obtention à autrui d’un de ces objets »⁶²⁷.
631. La convergence de ces deux infractions est claire. En effet, il s’agit d’infractions qui exigent une qualité précise pour leur auteur, à savoir un agent public. En outre, ce sont des infractions forgées dans le but d’éviter toute suspicion de manquement au devoir de probité à l’égard des agents publics en incriminant la tendance à accorder des faveurs illégales à autrui. Ainsi, la valeur protégée pénalement est bien identifiée dans ces deux incriminations.
632. La divergence entre ces deux infractions réside dans leur champ d’application. Ainsi, l’octroi d’un avantage injustifié qui est incriminé par l’article 432-14 du Code pénal français est limité aux procédures de passation des contrats publics, alors que la facilitation d’obtenir un avantage injustifié qui est incriminé par l’article 10 de la loi koweïtienne relative à la protection des biens publics concerne tous les biens publics, dont l’attribution illégale d’un marché public. Cette divergence résulte de la différence du but de l’incrimination ou de la justification de la loi entre les deux législateurs. En effet, le législateur français poursuit l’objectif de « garantir l’effectivité de la concurrence dans l’attribution des marchés publics et d’empêcher certaines dérives locales »⁶²⁸. Le législateur koweïtien quant à lui poursuit l’objectif de maximiser la protection des biens publics⁶²⁹.
633. Cependant, la valeur protégée et le but de l’incrimination ne sont pas suffisants pour déterminer la nécessité des incriminations. Il faut surtout que l’atteinte à cette valeur soit particulièrement grave ou, comme l’exprime l’article 5 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, qu’elle soit

⁶²⁶ Cette infraction a été introduite dans le Code pénal koweïtien par la loi 30/1971 portant modification du Code pénal. Puis, le législateur koweïtien a aggravé ses peines par la loi 1/1993 relative à la protection des fonds publics. Par ailleurs, Il convient de noter que le législateur koweïtien incrimine distinctement le fait de détourner un bien public et le fait de soustraire un bien public. La distinction entre ces deux infractions réside dans la modalité de l’attachement du fonctionnaire aux biens publics. Ainsi, dans l’infraction de détournement, le bien public lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission. Alors que dans l’infraction de soustraction, la soustraction de biens publics est commise par le fonctionnaire à l’occasion des fonctions sans que le bien public lui ait été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission. V. Fayez Alzafiri, *{La protection pénale des biens publics par la loi n° 1/1993}*, Université de Koweït, 2006, p. 110 et suiv.

⁶²⁷ Le texte qui nous intéresse pour notre sujet est souligné.

⁶²⁸ V. Exposé des motifs de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, disponible sur le site : https://www.senat.fr/leg/1990-1991/i1990_1991_0388.pdf

⁶²⁹ V. Exposé des motifs de la loi n° 1/1993 relative à la protection des biens publics, *JOK*, n° 90, p. 6.

nuisible à la société. Cette condition nous paraît négligée en ce qui concerne l'infraction française de l'octroi d'avantages injustifiés et celle koweïtienne de la facilitation d'obtention illégale d'un bien public.

- 634.** Les deux incriminations ne sont pas directement attentatoires à la valeur protégée parce qu'elles punissent trop largement au regard de l'objectif recherché. En effet, les législateurs français et koweïtien incriminent des comportements qui ne sont pas toujours en rapport avec l'atteinte à la probité.
- 635.** Concernant l'octroi d'avantages injustifiés, la dérive du principe de nécessité trouve son origine dans le fait que « l'intention du législateur avait été de créer un délit aux vastes contours »⁶³⁰. Ainsi, le libellé du texte « ne suit pas l'ordre rationnel de présentation des composantes de l'infraction »⁶³¹. Le texte commence par énoncer le résultat, à savoir « procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié », et termine par le moyen, à savoir « un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ». Cette interversion incite une partie de la doctrine à conclure que l'intention de ce délit est un dol spécial⁶³². En effet, nous pensons que cette partie interprète le texte d'incrimination de telle sorte qu'il aurait fallu que le législateur réprime ce comportement. Néanmoins, les termes du texte n'exigent pas ce dol particulier⁶³³. La jurisprudence est ainsi plus fidèle au texte car elle a tendance à écarter le dol spécial et à n'exiger que le dol général. Elle juge ainsi que l'élément intentionnel de ce délit est « caractérisé par l'accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics »⁶³⁴.
- 636.** Cet acte d'incrimination est entaché d'une disproportion si manifeste qu'il est possible que cette incrimination puisse être étendue au cas où un agent viole la réglementation sans souhaiter privilégier l'un des candidats par le fait de procurer ou de tenter de procurer un avantage injustifié. Autrement dit, il n'y a pas de lien direct de causalité entre le comportement de l'agent et la valeur protégée par cette

⁶³⁰ Lydie Lallemand-Bif, « Réflexion sur le délit de favoritisme dans les marchés publics : dépénalisation ou contraventionnalisation ? », *Gaz. pal.*, 2000, n° 323, p. 3.

⁶³¹ Philippe Conte, « Le délit dit de favoritisme : la dialectique de l'utile et de l'efficace », *RJOI*, 2005-2006, p. 93 ; V. également, José Savoye, « De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics », *D.*, 1999, p. 169.

⁶³² L'article 432-14 du Code pénal réprime « la conscience de violer les dispositions relatives aux marchés publics (dol général) en vue d'octroyer à autrui un avantage injustifié (dol spécial) ». Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 7e édition, CUJAS, 2017, p. 746 ; Philippe Bonfils, *Droit pénal des affaires*, Montchrestien, 2009, p. 154 ; Frédéric Stasiak, *Droit pénal des affaires*, 2e édition, L.G.D.J., 2009, p. 103.

⁶³³ Un auteur va jusqu'à écrire que, selon le texte de l'article 432-14, « le délit peut exister sans intention ». Alain Serge Mescheriakoff, « Le délit dit de favoritisme », *Petites Affiches*, 15 février 1995, n° 20, p. 6 et suiv.

⁶³⁴ Cass. crim., 14 janvier 2004, Bull. n° 11 ; Cass. crim., 14 décembre 2011, note Michel Véron, *Dr. pénal*, 2012, comm. 29 ; Cass. crim., 8 décembre 2012, *RPDP*, 2013, obs. Marc Segonds, p. 385.

incrimination. Comme le soulignait Gérard Pancrazi, alors chef de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public (MIEM), parmi les difficultés qui apparaissent dans la répression du délit d'octroi d'avantages injustifiés, « le juge pénal va devoir se rendre sur un terrain qui n'exige pas, pour être sanctionné, une atteinte à la morale ou aux droits imposés par l'honnêteté »⁶³⁵.

637. Il en va de même avec le crime de facilitation d'obtention illégale d'un bien public incriminée en droit koweïtien. En effet, la doctrine⁶³⁶ et la jurisprudence⁶³⁷ koweïtiennes sont d'accord sur la constitution de l'infraction par le seul dol général. Ainsi, l'infraction est constituée lorsque l'agent public fait un acte, contraire aux dispositions législatives ou réglementaires, aboutissant à l'obtention d'un bien public par autrui⁶³⁸. En d'autres termes, l'infraction peut être caractérisée par un fait contraire aux législations ou réglementations sans la causalité directe liant l'acte de l'agent public à l'atteinte à la probité. Il en est ainsi de ce cas où il a été jugé que le fait que deux agents publics qui donnent des coups à un troisième agent public chargé de garder un bien public est considéré comme un acte de l'infraction de facilitation d'obtention illégale d'un bien public⁶³⁹.

638. D'ailleurs, les législateurs français et koweïtien portent, par les deux incriminations précitées, atteinte au principe de nécessité des incriminations au motif qu'ils n'ont exigé qu'un dol général⁶⁴⁰. Dans la

⁶³⁵ Gérard Pancrazi, « Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public : l'article 432-14 du Code pénal », *Gaz. pal.*, 1995, I, doctr., p. 279 ; V. aussi, Thierry Dal Farra, « Un aspect du risque pénal dans la passation de la commande publique: le délit de favoritisme », *Gaz. pal.*, 10 février 2000, n° 41, p. 2 : « En créant le délit d'avantage injustifié ou de favoritisme dans les marchés publics et délégations de service public, le législateur a conféré un caractère pénal à des irrégularités qui ne révèlent pas nécessairement la malhonnêteté de leur auteur - le manquement, même intentionnel, aux règles d'égalité ou de liberté d'accès à la commande publique ne signifiant pas forcément qu'il y a corruption ou trafic d'influence - et résultent bien davantage, en pratique, de l'extraordinaire complexité des dispositions applicables à la passation de la commande publique ».

⁶³⁶ Fayez Alzafiri, *{La protection pénale des biens publics par la loi n° 1/1993}*, presse d'université de Koweït, 2006, p. 143 ; Faisal Alkandary, « {Les aspects de protection pénale des biens publics : étude analytique et critique sur la loi 1993 relative à la protection des biens publics} », *Revue de droit*, Université de Koweït, Volume 18, n° 2, 1994, p. 271.

⁶³⁷ Koweït, Cass. crim., 1 septembre 2009, n° 15/2009 ; Cass. crim., 21 octobre 2008, n° 190/2008 ; Cass. crim., 1 février 2005, n° 183/2004.

⁶³⁸ *Ibid.* De notre part, nous pensons que le texte d'incrimination peut être applicable même si l'obtention de bien public n'est pas achevée par le tiers dès lors que cette infraction ne nécessite pas la survenance d'un résultat. Cependant, dans toutes les décisions de la Cour de cassation koweïtienne que nous avons pu lire, la jurisprudence a abordé des circonstances où l'obtention illégale de bien public est achevée par une tierce personne. Cette dernière est toujours présente dans les décisions comme complice, soit connue, soit inconnue.

⁶³⁹ Koweït, Cass. crim., 5 mars 2012, n° 308/2011.

⁶⁴⁰ Selon l'article 121-3 du Code pénal français et l'article 40 du Code pénal koweïtien, « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ».

pratique, cela aboutit à présumer toujours l'élément moral, difficile à réfuter par les prévenus⁶⁴¹. Ainsi, les cours de cassation française et koweïtienne ont jugé 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 coupable⁶⁴².

639. Au contraire, si le dol spécial était nécessaire pour caractériser ces deux incriminations, il n'y aurait pas d'atteinte à ce principe. En effet, ce dol lie directement l'acte incriminé (acte contraire aux législations et réglementations) à la valeur protégée, à savoir la valeur de la probité. Ainsi, nous pourrions envisager ce dol spécial comme suit : pour le délit des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession (favoritisme ou octroi d'avantage injustifié) prévu à l'article 432-14 du Code pénal français, le délit est constitué lorsque la violation des législations ou des réglementations ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession est effectuée en vue de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié⁶⁴³. Pour le crime de la facilitation à autrui de l'obtention illégale d'un bien public prévu à l'article 10 de la loi koweïtienne relative à la protection des biens publics, le crime est constitué lorsque l'agent public fait un acte contraire aux législations et réglementations en vue de permettre à quelqu'un de soustraire un bien public⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ V. Jean-Marie Brignant, *Contribution à l'étude de la probité*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2012, p. 288 et suiv.

⁶⁴² Cass. crim. 25 mai 1994, Bull. n° 203 ; Cass. crim. 12 juillet 1994, Bull. n° 280 ; Koweït, Cass. crim. 14 février 2006, n° 270/2005.

⁶⁴³ V. Sénat, la proposition de loi n° 449 « visant à renforcer l'attractivité et à faciliter l'exercice du mandat local », Présentée par Bernard Saugey et Marie-Hélène des Esgaulx, enregistrée à la Présidence du Sénat le 20 avril 2011 ; Yves Mayaud, « La responsabilité pénale des élus locaux à l'heure des remises en cause », *RLCT*, 1 janvier 2012, p. 28.

⁶⁴⁴ Dès lors que le dol spécial limite le champ d'application de l'infraction de favoritisme, dans ce contexte, on peut, par exemple, citer le considérant par lequel le Conseil constitutionnel français édicte une réserve d'interprétation sur l'incrimination d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore prévue à l'article 433-5-1 du code pénal. En limitant le champ d'application de cette nouvelle incrimination, le conseil considère que « l'expression "manifestations réglementées par les autorités publiques", éclairée par les travaux parlementaires, doit s'entendre des manifestations publiques à caractère sportif, récréatif ou culturel se déroulant dans des enceintes soumises par les lois et règlements à des règles d'hygiène et de sécurité en raison du nombre de personnes qu'elles accueillent ». Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC.

Quant à elle, la Cour constitutionnelle koweïtienne limite l'interprétation jurisprudentielle de l'article 4 de la loi n° 31/1970 modifiant le Code pénal qui incrimine les actes d'hostilité contre un Etat étranger. La Cour constitutionnelle considère que « l'expression "actes d'hostilité quelconques" est limitée aux actes matériels à l'instar de l'acte de "recueillir des soldats" qui est figuré dans le même article. Dès lors, cette incrimination ne porte pas atteinte à la liberté d'expression ». Koweït, Cour const., 11 mai 2016, n° 3/2016.

Conclusion du chapitre I

- 640.** La sous-estimation du contrôle constitutionnel du principe de la nécessité des incriminations, malgré son fondement constitutionnel au Koweït et en France, conduit à ce que le législateur incrimine des faits qui ne portent pas nécessairement atteinte à la valeur juridique concernée. Les infractions portant sur un contournement de l'incrimination de corruption peuvent constituer un exemple de cette sous-estimation.
- 641.** Les incriminations supposant la corruption contiennent une atteinte de nature très large à l'égard du bien juridique concerné. Une atteinte va au-delà de la valeur de probité, ce qui rend ces incriminations critiquables au regard du principe de nécessité, notamment, parce que la culpabilité de ces incriminations est quasiment irréfragable.
- 642.** Les législateurs français et koweïtien contournent également l'incrimination de corruption, toujours pour surmonter les difficultés probatoires, mais en ayant tendance à élaborer une politique d'incrimination affectant les règles de la charge de la preuve. Ainsi, l'avantage est présumé corruptif à moins que la mise en cause ne prouve l'origine licite de cet avantage. Ce qui néglige le principe de présomption d'innocence.

CHAPITRE II.

LE NON-RESPECT DU PRINCIPE DE PRESOMPTION D'INNOCENCE

643. Comme toute personne accusée est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été légalement prouvée, le contournement de l'incrimination de corruption met à mal le principe de présomption d'innocence lorsque le législateur incrimine des faits qui comportent une présomption de culpabilité. C'est le cas lorsque la personne est soupçonnée de s'être enrichie illicitement grâce à ses fonctions : il lui appartient alors d'apporter la preuve de son innocence.
644. En raison de son obligation d'établir le lien entre l'avantage indu et l'acte de la fonction pour prouver le pacte de corruption, la répression de la corruption se heurte à une *diabolica probatio*. La mise en œuvre de la présomption de culpabilité facilite ainsi la tâche de la répression. Dans ce cas, les autorités de poursuite et de jugement n'ont pas à prouver le lien unissant l'acte de la fonction et l'avantage. Mais, lorsque l'avantage injustifié est constaté, le juge pénal doit en déduire sa provenance corruptive tant que la partie poursuivie ne justifie pas sa provenance légitime.
645. Le recours à la présomption de culpabilité dans la lutte contre la corruption est utilisé depuis plusieurs années. En 1964, le législateur argentin l'incorpore dans l'infraction d'enrichissement illicite dans le Code pénal⁶⁴⁵. Des dispositions similaires ont été mises en œuvre à Brunei, en Colombie, en Équateur, en Égypte, en République Dominicaine, au Pakistan et au Sénégal. En 2010, plus de quarante pays incriminent l'enrichissement illicite⁶⁴⁶.
646. Le recours à la présomption de culpabilité apparaît également dans certaines conventions internationales de lutte contre la corruption. Il en est ainsi de la Convention interaméricaine contre la corruption de 1996 et la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption de 2003⁶⁴⁷. La

⁶⁴⁵ L'article 268 (2) : « celui qui dûment requis ne justifie pas l'origine d'un enrichissement patrimonial considérable, propre ou d'une personne interposée pour le dissimuler, postérieur à l'accession à une fonction publique sera puni de deux à six ans d'emprisonnement et de l'interdiction d'exercer dans la fonction publique pendant trois à dix ans ». Cité par Alejandro E. Alvarez, « L'incrimination de la corruption en Argentine », in Mireille Delmas-Marty (dir.), *Criminalité économique et atteinte à la dignité de la personne*, VII, Editions de Maison des Sciences de l'Homme, 2001, p. 28.

⁶⁴⁶ Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias et Tammar Berger, *Les profiteurs : incriminer l'enrichissement illicite pour combattre la corruption*, STAR et UNODC, 2014, p. 11.

⁶⁴⁷ L'article IX de la Convention interaméricaine contre la corruption prévoit que « sous réserve de leur Constitution et des principes fondamentaux qui régissent leur système juridique, les Parties qui ne l'ont pas encore fait adopteront les mesures nécessaires pour conférer dans leur législation le caractère d'infraction à l'augmentation significative du patrimoine d'un fonctionnaire qu'il ne peut raisonnablement justifier par rapport aux revenus perçus légitimement dans l'exercice de ses fonctions ».

Convention des Nations unies contre la corruption, adoptée par la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies du 31 octobre 2003, a adopté la présomption de culpabilité pour la prévention de la corruption. Son article 20 prévoit que « sous réserve de sa Constitution et des principes fondamentaux de son système juridique, chaque État partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, à l'enrichissement illicite, c'est-à-dire une augmentation substantielle du patrimoine d'un agent public que celui-ci ne peut raisonnablement justifier par rapport à ses revenus légitimes ».

647. Ce procédé, qui contourne l'incrimination de corruption, va à l'encontre du principe de présomption d'innocence. Pourtant, il trouve un écho dans le droit koweïtien comme dans le droit français.
648. En droit koweïtien, le premier article de la loi n° 2/2016 relative à la lutte contre la corruption définit l'enrichissement illicite comme « l'augmentation du patrimoine ou l'abaissement des obligations qui sont survenus - après la prise de fonction - dans la situation patrimoniale de l'assujéti à cette loi, dans la situation patrimoniale de ses enfants mineurs ou dans la situation patrimoniale des personnes dont il est le tuteur ou le curateur lorsque ces changements ne sont pas justifiés par rapport à leurs revenus légitimes ».
649. En droit français, même si l'enrichissement illicite n'est pas incriminé de manière directe et explicite, sa répression est possible par le biais de l'infraction de blanchiment d'argent.
650. Ainsi, les droits français et koweïtien affichent une similitude sur le dangereux franchissement entre la répression d'enrichissement illicite et la preuve (Section II). Cependant, il faut dire que le droit français fait preuve d'une spécificité relative à la répression de l'enrichissement illicite (Section I).

L'article 1 de la Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption définit l'enrichissement illicite comme « l'augmentation substantielle des biens d'un agent public ou de toute autre personne que celui-ci ne peut justifier au regard de ses revenus ».

SECTION I.

LA SPECIFICITE FRANÇAISE RELATIVE A LA REPRESSION DE L'ENRICHISSEMENT ILLICITE

- 651.** En droit français, plusieurs propositions ont eu pour but d'incriminer l'enrichissement illicite. Elles ont été déposées, par voie d'amendement, au cours de la discussion de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et de la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière⁶⁴⁸. Toutes ces propositions visent à réprimer 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 ne pouvoir justifier d'une augmentation de son patrimoine, excessive au regard de ses revenus.
- 652.** Aucune proposition n'a vu le jour en raison de l'opposition tant du gouvernement que de certains parlementaires. Ces derniers ont fondé leur contestation sur le fait que l'enrichissement illicite porte atteinte à la présomption d'innocence. Le gouvernement a fondé son objection sur l'existence d'un arsenal répressif satisfaisant au sein du droit pénal français, notamment en matière de blanchiment⁶⁴⁹.
- 653.** En effet, l'argument du recours à l'incrimination de blanchiment à la place de la création d'enrichissement illicite semble très convaincant pour deux raisons. D'une part, la souplesse du régime juridique du blanchiment d'argent permet d'enclorre la répression d'enrichissement illicite. D'autre part, la souplesse des éléments constitutifs du blanchiment d'argent permet de concevoir que la répression d'enrichissement illicite puisse entrer dans sous le coup du deuxième alinéa de l'article 324-1 du Code pénal qui prévoit que « 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 ».
- 654.** Ainsi, la répression de l'enrichissement illicite par un agent corrompu est susceptible d'être fondée sur la souplesse du régime juridique du blanchiment d'argent (§ 1) et sur la souplesse de ses éléments constitutifs (§ 2).

⁶⁴⁸ V. par exemple, Assemblée nationale, Amendement n° CL192, projet de loi relatif à la transparence de la vie publique, 31 mai 2013 ; Assemblée nationale, Amendement n° 17, projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, 14 juin 2013.

⁶⁴⁹ Assemblée nationale, compte rendu de réunion n° 71, Commission des lois, 5 juin 2013, p. 4.

§ 1. REPRESSION FONDEE SUR LA SOUPLESSE DU REGIME JURIDIQUE DU BLANCHIMENT D'ARGENT

655. L'infraction de blanchiment d'argent est née comme une infraction limitée à blanchir les produits de l'activité illicite du trafic de stupéfiants. Aujourd'hui elle est également une infraction générale portant sur les produits de toute activité criminelle. Selon l'article 324-1 du Code pénal, « 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. ». Le blanchiment d'argent est ainsi une « infraction métamorphosée »⁶⁵⁰. De plus, elle est métamorphosée car la jurisprudence admet, par contraste avec la clarté du texte, la répression de l'auto-blanchiment⁶⁵¹. C'est-à-dire que l'auteur de l'infraction préalable peut être l'auteur du blanchiment du produit de cette infraction qu'il a lui-même commise. De ce fait, l'enrichissement illicite peut trouver une place au sein de l'incrimination de blanchiment d'argent (B). Mais, il convient d'abord de rapprocher l'incrimination d'enrichissement illicite, en tant qu'une atteinte au devoir de probité, de l'incrimination de blanchiment d'argent (A).

A. Rapprochement de l'enrichissement illicite avec le blanchiment d'argent

656. En vertu du caractère de métamorphose, l'incrimination de blanchiment d'argent a la capacité d'intégrer la répression d'enrichissement illicite. C'est parce que l'enrichissement illicite et le blanchiment d'argent peuvent appartenir à la même catégorie en général (1) et que l'exigence d'une infraction principale a été atténuée pour le blanchiment en particulier (2).

1. Unité de catégorie

657. Au niveau du bien juridique protégé, l'enrichissement illicite est une incrimination qui a pour objet de protéger le devoir de probité. Toutes les propositions relatives à la création de cette incrimination ont voulu insérer l'enrichissement illicite, par le nouvel article 432-16-1, dans la section consacrée à « Des manquements au devoir de probité » du Code pénal. Dans la même logique, si l'incrimination du blanchiment d'argent est insérée dans le livre III intitulé « Des crimes et délits contre les biens », il faut admettre que le bien juridique protégé par l'incrimination du blanchiment entre dans la catégorie de la protection des biens. Cependant ce n'est pas le cas. Certains auteurs considèrent que le blanchiment

⁶⁵⁰ Marc Segonds, « Les métamorphoses de l'infraction de blanchiment... ou les enjeux probatoires de la lutte contre le blanchiment », *AJ pénal*, 2016, p. 168.

⁶⁵¹ *Ibid.*

d'argent peut porter atteinte aux intérêts généraux et à l'ordre économique⁶⁵², alors que Raphaële Parizot considère que le bien juridique protégé par le blanchiment d'argent est indéterminé⁶⁵³.

- 658.** En effet, le blanchiment protège le même bien juridique que l'infraction préalable. Le bien juridique est ainsi métamorphosé. Nous ne pouvons pas admettre que le blanchiment est une atteinte contre les biens si l'infraction préalable est une atteinte à la probité comme la corruption passive. Par conséquent, le blanchiment d'argent peut protéger le même bien juridique que celui protégé par l'incrimination d'enrichissement illicite.
- 659.** Au niveau criminologique, à travers le blanchiment d'argent, « le législateur n'entend pas seulement prévenir et sanctionner le lavage et le recyclage de l'argent sale, mais il tend, en outre, à prévenir et sanctionner les infractions qui sont à la base du délit de blanchiment »⁶⁵⁴. Cette utilité qui considère l'incrimination de blanchiment comme une infraction-obstacle existe quasiment de manière identique dans l'incrimination d'enrichissement illicite. De cette manière, nous pouvons facilement dire que le législateur n'entend pas seulement prévenir et sanctionner l'enrichissement illicite d'un agent public, mais il tend, en outre, à prévenir et à sanctionner les infractions qui sont à la base du délit d'enrichissement illicite comme la corruption passive ou la prise illégale d'intérêts.
- 660.** D'un point de vue juridique, le blanchiment d'argent et l'enrichissement illicite entrent dans la catégorie des infractions de conséquence, c'est-à-dire des « infractions conditionnées par une autre infraction »⁶⁵⁵. Les deux infractions exigent ainsi l'existence d'une infraction d'origine même si elles sont différentes dans le degré de cette exigence. Dans le blanchiment d'argent, l'existence de l'infraction d'origine est stricte et nécessaire pour constituer le blanchiment⁶⁵⁶ alors que, dans l'enrichissement illicite, l'existence de l'infraction d'origine est seulement présumée.

⁶⁵² V. Pierre Lascoumes et Pierrette Poncela, *Réformer le Code pénal: où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998, p. 89 ; Bernard Bouloc, « De quelques aspects du délit de blanchiment », *RDBF*, 2002, p. 152 ; Haritini Matsopoulou, « La répression du blanchiment d'argent », *RDBF*, 2002, p. 362.

⁶⁵³ Raphaële 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*, L.G.D.J, 2010, p. 211.

⁶⁵⁴ Mireille Delmas-Marty, « Introduction de la première partie », in Mireille Delmas-Marty (dir.), *Criminalité économique et atteinte à la dignité de la personne*, I, Editions de Maison des Sciences de l'Homme, 2001, p. 50.

⁶⁵⁵ Paul Cazalbou, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence: contribution à une théorie des infractions conditionnées*, L.G.D.J, 2016, p. 10.

⁶⁵⁶ V. Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 7e édition, CUJAS, 2017, p. 609 : « le juge de blanchiment devra évidemment caractériser le délit d'origine » ; Cass. crim., 25 juin 2003, *Dr. pénal*, 2003, obs. Michel Véron, comm. 142 ; GAFI, Rapport d'évaluation mutuelle de la France, 2011, p. 94 : « les autorités de poursuite se rapportent à une exigence de “ double caractérisation ” : l'infraction principale et l'infraction de blanchiment ».

661. Cette rigueur du degré de l'exigence d'une infraction d'origine pourrait constituer une divergence entre l'infraction de blanchiment d'argent et celle d'enrichissement illicite. Mais, l'évolution faite sur l'incrimination de blanchiment d'argent rapproche celle-ci de l'incrimination d'enrichissement illicite. Cette évolution met l'accent sur les atténuations de l'exigence d'une infraction principale.

2. Atténuation de l'exigence d'une infraction principale

662. Le rapprochement de l'enrichissement illicite du blanchiment d'argent peut apparaître à l'atténuation de l'exigence de l'infraction principale pour l'incrimination de blanchiment d'argent à travers deux éléments.

663. D'une part, l'atténuation tourne autour des questions de procédure. L'article 324-1, alinéa 2, du Code pénal « institue une infraction générale et autonome de blanchiment, distincte, dans ses éléments matériel et intentionnel, du crime ou du délit ayant généré un produit, réprime, quel qu'en soit leur auteur, des agissements spécifiques de placement, dissimulation ou conversion de ce produit »⁶⁵⁷. Ainsi, la prescription de blanchiment d'argent est distincte de la prescription de l'action publique relative à l'infraction d'origine⁶⁵⁸. L'article L228 du Livre des procédures fiscales, qui exige une saisine préalable de l'administration fiscale pour les infractions fiscales, ne fait pas obstacle à la poursuite du délit de blanchiment de fraude fiscale⁶⁵⁹. L'incompétence de la juridiction française à l'égard de l'infraction principale ne fait pas obstacle à la répression du blanchiment d'argent⁶⁶⁰. En effet, toutes ces solutions procédurales pour tempérer l'exigence d'une infraction principale pour le blanchiment sont considérées comme applicables à l'enrichissement illicite.

664. D'autre part, l'atténuation de l'exigence d'une infraction principale apparaît également dans la question probatoire. La jurisprudence amorce cette atténuation par le fait de considérer une « situation infractionnelle »⁶⁶¹ comme étant une présomption des éléments constitutifs de l'infraction principale. « La démonstration de l'infraction principale est donc le résultat d'une démarche de proche en proche permettant de passer de la réunion de circonstances purement factuelles à la démonstration de l'élément matériel puis à la déduction de l'élément intellectuel »⁶⁶². Ainsi, des individus qui ne peuvent pas justifier l'existence de traces de cocaïne sur des billets et sur un véhicule en leur possession sont condamnés pour

⁶⁵⁷ Cass. crim., 9 décembre 2015, Bull. n° 282.

⁶⁵⁸ Cass. crim., 31 mai 2012, *D.*, 2012, obs. Sabrina Lavric, p. 1678.

⁶⁵⁹ Cass. crim. 20 février 2008, *D.*, 2008, obs. Chantal Cutajar, p. 1585.

⁶⁶⁰ Cass. crim., 24 février 2010, Bull. n° 37.

⁶⁶¹ Paul Cazalbou, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence: contribution à une théorie des infractions conditionnées*, L.G.D.J, 2016, pp. 273 et 275.

⁶⁶² *Ibid.*

blanchiment d'argent⁶⁶³. Cette technique de tempérament facilite la tâche de la partie poursuivante par le renversement partiel de la charge de la preuve. Dans ces cas, il appartient au ministère public de démontrer seulement une situation infractionnelle qui peut être l'origine illicite mais blanchie alors qu'il appartient au prévenu de s'expliquer sur la provenance légitime des biens.

665. Le législateur traduit dans le texte cette atténuation. La loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière⁶⁶⁴ introduit une présomption touchant à l'origine illicite des biens ou revenus. Désormais, l'article 324-1-1 du Code pénal prévoit que « 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 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 »⁶⁶⁵. En effet, la traduction de la présomption judiciaire de l'origine illicite des biens et revenus en présomption juridique rend le blanchiment d'argent infraction « parfaitement autonome »⁶⁶⁶. C'est-à-dire sans exigence de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction principale, voire sans référence à une quelconque infraction sous-jacente, « mais en tant que blanchiment du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit »⁶⁶⁷. L'article 324-1-1 n'est ainsi pas exclusivement une règle de preuve. La présomption instituée dans cet article peut changer le fond de sorte qu'il présume l'existence du crime et du délit précédé le blanchiment⁶⁶⁸. Autrement dit, ce nouvel article 324-1-1 ne facilite pas seulement le régime probatoire du blanchiment d'argent par la présomption de culpabilité, mais il change aussi la méthode de répression. Le caractère anormal d'opérations financières constitue ainsi une présomption permettant aisément aux tribunaux de conclure à un blanchiment du produit d'un crime ou d'un délit⁶⁶⁹ lorsque le prévenu ne justifie pas l'origine licite de ce produit.

⁶⁶³ Cass. crim., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-82409, inédit : le juge du fond statue que « les importantes sommes d'argent liquide découvertes en possession des prévenus sont nécessairement liées à des infractions à la législation sur les stupéfiants ».

⁶⁶⁴ La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF*, n° 0284, 7 décembre 2013, p. 19941.

⁶⁶⁵ Il faut noter que cet article ne peut intéresser que l'alinéa 2 de l'article 324-1 et en aucune façon le premier alinéa de l'article 324-1. V. Marc Segonds, « Commentaire 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 », *Dr. pénal*, n° 2, 2014, étude 3.

⁶⁶⁶ Aurélien Létocart, « La revitalisation du traitement judiciaire du blanchiment : À propos de l'article 324-1-1 du Code pénal », *JCP*, 2015, p. 899.

⁶⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁶⁸ V. Philippe Conte, « Preuve de l'origine délictueuse des biens, note sous Cass. crim., 9 décembre 2015 », *Dr. pénal*, n° 3, Mars 2016, comm. 41.

⁶⁶⁹ *Ibid.*

666. L'infraction de blanchiment d'argent devient, après le recours à la présomption de culpabilité, parfaitement accueillante pour la répression de l'enrichissement illicite. Celui-ci est constitué lorsque, d'une part, la partie poursuivante caractérise l'augmentation substantielle et anormale du patrimoine, d'autre part, lorsque le prévenu n'arrive pas à justifier l'origine légitime de ses revenus. Étant donné que l'enrichissement illicite attache son importance à la facilité probatoire par la présomption de culpabilité, son incrimination devient inconséquente.
667. En outre, le caractère « métamorphosé » du blanchiment d'argent admet la réception de l'incrimination d'enrichissement illicite au sein de l'incrimination de blanchiment.

B. Admission de la répression de l'auto-blanchiment

668. Dans l'enrichissement illicite, son éventuel auteur est celui qui obtient une augmentation injustifiée de sa situation patrimoniale, qu'il ait lui-même commis ou non l'infraction générant le profit.
669. Dans le blanchiment d'argent, la situation est censée être différente. D'une part, l'individu qui cherche à profiter de son infraction doit blanchir l'origine illicite des biens et des produits provenant de l'infraction. Le blanchiment apparaît donc comme « le prolongement naturel de l'infraction primaire »⁶⁷⁰. Une incompatibilité entre la qualité de l'auteur de l'infraction préalable et celle de blanchisseur devrait exister⁶⁷¹. D'autre part, l'incrimination de blanchiment emprunte son régime à l'incrimination de recel. Celle-ci inspire son régime de la forme de complicité⁶⁷². Selon le régime de la responsabilité pénale, l'individu ne peut pas être poursuivi à la fois comme auteur et complice pour la même incrimination. La cause de l'incompatibilité entre la qualité de l'auteur de l'infraction préalable et celle de blanchisseur (complice indirect) devrait donc exister.
670. Le mouvement évolutif de la répression du blanchiment d'argent ne rend pas seulement le blanchiment autonome à l'égard de l'infraction préalable : il la rend également autonome à l'égard de son inspiration. De ce point de vue, l'auteur de l'infraction préalable peut être l'auteur du blanchiment du produit de cette infraction qu'il a lui-même commise. C'est l'orientation qui a été choisie par la chambre criminelle de la

⁶⁷⁰ Emmanuel Dreyer, *Droit pénal spécial*, 3e édition, ellipses, 2016, p. 581 ; Mireille Delmas-Marty et Geneviève Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, 4e édition, PUF, 2000, p. 302.

⁶⁷¹ C'est une solution établie dans l'infraction de recel. L'individu qui a commis l'infraction d'origine ne peut être reproché de recel subséquent. Cass. crim., 15 décembre 1949, Bull. n° 350 ; Cass. crim., 6 juin 1979, Bull. n° 193 ; Cass. crim., 12 novembre 2015, Bull. n° 253.

⁶⁷² Dans le Code pénal de 1810, le recel était un cas de complicité. V. Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 7e édition, CUJAS, 2017, p. 595 ; pour le blanchiment, V. Raphaële 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*, L.G.D.J., 2010, pp. 70 et 129.

Cour de cassation. Elle a estimé que « vu l'article 324-1, alinéa 2, du Code pénal ; [...] ce texte est applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise »⁶⁷³.

671. Cette admission de la répression de l'auto-blanchiment par la jurisprudence a essuyé le feu des critiques.
672. D'une part, cette solution porte atteinte au principe de la légalité criminelle. En effet, l'article 324-1 ne prévoit pas la responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction d'origine. Il incrimine les actes de « faciliter » et d'« apporter son concours ». Ces actes supposent une aide à un tiers et non à soi-même⁶⁷⁴. C'est une critique rejetée par la chambre criminelle de la Cour de Cassation qui considère qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel. Elle estime que l'interprétation de l'article 324-1 qui admet la répression de l'auto-blanchiment ne constitue pas une atteinte au principe de la légalité criminelle⁶⁷⁵.
673. D'autre part, si un individu est condamné à la fois pour l'infraction préalable et pour l'infraction successive, cette répression porte ainsi atteinte au principe *non bis in idem*⁶⁷⁶. C'est l'un des arguments utilisés par la Cour de cassation pour refuser la répression de l'auto-recel⁶⁷⁷. En effet, le recours au principe *non bis in idem* pour refuser la répression de l'auto-blanchiment ou même l'auto-recel est « maladroit, et en vérité inexact »⁶⁷⁸ car la dissimulation ou la détention n'est pas identique à la soustraction. Cependant, il est de jurisprudence constante que l'auteur d'une infraction ne peut être le receleur de son produit⁶⁷⁹. Ainsi, la Haute Juridiction apparaît contradictoire en différenciant le traitement des infractions voisines de recel et de blanchiment. Pour rejeter cette critique, une partie de la doctrine justifie de manière peu convaincante cette différenciation : elle affirme que l'acte de blanchiment est

⁶⁷³ Cass. crim., 25 juin 2003, Dr. pénal, 2003, obs. Michel Véron, comm. n° 142 ; Cass. crim., 14 janvier 2004, Bull. n° 12.

⁶⁷⁴ Pour cette critique, V. Philippe Conte, *Droit pénal spécial*, 5e édition, LexisNexis, 2016, p. 470 ; Emmanuel Dreyer, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 581 qui appelle cette infraction « l'aide au blanchiment » ; par contre, V. Chantal Cutajar, « note sous Cass. crim. 14 janvier 2004 », *Gaz. pal.*, p. 1378 ; Bernard Bouloc, « De quelques aspects du délit de blanchiment », *RDBF*, 2002, p. 152 ; David Chilstein, « Retour sur la question de l'auto-blanchiment », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 93.

⁶⁷⁵ Cass. crim., 27 mars 2013, *D.*, 2013, obs. Corinne Mascala, p. 1647 ; V. également, Cass. crim., 30 octobre 2013, *RPDP*, 2013, note Marc Segonds, p. 927.

⁶⁷⁶ Pour cette critique, V. Reynald Ottenhof, « note sous Cass. crim., 25 juin 2003 », *RSC*, 2004, p. 350 ; par contre, V. Jérôme Lasserre Capdeville, « Précisions utiles sur l'autonomie du délit de blanchiment », *AJ pénal*, 2010, p. 441 ; Rodolphe Mésa, « Concours et cumul de qualifications contre règle *non bis in idem* », *Gaz. pal.*, 2016, n° 7, p. 18.

⁶⁷⁷ Cass. crim. 6 juin 1979, Bull. n° 193 : « attendu qu'un même fait ne peut donner lieu à une double déclaration de culpabilité ».

⁶⁷⁸ David Chilstein, « Retour sur la question de l'auto-blanchiment », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert, op. cit.*

⁶⁷⁹ Cass. crim., 15 décembre 1949, Bull. n° 350 : « celui qui frauduleusement soustrait ne peut être en même temps convaincu d'être le receleur » ; Cass. crim., 12 novembre 2015, Dr. pénal, 2016, obs. Philippe Conte, comm. 4 : « le délit de recel de prise illégale d'intérêts ne peut être reproché à la personne qui aurait commis l'infraction principale ».

distinct et différent de l'acte réalisant le délit d'origine alors que, dans le cas du vol et du recel, le voleur ne fait rien d'autre que d'avoir soustrait l'objet⁶⁸⁰. Une autre partie a le plus grand mal à justifier la différence de régime entre le blanchiment et le recel⁶⁸¹. Paul Cazalbou va plus loin⁶⁸². Il n'approuve pas seulement la répression de l'auto-blanchiment mais il ne trouve également aucun fondement à l'interdiction de la répression de l'auto-recel. Ainsi, le recours à la solution qui interdit le cumul de l'infraction préalable et de son recel est en vérité un recours à un « véritable dogme du droit pénal »⁶⁸³.

674. Quoi qu'il en soit, la répression de l'auto-blanchiment devient une vérité dans la pratique de l'incrimination de blanchiment d'argent. Il en résulte, désormais, au niveau de l'auteur de l'infraction, une symétrie entre l'incrimination de blanchiment et l'incrimination d'enrichissement illicite. L'auteur peut être le même que celui de l'infraction préalable tant du blanchiment d'argent que de l'enrichissement illicite.
675. En outre, étant donné que la jurisprudence rejette la répression de l'auto-recel, la répression d'enrichissement illicite n'est admise que sous le régime du blanchiment d'argent. La question qui reste à se poser est de savoir sous quelle forme de blanchiment d'argent nous pouvons concevoir la répression d'enrichissement illicite.

§ 2. REPRESSION FONDEE SUR LA SOUPLESSE DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU BLANCHIMENT D'ARGENT

676. Nous pouvons concevoir que la répression de l'enrichissement illicite entre sous le coup du deuxième alinéa de l'article 324-1 du Code pénal qui incrimine 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. En effet, le premier alinéa de cet article exige que l'auteur de l'infraction préalable ne soit pas celui du blanchiment de sorte qu'il incrimine le fait de faciliter la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit.

⁶⁸⁰ Jean Pradel, *Droit pénal général*, 21^e édition, CUJAS, 2016, p. 292.

⁶⁸¹ V. David Chilstein, « Retour sur la question de l'auto-blanchiment », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, op. cit. ; Guillaume Beaussonie, « Quelques observations à partir de (et non sur) l'« auto-blanchiment » », *AJ pénal*, 2016, p. 192.

⁶⁸² Paul Cazalbou, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence: contribution à une théorie des infractions conditionnées*, L.G.D.J, 2016, p. 344 et suiv.

⁶⁸³ *Ibid.* En effet, l'expression (dogme) se retrouve sous la plume de Stéphane Detraz : sous Cass. crim., 20 octobre 2010, *JCP*, 2010, p. 1273. Cet auteur a considéré cet arrêt comme étant une remise en cause de l'exclusion du recel au bénéfice de l'auteur de l'infraction préalable.

677. L'élément matériel de l'incrimination d'enrichissement illicite consiste en l'incapacité d'un individu de justifier une augmentation substantielle⁶⁸⁴ de sa situation patrimoniale. Cet élément est très adapté aux éléments du blanchiment d'argent.
678. D'abord, l'augmentation de la situation patrimoniale peut être constituée en tant que « concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit » (article 324-1, alinéa 2 du Code pénal). En revanche, cette analyse peut être opposée au motif qu'on rapproche l'augmentation injustifiée du blanchiment d'argent alors qu'on peut également la rapprocher du recel. En effet, cette opposition ne concerne pas principalement l'enrichissement illicite, mais elle concerne, à l'origine, la similitude des actes de recel et de blanchiment d'argent. C'est l'utilisation de termes proches (transmission pour le recel, placement ou conversion pour le blanchiment) et de termes identiques (dissimulation) qui provoque la confusion entre le blanchiment et le recel⁶⁸⁵. Pour cela, la doctrine propose des critères selon lesquels le blanchiment est différent du recel⁶⁸⁶. Une partie de la doctrine s'appuie sur le rôle actif de l'auteur de blanchiment par rapport au rôle de l'auteur du recel. Ainsi, le receleur ne procède que dans le but de « jouir du produit délictueux ou de le détenir (connivence passive), le blanchisseur va plus loin, s'investit davantage puisque ses diligences vont permettre à l'auteur d'un crime ou d'un délit d'en tirer profit (connivence active) »⁶⁸⁷. Proche de ce critère, David Chilstein estime que le recel est une infraction immédiatement impliquée par l'infraction préalable car il s'inscrit dans la pure continuité matérielle de l'infraction préalable alors que ce n'est pas le cas du blanchiment⁶⁸⁸. Les critères proposés par cette partie de la doctrine ne sont pas assez déterminants. Ils pourraient servir à la distinction entre le recel et le blanchiment dans l'acte simple de détention du produit issu de l'infraction, tandis que la distinction est difficile dans les cas de dissimulation et transmission. C'est pourquoi Raphaële Parizot propose un double critère : « l'intérêt juridique protégé et la technicité de l'opération »⁶⁸⁹. Concernant l'intérêt juridique, le recel vise à protéger les biens alors que le blanchiment

⁶⁸⁴ C'est-à-dire l'augmentation anormale ou, comme l'exprime le droit koweïtien, l'augmentation survenue à l'égard des ressources correspondant au train de vie de l'individu ou à l'égard des conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion.

⁶⁸⁵ La loi koweïtienne n° 106/2013 sur le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme intègre le recel dans le blanchiment. Ainsi, le C de l'article 2 de cette loi considère comme un blanchiment le fait de détenir, acquérir ou utiliser un bien ou produit d'origine illicite.

⁶⁸⁶ Un auteur doute de l'utilité de l'incrimination de blanchiment. Selon lui, le blanchiment s'analyse comme une forme de complicité de recel. V. Paul Cazalbou, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence: contribution à une théorie des infractions conditionnées*, op. cit., p. 306 et suiv.

⁶⁸⁷ Mireille Delmas-Marty et Geneviève Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, 4e édition PUF, 2000, p. 310.

⁶⁸⁸ David Chilstein, « Retour sur la question de l'auto-blanchiment », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 93.

⁶⁸⁹ Raphaële 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*, L.G.D.J, 2010, p. 279.

visé à protéger un intérêt économique et/ou d'administration de la justice. Concernant la technicité de l'opération, contrairement au receleur, le blanchisseur intervient davantage par la technique d'« ingénierie financière » que le premier⁶⁹⁰. En appliquant ce double critère, l'incrimination de l'enrichissement illicite constitue une figure dans la sphère du blanchiment d'argent.

679. Sur un autre plan, l'enrichissement illicite peut, tout au moins, être incriminé en tant que tentative de blanchiment d'argent selon l'article 324-6 du Code pénal. C'est le cas par exemple d'un individu qui n'arrive pas à accomplir le placement, la dissimulation ou la conversion des biens qui entrent illicitement dans son patrimoine. L'exécution de blanchiment est interrompue par le fait que l'individu ne justifie pas l'origine licite des biens.

680. Ensuite, l'enrichissement illicite n'est pas constitué seulement par l'augmentation survenue dans la situation patrimoniale. Il faut aussi que le prévenu soit incapable de justifier la provenance licite de cette augmentation. Cette exigence qui représente en réalité une présomption de culpabilité peut être remplacée par la présomption prévue à l'article 324-1-1. Ainsi, pour l'application de la répression de blanchiment d'argent, « 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 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 ». En effet, cet article réoriente la stratégie de l'enquête sur le blanchiment. Comme le souligne un magistrat au bureau de la lutte contre la criminalité organisée, le terrorisme et le blanchiment, « l'instauration de la présomption simple édictée à l'article 324-1-1 du Code pénal implique en effet de concentrer les investigations, non plus sur l'origine illicite des fonds dont la preuve n'est plus légalement exigée, mais sur les montages juridiques et financiers répondant à ces caractéristiques »⁶⁹¹. Ainsi, l'autorité de poursuite est chargée, dans l'enrichissement illicite et dans le blanchiment d'argent, de démontrer la non-justification de l'augmentation patrimoniale ou de démontrer le caractère infondé des justifications présentées.

681. Enfin, le blanchiment d'argent peut intégrer l'enrichissement illicite au niveau de l'élément moral. L'élément moral de l'infraction de blanchiment (article 324-1, alinéa 2) consiste en la connaissance de la provenance illicite des biens et en la conscience d'apporter concours à une activité matérielle, juridique ou financière illicite⁶⁹². Néanmoins, l'article 324-1-1 précité a eu une influence sur l'établissement de cet

⁶⁹⁰ *Ibid.*

⁶⁹¹ Aurélien Létocart, « La revitalisation du traitement judiciaire du blanchiment : À propos de l'article 324-1-1 du Code pénal », *JCP*, 2015, p. 899.

⁶⁹² V. Morgane Dauray-Fauveau, « Infraction générale de blanchiment : Conditions et constitution Art. 324-1 à 324-9 », *J.-Cl. Pénal*, mis à jour 2017, n° 30 et suiv.

élément moral. Désormais, l'élément intentionnel est déduit de la présomption de l'origine illicite des biens.

682. Cette spécificité française de l'incrimination d'enrichissement illicite rapproche le droit français du droit koweïtien dans la question de l'atteinte au principe de la présomption d'innocence au sein de la lutte contre la corruption.

SECTION II.

LA SIMILITUDE ENTRE DROITS FRANÇAIS ET KOWEÏTIEN : DANGEREUX FRANCHISSEMENT ENTRE REPRESSION ET PREUVE

683. La répression de l'enrichissement illicite consiste à une présomption de culpabilité, elle est à cheval entre le droit de fond et la procédure. Ses éléments dépendent de la constatation de l'anormalité de situation financière et de la non-justification de cette anormalité. Ainsi, la justification ou la non-justification de la situation financière sont considérées comme un aspect procédural de la répression. Cette construction qui entremêle la répression et la preuve porte atteinte au principe de présomption d'innocence.
684. À ce propos, il faut rejeter l'argument selon lequel l'enrichissement illicite n'exige pas de l'individu qu'il prouve son innocence. Au contraire, c'est au procureur d'apporter les preuves de l'augmentation injustifiée de patrimoine. Cet argument a été utilisé dans certains pays pour estimer que l'enrichissement illicite ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence⁶⁹³. Dans un cas très similaire, la Cour de cassation française a aussi utilisé cet argument. Elle a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité résidant dans l'incompatibilité de la présomption de profit illicite prévue à l'article 321-6⁶⁹⁴ avec le principe de la présomption d'innocence. Elle a estimé que les articles 321-6 et 321-6-1 du Code pénal « n'édicte aucune présomption de responsabilité pénale mais créent un délit spécifique dont il appartient à l'accusation de rapporter la preuve »⁶⁹⁵. Stéphane Detraz estime que cette « affirmation relève du sophisme : certes, c'est sur le ministère public que pèse l'obligation de prouver l'intégralité des éléments constitutifs du délit ; mais, précisément, lesdits éléments, une fois réunis, entraînent au fond une présomption de culpabilité, qui seule justifie l'existence de l'incrimination, et qui éclate d'ailleurs au grand jour lorsque le défaut de justification est assimilé à l'infraction présumée »⁶⁹⁶. Il y a donc un allègement de la charge de la preuve lorsque l'accusation démontre la culpabilité par la position passive de l'accusé qui ne justifie pas l'origine illicite.

⁶⁹³ Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias et Tammar Berger, *Les profiteurs : incriminer l'enrichissement illicite pour combattre la corruption*, STAR et UNODC, 2014, p. 35.

⁶⁹⁴ « Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant 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 ».

⁶⁹⁵ Cass. crim., 13 juin 2012, pourvoi n° 12-90027, inédite.

⁶⁹⁶ Stéphane Detraz, « Le profit présumé délictueux en droit pénal de fond », *Gaz. pal.*, 2014, n° 133.

685. Ce renversement de la charge de la preuve n'est pas acceptable à l'égard du principe de présomption d'innocence en droit français et en droit koweïtien (§ 1). De plus, la méthode de la répression de l'enrichissement illicite va plus loin en constituant des cas préjudiciables à la méthode de défense (§ 2).

§ 1. DISPOSITIONS INACCEPTABLES

686. Le choix de la répression d'enrichissement illicite est basé sur le fait que tout système juridique connaît des présomptions légales qui sont une conséquence que la loi tire d'un fait connu sur un fait inconnu. Par exemple, en France comme au Koweït, le titulaire du certificat d'immatriculation d'un véhicule est en principe responsable des infractions à la réglementation en matière de stationnement ou de l'acquiescement des péages (article L121-2 du Code français de la route), ou responsable des infractions du Code de la route (article 30 du Code koweïtien de la route). Dans ces cas, la présomption d'innocence est neutralisée dès lors que la responsabilité pénale du titulaire du certificat est présumée par le renversement de la charge de la preuve. L'accusation n'est pas chargée d'apporter la preuve de culpabilité, par conséquent la présomption de culpabilité est instaurée.

687. Si cette limite à la présomption d'innocence est exceptionnellement possible d'être admise, elle a des conditions et des limites proposées par les jurisprudences française et koweïtienne.

688. En France, la jurisprudence constitutionnelle a fixé les conditions selon lesquelles le législateur peut exceptionnellement instaurer une présomption de culpabilité. Ces conditions ne sont en effet pas remplies par la répression de l'enrichissement illicite (A).

689. Au Koweït, la jurisprudence constitutionnelle ne contient aucune décision acceptant exceptionnellement la présomption de culpabilité, mais deux décisions selon lesquelles la Cour constitutionnelle refuse le renversement de la charge de la preuve. Le renversement de la charge de la preuve dans l'incrimination d'enrichissement illicite est donc inacceptable (B).

A. En France

690. Le principe de présomption d'innocence exige que la charge de la preuve pèse sur l'accusation⁶⁹⁷. C'est le procureur qui démontre, au vu des éléments présentés, que l'infraction est caractérisée. Ainsi, le fait qu'une loi énonce des présomptions renversant ou allégeant la charge de la preuve est contraire à la présomption d'innocence.

⁶⁹⁷ Stéphane Detraz, « La prétendue présomption d'innocence », *Dr. pénal*, 2004, chron. 3 ; Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome II, Procédure pénale, CUJAS, 2001, n° 143.

691. Du fait que toute règle a son exception, le Conseil constitutionnel français énonce, dans certains cas, l'exception de la présomption d'innocence. Après avoir confirmé la valeur constitutionnelle de la présomption d'innocence, il prévoit que « le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits doivent induire raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité »⁶⁹⁸.
692. La doctrine recense trois conditions permettant l'instauration de la présomption de culpabilité : celle-ci doit être simple et non irréfragable ; les droits de la défense doivent être assurés ; les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité⁶⁹⁹.
693. Néanmoins, le recours à la présomption de culpabilité doit prendre en considération la gravité de l'infraction.
694. C'est ce qu'affirme la Cour européenne des droits de l'homme : « il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense »⁷⁰⁰.
695. Quant au Conseil constitutionnel, il semble que cette condition lui soit indispensable pour pouvoir permettre la présomption de culpabilité. D'abord, le Conseil rappelle cette obligation lorsqu'il admet la présomption de culpabilité en précisant « notamment en matière contraventionnelle ». Il est vrai que le mot « notamment » ne signifie pas l'exclusivité mais donne à penser à la prise en considération de la gravité de l'enjeu. Ensuite, dans certaines décisions, le Conseil constitutionnel exclut la présomption de culpabilité de la matière délictuelle et criminelle. Ainsi, après qu'il énumère les conditions précitées au-dessus, il estime « qu'en outre, s'agissant des crimes et délits, la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés »⁷⁰¹. L'admission différenciée de la présomption de culpabilité porte ainsi sur la gravité de l'enjeu. La présomption de culpabilité est acceptable dans les

⁶⁹⁸ Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC. Cette décision est en accord avec la décision de la Cour européenne des droits de l'homme qui a jugé que les Etats doivent circonscrire dans des limites raisonnables au regard de la gravité de l'enjeu et de la préservation des droits de la défense. CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c. France*, req. n° 10519/83.

⁶⁹⁹ V. Florence Massias, « Jurisprudence 2001 relative à la présomption d'innocence », *RSC*, 2002, p. 408 ; Valentine Bück, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale : étude comparée France – Espagne*, L.G.D.J., 2002, p. 191 et suiv. ; Marine Pouit, *Les atteintes à la présomption d'innocence en droit pénal de fond*, mémoire, Université de Paris II Panthéon – Assas, 2013, p. 99 et suiv.

⁷⁰⁰ CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c. France*, *op. cit.*

⁷⁰¹ Cons. const., 16 septembre 2011, n° 2011-164 QPC.

infractions contraventionnelles parce que celles-ci « n'engagent pas à proprement parler la criminalité ou la délinquance. Elles ne sont que des atteintes à l'organisation de la vie sociale, contrairement aux crimes et aux délits, qui, par leur gravité intrinsèque, touchent aux valeurs essentielles de la société »⁷⁰². Enfin, dans deux cas très analogues, le Conseil constitutionnel a accepté la présomption de culpabilité dans le premier alors qu'il l'a rejetée dans le second en se fondant, semble-il, sur la gravité⁷⁰³. Ainsi, la présomption de responsabilité du titulaire du certificat d'immatriculation d'un véhicule ne méconnaît pas la présomption d'innocence dès lors qu'elle ne revêt pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité⁷⁰⁴. Mais la présomption de responsabilité du titulaire d'un accès à Internet méconnaît le principe de la présomption d'innocence dès lors qu'elle « institue, [...], une présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire de l'accès à Internet, pouvant conduire à prononcer contre lui des sanctions privatives ou restrictives de droit »⁷⁰⁵.

- 696.** Malheureusement, dans la répression de l'enrichissement illicite, la condition de la gravité de l'infraction pour admettre la présomption de culpabilité est méconnue par la Cour de cassation. Il en résulte qu'elle fait obstacle à la transmission au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la présomption d'illicéité, instituée à l'article 324-1-1, de l'origine des biens ou revenus. Elle s'est bornée à observer que la présomption instituée est irréfragable pour refuser le renvoi de la question au Conseil constitutionnel⁷⁰⁶.
- 697.** En opérant l'allègement de la charge de la preuve par la présomption d'illicéité de l'origine des biens ou revenus, le législateur français présume en effet la culpabilité. Par conséquent, il méconnaît la présomption d'innocence, notamment parce qu'il néglige la gravité découlant de cette présomption, c'est-à-dire la gravité des peines liées au blanchiment d'argent.
- 698.** Si l'enrichissement illicite méconnaît, en France, la présomption d'innocence parce qu'il ne remplit pas les conditions posées par le Conseil constitutionnel, cette conclusion est plus sûre au Koweït parce que, pour la Cour constitutionnelle koweïtienne, il n'existe que le refus de la présomption de culpabilité.

⁷⁰² Yves Mayaud, « Entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil constitutionnel », *D.*, 1999, p. 589.

⁷⁰³ V. Allan Gautron, « La « réponse graduée » (à nouveau) épinglée par le Conseil constitutionnel », *RLDI*, 1 juillet 2009, n° 51.

⁷⁰⁴ Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC.

⁷⁰⁵ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

⁷⁰⁶ Cass. crim., 9 déc. 2015, pourvoi n° 15-90.019, inédit ; *Dr. pénal*, 2016, obs. Philippe Conte, comm. 41.

B. Au Koweït

699. Il existe deux décisions par lesquelles la Cour constitutionnelle refuse le reversement de la charge de la preuve.
700. D'une part, l'alinéa 6 de l'article 17 du décret-loi de 1980 relatif aux douanes a consisté à déduire automatiquement de la détention ou du transport de marchandises prohibées la responsabilité pénale du détenteur pour importation frauduleuse. Ainsi, cet article a prévu qu'« est considérée comme étant une importation frauduleuse : [...] le fait de transporter ou détenir les marchandises prohibées sauf si l'intéressé fournit un élément qui prouve l'importation légale ». En raison de la méconnaissance de la présomption d'innocence, cette disposition a été abrogée par la Cour constitutionnelle⁷⁰⁷.
701. D'autre part, le législateur a réintégré la disposition précitée dans la loi de 2003 relative au Code douanier uniforme des États arabes du Golfe. La Cour l'a à nouveau abrogée même si cette loi visait à appliquer une convention internationale⁷⁰⁸. Elle estime que « le fait d'imposer des présomptions légales arbitraires et le fait de déduire la responsabilité pénale de ces présomptions ont méconnu la présomption d'innocence ». Elle ajoute qu'« il ne saurait réfuter le principe de la présomption d'innocence que par un jugement fermement convaincu en vue des preuves et éléments présentés par l'accusation ». Il semble que la Cour a aussi pris en considération la gravité de la peine qui peut atteindre trois ans d'emprisonnement.
702. La Cour constitutionnelle est même allée plus loin. D'une part, elle fonde la règle de l'intime conviction du juge pénal et la liberté de la preuve en matière pénale sur la présomption d'innocence. D'autre part, le principe de séparation des pouvoirs n'est respecté, en matière pénale, que par le respect de la présomption d'innocence. Ainsi, elle estime que l'imposition de la présomption légale de culpabilité est incompatible tant avec la présomption d'innocence qu'avec le principe de séparation des pouvoirs⁷⁰⁹.
703. En effet, il semble que la Cour constitutionnelle koweïtienne emprunte cette stricte application et interprétation de la présomption d'innocence à la Cour constitutionnelle égyptienne⁷¹⁰. Nous pensons donc que la Cour koweïtienne va également emprunter l'admission de la présomption légale en matière contraventionnelle. En raison de l'utilisation fréquente de celle-ci, la Cour égyptienne justifie la

⁷⁰⁷ Koweït, Cour const., 31 décembre 2002, n° 4/2002.

⁷⁰⁸ Koweït, Cour const., 22 juin 2005, n° 2/2005.

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ V. Egypte, Cour const., 2 février 1992, n° 13/12. Cette Cour a plus de dix décisions par lesquelles elle abroge, à chaque fois, les présomptions légales qui vont à l'encontre de la présomption d'innocence. V. Ahmed Fathi Sourour, *{Droit pénal constitutionnel : la légitimité constitutionnelle de droit pénal et de procédure pénale}*, Dar Alshourouq, Egypte, 2002, p. 300 et suiv. ; Mohammad Alfouarah, « {La présomption de culpabilité en droit pénal comparé} », *Journal of Sharia and Law*, United Arab Emirates University, Volume 26, n° 49, 2012, p. 339.

déroger à la présomption d'innocence par la faible gravité de la peine et par l'accélération du traitement judiciaire, à condition que les droits de la défense soient assurés et que la présomption ne soit pas irréfragable⁷¹¹.

- 704.** Une disposition similaire est prévue à l'article 392, alinéa 1, du Code des douanes français. Celui-ci prévoit que « le détenteur de marchandises de fraude est réputé responsable de la fraude ». La Cour européenne des droits de l'homme a exceptionnellement considéré que cette disposition n'était pas contraire à la présomption d'innocence au regard de la gravité de l'enjeu et de la préservation des droits de la défense⁷¹². Ainsi, en comparaison avec la position de la Cour européenne, la Cour constitutionnelle koweïtienne a fait preuve d'une grande fidélité au principe de la présomption d'innocence.
- 705.** En conclusion, la stricte application du principe de la présomption d'innocence par la Cour koweïtienne refuse la compatibilité de l'incrimination d'enrichissement illicite, prévue aux articles 1 et 48 de la loi anticorruption, avec la présomption d'innocence.
- 706.** La présomption instaurée au sein de la répression d'enrichissement illicite porte également des cas préjudiciables.

§ 2. CAS PREJUDICIALES

- 707.** Dans la répression de l'enrichissement illicite, l'atteinte à la présomption d'innocence prend une dimension plus large. Du fait de l'enrichissement illicite destiné à faciliter la preuve, cette incrimination va plus loin en créant en réalité une véritable incrimination de soupçon. Si on définit le suspect comme étant la « personne soupçonnée d'avoir participé à la commission d'une infraction sans que l'action publique ait été encore déclenchée »⁷¹³, la répression de l'enrichissement illicite existe réellement dans cette situation. Il en résulte nécessairement que cette incrimination est inconciliable avec le droit de ne pas s'incriminer⁷¹⁴ et que les droits de la défense pour le suspect ne sont pas respectés.
- 708.** Le droit de ne pas s'incriminer est prévu à l'article (14, § 3, g) du pacte international relatif aux droits civil et politique : « toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes: [...]. g- À ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ». De la présomption d'innocence proclamée par l'article 9 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel français en déduit le principe selon lequel nul ne peut être contraint de s'accuser soi-

⁷¹¹ Egypte, Cour const., 7 février 2010, n° 43/29.

⁷¹² CEDH, 7 octobre 1988, Salabiaku c. France, *op.cit.*

⁷¹³ Dictionnaire du vocabulaire juridique, Rémy Cabrilac (dir.), LexisNexis, 2002, p. 361.

⁷¹⁴ Fabrice Defferrard, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J, 2005, p. 154 ; En général, V. Remy Dion, *La protection contre l'auto-incrimination*, mémoire, Université de Poitiers, 2015.

même⁷¹⁵. Au Koweït, même si la Cour constitutionnelle n'a pas encore consacré ce droit, la doctrine, elle, n'hésite pas à l'élire en considérant qu'il découle du principe du procès équitable en général et de la présomption d'innocence en particulier⁷¹⁶.

709. La répression de l'enrichissement illicite qui touche le droit de ne pas s'incriminer rend restrictive la défense parce qu'elle abolit le droit au silence (A). Elle oriente également la défense parce qu'elle oblige le suspect à remettre des éléments de preuve (B).

A. Défense restrictive

710. L'agent suspecté de s'être illicitement enrichis n'a pas le choix du silence devant les autorités. Il est obligé de justifier les ressources licites de son enrichissement s'il ne veut pas être réprimé. Ses droits de défense sont ainsi restrictifs.
711. Plusieurs proverbes interprètent le silence ; « la parole est d'argent, mais le silence est d'or », « le silence est un ami qui ne trahit pas », « le silence est aveu », « le silence prend la parole »⁷¹⁷. En matière pénale, le silence ne doit pas être interprété, en vertu du principe de la présomption d'innocence, comme un élément négatif. Il est au contraire assimilé à un droit qui signifie que les organes de l'accusation et du jugement ne peuvent pas en tirer des conséquences défavorables au suspect⁷¹⁸. En outre, si le suspect parle, il a des avantages : il n'est pas obligé de prêter serment de dire la vérité et il peut mentir sans encourir de responsabilité.
712. Tous ces droits sont négligés par la répression de l'enrichissement illicite. Ainsi, celle-ci est constituée dès lors que l'accusé ne justifie pas la provenance de son enrichissement ou que sa justification n'est pas convaincante au regard de sa situation patrimoniale. Autrement dit, le droit au silence est utilisé par les autorités de manière parfaitement défavorable à l'accusé.
713. Dans certains cas, il est vrai que les conséquences défavorables tirées du silence de l'accusé sont acceptables. Mais cette exception est encadrée de manière à ce qu'elle ne soit pas acceptable dans l'enrichissement illicite. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme estime que « si les preuves à charge appellent une explication que l'accusé devrait être en mesure de donner [...] l'absence

⁷¹⁵ Cons. const., 26 sep 2014, n° 2014-416 QPC.

⁷¹⁶ Fadhel Nasserallah et Ahmed Alsammak, *{Procédure pénale}*, Université du Koweït, 2007, p. 255 ; Mobarak Alnouibet, *{Les dispositions générales de procédure pénale}*, Université du Koweït, 1998, p. 296.

⁷¹⁷ Ayat Mohammed, « Le silence prend la parole : la percée du droit de se taire en droit pénal comparé et en droit international pénal », *Arch. Pol. Crim.*, Volume 24, n° 1, 2002, p. 251.

⁷¹⁸ Fabrice Defferrard, *Le suspect dans le procès pénal*, op. cit. ; Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4e édition, Economica, 2015, p. 139.

d'explication peut permettre de conclure par un simple raisonnement de bon sens qu'il n'existe aucune explication possible et que l'accusé est coupable »⁷¹⁹. Mais la juridiction de jugement « ne peut conclure à la culpabilité du prévenu simplement parce que celui-ci choisit de garder le silence »⁷²⁰. L'établissement de la culpabilité sur le silence de l'accusé est donc possible à condition que les preuves appellent une explication, qu'il n'existe aucune explication possible et que la culpabilité ne soit pas fondée seulement sur le silence. En outre, la Cour européenne admet de tirer les conséquences du silence en se fondant sur le principe de la liberté de la preuve en matière pénale⁷²¹. Dès lors, le silence vient « alimenter l'intime conviction des juges du fond »⁷²².

- 714.** Ce mécanisme a été utilisé dans l'incrimination de blanchiment. Le silence du prévenu présume, dans certains cas, sa culpabilité. Ainsi, le prévenu, « issu de la même ville que l'auteur du trafic illicite, ne pouvait pas ignorer l'existence des activités délictueuses de celui-ci, d'autant que la réussite financière de ce dernier et la possession d'une voiture de marque alimentaient certaines rumeurs »⁷²³. Le prévenu qui servait d'intermédiaire pour la vente d'engins de chantier volés, alors qu'« il savait que leur vendeur ne disposait d'aucune activité commerciale déclarée en France où il n'avait même pas de compte bancaire, avait conscience de l'origine frauduleuse de ces biens »⁷²⁴.
- 715.** Ces dérogations au droit au silence ne sont pas acceptables dans l'incrimination d'enrichissement illicite, issue de l'article 324-1-1 du Code pénal français et de l'article 1 de la loi koweïtienne anticorruption. En effet, les dérogations acceptables sont relatives à des cas concrets, c'est-à-dire que leur validité n'est pas généralisée mais effectuée au cas par cas. Ainsi, le silence qui est validé par le juge européen⁷²⁵ et sur lequel le juge de blanchiment s'appuie appartient à la présomption de fait et au faisceau d'indices⁷²⁶, alors que le silence est, dans l'enrichissement illicite, abstrait. Il se présente comme une présomption légale. De cette différence, il résulte que la présomption de l'enrichissement illicite exerce à la fois une

⁷¹⁹ CEDH, 17 décembre 1996, Saunders c. Royaume-Uni, req. n° 19187/91, § 51 ; CEDH, 21 décembre 2000, Heaney et McGuinness c. Irlande, req. n° 34720/97, § 47.

⁷²⁰ CEDH, 8 février 1996, John Murray c. Royaume-Uni, req. n° 18731/91, § 51 ; V. également, Damien Roets, « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ pénal*, 2008, p. 119.

⁷²¹ V. par exemple, CEDH, 20 mars 2001, Telfner c. Autriche, req. n° 33501/96 ; CEDH, 8 octobre 2002, Beckles c. Royaume-Uni, req. n° 44652/98.

⁷²² CEDH, 8 février 1996, John Murray c. Royaume-Uni, req. n° 18731/91, § 47 ; V. Elsa Monceaux, *Quel droit au silence en procédure pénale ?*, mémoire, Université de Panthéon-Assas, 2011, p. 46.

⁷²³ Cass. crim., 29 mars 2007, Bull. n° 98.

⁷²⁴ Cass. crim., 26 janv. 2011, Dr. pénal, 2011, obs. Michel Véron, comm. 44.

⁷²⁵ CEDH, 8 février 1996, John Murray c. Royaume-Uni, req. n° 18731/91, : « il faut rechercher dans chaque cas si les charges de l'accusation sont suffisamment sérieuses pour appeler une réponse ».

⁷²⁶ Morgane Dauray-Fauveau, « Infraction générale de blanchiment : Conditions et constitution Art. 324-1 à 324-9 », *J.-Cl. Pénal*, mis à jour 2017, n° 31.

fonction probatoire et une fonction de fond. C'est-à-dire que le silence n'est pas seulement une preuve comme le cas de la présomption de fait, mais constitue un élément de l'incrimination. De ce fait les conditions qui sont imposées par la Cour européenne pour accepter les conséquences défavorables tirées du silence de l'accusé ne sont pas réunies. Car la Cour européenne parle de « preuves » appelant une explication alors que l'enrichissement illicite évoque un élément constitutif de l'incrimination appelant une explication. Elle accepte en effet l'exception de tirer des conséquences du silence de l'accusé en se fondant sur le principe de l'intime conviction du juge pénal alors que ce fondement n'existe plus en cas de présomption légale consacrée dans l'incrimination d'enrichissement illicite. Par conséquent, le juge du fond n'est plus en mesure de fonder son jugement sur son intime conviction mais sur la présomption instituée par le législateur.

716. La présomption de culpabilité oriente aussi la défense en contraignant le suspect à remettre des éléments de preuve.

B. Défense orientée

717. En tant qu'incrimination de conséquence, l'enrichissement illicite incrimine indirectement un fait d'origine (l'infraction préalable) que l'autorité de poursuite n'arrive pas à prouver. Selon le droit de l'interdiction de l'obtention d'éléments de preuve par l'exercice d'une contrainte contre le suspect ou l'accusé, l'enrichissement illicite viole cette interdiction.
718. En réalité, l'utilité de l'enrichissement illicite consiste en l'incrimination du refus de produire des preuves contre soi-même. Il contraint le suspect à avouer une infraction ou à en apporter lui-même la preuve sous la menace d'une sanction pénale. Ainsi, la non-justification qui est considérée comme une abstention d'avouer l'infraction d'origine est punissable par la présomption instituée au sein de l'enrichissement illicite.
719. Cette démarche de coercition a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire qui ne semble pas si éloignée de l'enrichissement illicite. Il a été jugé que constitue une atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination la condamnation d'une personne qui refuse de communiquer aux fonctionnaires des douanes des documents de nature à établir des infractions pouvant lui être reprochées⁷²⁷. La Cour européenne a ajouté que la particularité et la complexité du droit douanier ne sauraient justifier une telle atteinte au droit⁷²⁸.

⁷²⁷ CEDH, 25 février 1993, Funke c. France, req. n° 10588/83.

⁷²⁸ *Ibid.* § 44.

720. Pour l'enrichissement illicite en tant que tel, son établissement est automatique par la présomption de culpabilité. Il réside dans le fait que l'accusé contribue nécessairement à sa propre incrimination par la remise d'une preuve contre lui-même, surtout si l'on tient compte du fait que le juge de fond perd sa liberté d'appréciation des preuves et son intime conviction en raison de la présomption de culpabilité. Il s'agit ainsi, d'une part, d'un témoignage contre soi-même si l'accusé présente une justification non convaincante au regard de la condition matérielle juridique et financière de placement, dissimulation ou conversion d'un bien (article 324-1-1 du Code pénal français) ou de son train de vie (article 1 de la loi koweïtienne anti-corruption). Il s'agit, d'autre part, d'un aveu si l'accusé ne justifie pas l'enrichissement et choisit le silence⁷²⁹.
721. Par ailleurs, la contrainte qui résulte de la sanction pénale d'enrichissement illicite ne doit pas être un cas analogue à ceux où la contrainte tend à assurer la coopération de l'accusé. Dans ces derniers cas, le droit de ne pas être contraint de remettre des éléments de preuve ne fait pas obstacle à ce que les autorités obtiennent des éléments de preuve provenant de l'accusé, même contre sa volonté. Car, comme l'explique la Cour européenne des droits de l'homme, ces éléments « existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang, d'urine, de cheveux et de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN ou encore les échantillons de voix »⁷³⁰. Ainsi, l'exclusion de l'analogie entre la contrainte découlant de ces exemples et la contrainte découlant de l'enrichissement illicite réside dans l'inexistence de preuve indépendamment de la volonté en matière de l'enrichissement.

⁷²⁹ V. Gérard Pandelon, *La question de l'aveu en matière pénale*, thèse, Aix-Marseille Université, 2012, p. 140 ; Renaud Dulong, « *Le silence comme aveu et le « droit au silence »* », *Langage et société*, n° 92, juin 2000, p. 25 ; François-Louis Coste, « Statut de la parole et présomption d'innocence », *AJ pénal*, 2004, p. 402.

⁷³⁰ CEDH, 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, req. n° 19187/91, §§ 68 et 69 ; Elsa Supiot, « Empreintes génétiques et droit pénal », *RSC*, 2015, p. 827.

Conclusion du chapitre II

722. La difficulté probatoire qui résulte du régime de l'incrimination de corruption, notamment la causalité liant l'avantage à la fonction, a été tempérée par la création d'une présomption de culpabilité. Ainsi, l'incrimination de l'enrichissement illicite qui dispose de cette présomption présente un contournement de l'incrimination de corruption.
723. Ce contournement a été directement emprunté à la Convention des Nations unies contre la corruption par le législateur koweïtien qui a créé l'infraction de l'enrichissement illicite dans la loi anti-corruption, alors que le législateur français a incriminé ce fait d'une manière spécifique par le biais du blanchiment d'argent.
724. Mais cette présomption instaurée par les législateurs français et koweïtien ne respecte pas le principe de la présomption d'innocence dès lors qu'elle présume la culpabilité. De plus, bien que le principe de présomption d'innocence ne soit pas absolu et compte des dérogations justifiées, la présomption de culpabilité instaurée dans l'enrichissement illicite ne respecte pas non plus les conditions de ces dérogations.

CONCLUSION DU TITRE II

725. L'incrimination de corruption exige que l'accusation prouve toute partie du pacte de corruption. Ainsi, il faut caractériser l'avantage indu, l'acte de la fonction (la contrepartie) et la causalité liant l'avantage indu à l'acte de la fonction. En effet, le lien de causalité se présente comme une véritable *probatio diabolica*.
726. Deux voies sont empruntées par les législateurs français et koweïtien pour surmonter la difficulté probatoire découlant du lien de causalité.
727. Une première, en contournant l'incrimination *stricto sensu* par la création d'autres incriminations dans lesquelles l'accusation n'est pas confrontée à des difficultés probatoires. Cette manière de contournement doit prendre en considération le respect du principe de nécessité des incriminations. Autrement dit, l'incrimination contournée de corruption doit protéger un bien juridique contre une atteinte grave. En général, les législateurs français et koweïtien déterminent bien le premier pilier (le bien juridique) alors qu'ils négligent le second pilier (le caractère grave de l'atteinte).
728. Une seconde, en empruntant une voie directe, c'est-à-dire que le contournement réside alors dans le renversement du principe de charge de la preuve. Ainsi, la culpabilité doit être présumée et l'accusé doit prouver son innocence dès lors que l'accusation caractérise certaines circonstances qui peuvent être indices de corruption. Ce renversement de la charge de la preuve est directement intégré dans le droit koweïtien par la création de l'infraction d'enrichissement illicite. Alors que le législateur français a intégré une présomption de culpabilité dans l'incrimination de blanchiment d'argent dans laquelle l'enrichissement illicite peut être réprimé. Cette différence de forme du contournement de l'incrimination de corruption a le même objet : les droits français et koweïtien négligent le principe de la présomption d'innocence dès lors qu'ils exemptent l'accusation de prouver la culpabilité.
729. En conclusion, dans le droit français et dans le droit koweïtien, les incriminations qui ont pour but de contourner l'incrimination de corruption ne respectent pas les principes fondamentaux.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

730. La lutte contre la corruption en droit pénal français et en droit koweïtien caractérise un mouvement d'incrimination paradoxal à l'égard des principes fondamentaux.
731. Les principes fondamentaux sont respectés dans la délimitation de l'incrimination de corruption.
732. Sur le sujet de l'incrimination, les infractions de corruption passive et de corruption active sont soumises à plusieurs modifications qui peuvent s'inscrire dans le respect du principe de la légalité criminelle. Elles n'ont pas dévié de deux objectifs : si elles ne consacrent pas un élargissement du domaine de l'incrimination, elles réécrivent le texte de l'incrimination afin d'être compatibles avec l'interprétation judiciaire appliquée dans la pratique. Toujours sur l'aspect subjectif dans la lutte contre la corruption, la prise en considération de la répression du corrupteur s'inscrit dans le respect du principe de légalité criminelle. Elle consiste à consacrer des incriminations spéciales pour la corruption active. Sinon, l'utilisation des règles de complicité n'est pas suffisante pour réprimer le fait de corrupteur.
733. Sur l'objet de l'incrimination, les modifications effectuées sur l'incrimination de corruption s'inscrivent dans le respect des principes fondamentaux tout en sauvegardant la dimension large du domaine objectif de l'incrimination. La plupart de ces modifications ont été apportées pour écarter les critiques sur l'interprétation jurisprudentielle de l'incrimination de corruption. D'où les modifications ont adopté les solutions jurisprudentielles en la matière ou pallié la lacune d'incrimination découverte par la jurisprudence. L'effectivité de l'élément matériel et le régime de la prescription de l'action publique de l'incrimination de corruption respectent donc le principe de légalité criminelle en particulier et les principes fondamentaux en général.
734. Cette délimitation de l'incrimination de corruption est confrontée, dans la pratique, à une difficulté probatoire. Les législateurs français et koweïtien contournent donc l'incrimination de corruption pour surmonter cette difficulté. Les principes fondamentaux ne sont alors plus respectés dans le contournement de l'incrimination de corruption.
735. Les législateurs français et koweïtien contournent l'incrimination de corruption en créant des infractions suppléantes. Dans ces infractions qui apparaissent comme de la corruption *largo sensu*, les législateurs français et koweïtien démantèlent le pacte de corruption. Ainsi, si le pacte de corruption se compose d'une causalité liant l'avantage indu à l'acte de la fonction, l'incrimination contournée de corruption suppose toujours l'un de ces composants, soit que l'incrimination réside dans l'avantage, soit que l'incrimination réside dans l'acte de la fonction. De cette manière, la supposition d'un élément de pacte de corruption appelle évidemment deux principes ; celui de la nécessité des incriminations et celui de la présomption d'innocence. Après avoir évalué les incriminations contournées de corruption par rapport à

ces deux principes fondamentaux, nous voyons que ces incriminations négligent la nécessité des incriminations et la présomption d'innocence.

736. L'engagement dans la lutte contre la corruption amène la France et le Koweït à établir des mesures permettant de faciliter le régime probatoire de corruption. La difficulté probatoire de l'incrimination de corruption apparaît ainsi dans le domaine du droit de procédure pénale, notamment en matière de preuve. La lutte contre la corruption a, dans ce domaine, pour but de faciliter l'incrimination de corruption par la facilitation d'obtention des preuves établissant la responsabilité. Néanmoins, la matière de preuve revêt une importance particulière dans le droit de procédure pénale. Car cette matière peut mettre en jeu les principes fondamentaux, notamment dans la recherche des preuves. De ce fait, les législateurs français et koweïtien prennent en compte l'importance des principes fondamentaux dans le régime procédural et probatoire de la corruption même s'il y a certaines procédures perfectibles.

DEUXIEME PARTIE.

**DES MODES DE PREUVE PERFECTIBLES EU EGARD
AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX**

737. La lutte effective et efficace contre la corruption nécessite évidemment des mesures procédurales capables de faire passer les incriminations de la théorie à la pratique. C'est en effet l'objet de la procédure pénale qui consiste en la constatation des infractions ainsi que l'identification, la poursuite et le jugement de leurs auteurs. Dans ce domaine, la question de la preuve revêt une importance cruciale avant même de déclencher l'action publique. Ainsi, en droits français et koweïtien le renforcement de la lutte contre la corruption prend en compte cette importance pour pouvoir surmonter l'obstacle de la *diabolica probatio*.
738. D'un point de vue juridique, la difficulté de répression de la corruption s'explique par les difficultés de détection de comportements corruptifs et, par conséquent, les difficultés probatoires. Celles-ci résultent du caractère occulte⁷³¹ ou consensuel⁷³² du phénomène de corruption. Ainsi, pour éradiquer ce phénomène, il faut remettre en cause les modes de preuve pour faciliter l'établissement de la preuve.
739. Le législateur français et son homologue koweïtien choisissent des procédures spéciales. Ces procédures tiennent compte du fait que les infractions de corruption occultes ne sont évidemment guère apportées à la connaissance des autorités publiques. D'où le choix de deux stratégies : la recherche en amont, qui est à la fois un moyen pour prévenir les infractions de corruption et un moyen probatoire ; et la recherche en aval, qui constitue seulement un moyen probatoire.
740. D'un point de vue phénoménologique⁷³³, la recherche en amont constitue une démarche proactive. La proactivité consiste ainsi à rassembler des informations sur des manquements potentiels au devoir de probité, non encore exprimés d'une manière ou d'une autre⁷³⁴. Elle vise explicitement la constatation des faits par l'analyse des informations. En revanche, la recherche en aval constitue une démarche réactive. La réactivité se manifeste lorsque la recherche porte sur des informations relevant d'une infraction qui a déjà été commise. Elle part d'un ou de plusieurs faits définis et vise explicitement la constitution et la production des preuves.

⁷³¹ V. par exemple, Christian Mirabel, « L'enquête de police en matière de corruption », *AJ pénal*, 2006, p. 197. D'un point de vue politique, V. Jean-François Médard, « L'évaluation de la corruption : approches et problèmes », in Jean-François Baré (dir.), *L'évaluation des politiques de développement*, L'Harmattan, 2002, p. 53.

⁷³² Christian de Valkeneer, *Le droit de la police*, De Boeck-Wesmael, 1991, p. 148.

⁷³³ V. Christian de Valkeneer, « Les opérations sous couverture et la recherche proactive dans les instruments internationaux », in Françoise Tulkens et Henri-D. Bosly (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruylant, 1996, p. 368.

⁷³⁴ Henri Bosly, « La fonction de police judiciaire : de la dépendance vers l'autonomie ? », in *Liber Amicorum José Vanderveeren*, Bruylant, 1997, p. 22 ; V. également, Bertrand Renard, « La mise en œuvre et le suivi de l'enquête de recherche proactive, étude qualitative des facteurs influençant le processus de décision », *RPDP*, 2003, p. 145.

741. La recherche proactive de la corruption se manifeste en droit français comme en droit koweïtien par le devoir de déclaration ou, le cas échéant, de transparence, imposé aux décideurs publics. De la sorte, ce type de recherche ne consiste pas en une infraction déterminée. Si la déclaration ou la transparence se présente comme un outil de prévention de la corruption d'un point de vue politique, elle ne se limite pas à jouer ce rôle. Mais, « en jetant la lumière sur les faits de corruption déjà commis, elle peut ouvrir la voie à la sanction et être ainsi, même si c'est indirectement, un instrument de répression de corruption »⁷³⁵, tandis que la recherche réactive réside dans toutes mesures connues en droit de procédure pénale pour la constitution et la production des preuves.
742. Néanmoins, les autorités compétentes à des fins d'enquête et de recherche de preuve ont parfois recours à des méthodes exceptionnelles pour produire la preuve. À titre d'exemple, elles ont recours aux surveillances, infiltrations, déclarations de repentis, témoignages anonymes, à la sonorisation et à la fixation d'images, etc. Ces méthodes ont un caractère exceptionnel parce qu'elles sont encadrées par « le principe d'exceptionnalité »⁷³⁶. Trois sous-principes en résultent : la subsidiarité, la proportionnalité et la spécialité⁷³⁷. D'abord, l'exceptionnalité exige la subsidiarité, c'est-à-dire que l'utilisation de ces méthodes n'est autorisée que si aucun autre moyen de recherche classique ne permet de détecter ou de prouver l'infraction. Ensuite, l'exceptionnalité suppose la proportionnalité qui assure l'équilibre entre la protection des intérêts de la société et la protection des intérêts de la personne soupçonnée dont les droits fondamentaux doivent être autant que possible respectés. Enfin, les méthodes de recherche sont exceptionnelles parce qu'elles doivent être spéciales afin que les informations réunies ne soient utilisées que pour prouver l'accusation à l'occasion de laquelle elles ont été conduites.
743. Le régime consistant en la recherche proactive et réactive de la corruption s'inscrit dans un mouvement crucial pour la problématique relative à la lutte efficace contre la corruption.
744. Dans la perspective des règles de procédure pénale, l'efficacité de ce mouvement dans la lutte contre la corruption se manifeste par la facilitation pour constituer et produire la preuve. Cependant, les conditions

⁷³⁵ Inam Karimov, *Le rôle de transparence dans la lutte contre la corruption à travers l'expérience du Conseil de l'Europe*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 408.

⁷³⁶ Jean Pradel, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.*, 1998, p. 57. Par contre, il faut noter que les termes « enquête pénale proactive » utilisés par le professeur Pradel se définissent comme « l'ensemble des investigations utilisant le plus souvent des techniques spéciales pour prévenir la commission probable d'infractions ou détecter des infractions déjà commises, mais encore inconnues ». Il en résulte qu'elles sont correspondantes, dans notre recherche, à la recherche réactive ou en aval. Cette différence de termes s'explique par la base choisie pour la définition. Le professeur Pradel a eu tendance à choisir une définition fondée sur une sociologie policière alors que nous choisissons une définition fondée sur un point de vue phénoménologique (sur cette question, V. Christian de Valkeneer, « Les opérations sous couverture et la recherche proactive dans les instruments internationaux », in Françoise Tulkens et Henrie-D. Bosly (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, *op. cit.*, p. 368).

⁷³⁷ Jean Pradel, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.*, *op. cit.*

dans lesquelles les éléments de preuve peuvent être recherchés mettent souvent en jeu les droits et les libertés fondamentaux. Pour cela, plusieurs règles directrices relatives à la preuve doivent être respectées⁷³⁸ pour que les preuves soient légitimes dans le procès pénal. Sous cet angle, on constate que les droits français et koweïtien font une tension perceptible dans cette matière (titre II).

745. Comme la recherche en amont de la corruption s'accomplit à un stade préalable à la procédure pénale, elle échappe aux règles dominant la preuve qui peuvent plus ou moins constituer un obstacle à la facilité de la répression, notamment en sachant que cette matière est riche de principes fondamentaux⁷³⁹. Cependant, certains principes fondamentaux demeurent et doivent être pris en considération. Il s'agit, d'une part, des principes qui protègent la confidentialité dès lors que les législateurs français et koweïtien adoptent les obligations de déclaration et de transparence et, d'autre part, il s'agit du principe de séparation des pouvoirs dès lors que les deux législateurs créent des institutions administratives anticorruption et de transparence⁷⁴⁰ en leur confiant des missions appartenant normalement au pouvoir législatif ou à l'autorité judiciaire. Dans cette matière, les droits français et koweïtien font preuve d'une adéquation acceptable aux principes fondamentaux (titre I).

⁷³⁸ Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4e édition, Economica, 2015, p. 401 ; Mireille Delmas-Marty, « La preuve pénale », *Revue française de théorie juridique*, 1996, n° 23, p. 53.

⁷³⁹ V. par exemple, Coralie Ambroise-Castérot, « La preuve : une question de loyauté ? », *AJ pénal*, 2005, p. 261.

⁷⁴⁰ V. L'annexe p. 393 et suiv.

TITRE I.

LA RECHERCHE D'INDICES EN AMONT DE LA PROCEDURE PENALE : UNE ADEQUATION ACCEPTABLE AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX

746. La mise en place de mesures préalables à la procédure pénale en matière de corruption prend en considération que cette phase n'est pas dépourvue de toute exigence fondamentale. Les droits français et koweïtien semblent avoir compris la situation.
747. La phase préalable à la procédure pénale qui peut servir à la lutte contre la corruption consiste dans les obligations de déclaration et de transparence. En considérant que la corruption est un phénomène occulte, l'efficacité de la lutte contre la corruption réside dans le fait de prendre des mesures préventives et de faciliter l'obtention par les autorités d'informations utiles à la détection de la corruption.
748. D'un côté, ces informations visent à constituer une banque de données spécifique à l'objet visé⁷⁴¹. Ainsi, à partir des éléments de la banque de données, la recherche en amont de la corruption peut être perçue comme une voie légitime utilisée par les autorités de poursuite pour constituer un élément de preuve. Ou, au moins, les autorités peuvent mettre en œuvre une enquête si une infraction de corruption a été commise ou est soupçonnée d'avoir été commise.
749. D'un autre côté, la collecte de ces informations valorise la transparence de la vie politique ou économique. Elle vise ainsi la prévention de la corruption.
750. La phase en amont de la lutte contre la corruption est confiée aux institutions spécialisées. En France, on trouve deux institutions. La première est la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) qui concerne le contrôle des déclarations des hauts cadres publics. La seconde est l'Agence française anticorruption (AFA) qui concerne le contrôle des mesures destinées à la lutte contre la corruption dans la vie économique. Au Koweït, il n'y a que l'Autorité publique anticorruption (APA) qui concerne principalement le contrôle des déclarations des hauts cadres publics.
751. En la matière, les principes fondamentaux susceptibles d'être soulevés sont nombreux. Il s'agit d'un côté des principes fondamentaux concernant la « confidentialité » qui sont le principe du respect du droit à la vie privée et le principe du secret des affaires, principe déductible de la liberté d'entreprendre⁷⁴². Ces

⁷⁴¹ V. à propos de ce sujet, Mike Maguire, « Les méthodes proactives dans le maintien de l'ordre : Réflexions dans une perspective britannique », *Déviante et Société*, 1997, Volume 21, n° 4, p. 420.

⁷⁴² Il été noté dans la saisine des 60 sénateurs sur la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique que le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001 que le principe de « secret des affaires » est un principe déductible de la liberté d'entreprendre (V. Saisine par 60 sénateurs, 2016-741 DC, disponible sur le site : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2016/2016-741-dc/saisine-par-60-senateurs.148312.html#>). Néanmoins, nous n'avons trouvé aucune mention au principe de « secret des affaires » dans la décision citée. Quoiqu'il en soit, il semble que le Conseil constitutionnel reconnaisse implicitement, dans sa décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, la valeur constitutionnelle de principe de « secret des affaires » comme nous le verrons plus loin.

deux principes sont touchés par les contrôles exercés par les institutions spécialisées dans la transparence et la lutte contre la corruption. D'un autre côté, il s'agit du principe de séparation des pouvoirs pour deux raisons. D'abord, les contrôles des déclarations des hauts cadres publics sont confiés aux institutions administratives (la HATVP en droit français et l'APA en droit koweïtien) alors que certains de ces agents appartiennent aux pouvoirs législatif et judiciaire. Ensuite, le législateur français permet à l'Agence française anticorruption (AFA) d'infliger des sanctions ayant le caractère d'une punition alors que le principe de séparation des pouvoirs exige traditionnellement que ce type de sanction soit prononcé par l'autorité judiciaire.

- 752.** Les droits français et koweïtien font en effet preuve d'une adaptation acceptable de ces principes fondamentaux. D'un côté, ils assortissent les institutions relatives à la transparence et à la lutte contre la corruption de garanties afin de respecter le principe de séparation des pouvoirs. De l'autre, dès lors que les obligations de transparence sont de nature à porter nécessairement atteinte aux droits à la confidentialité (le principe du respect du droit à la vie privée et le principe du secret des affaires), la compréhension apportée à ces principes réside ainsi dans l'atteinte mesurée à ces principes.
- 753.** Nous analysons ainsi l'adéquation de la phase préalable de procédure pénale aux principes fondamentaux sous deux angles : d'une part, l'adaptation des institutions anticorruption au principe de la séparation des pouvoirs (Chapitre I) ; d'autre part, l'atteinte mesurée aux principes de confidentialité (Chapitre II).

CHAPITRE I.

L'ADAPTATION DES INSTITUTIONS ANTICORRUPTION AU PRINCIPE DE SEPARATION DES POUVOIRS

754. Le principe de séparation des pouvoirs est pris en compte par les législateurs français et koweïtien en ce qui concerne les institutions administratives spécialisées dans la lutte contre la corruption. Ils créent pour elles un statut juridique qui satisfait les exigences de principe de séparation des pouvoirs.
755. Cette prise en compte est due au fait que ces institutions exercent des attributions délicates qui portent sur les attributions du pouvoir législatif ou de l'autorité judiciaire. Cela se manifeste par deux situations.
756. D'une part, le contrôle des déclarations des hauts cadres publics est confié à l'Autorité publique anticorruption (APA) en droit koweïtien. En droit français, ce contrôle est principalement confié à la Haute Autorité de la transparence de la vie publique (HATVP). Selon la Constitution koweïtienne et la Constitution française, ces autorités sont rattachées au pouvoir exécutif parce que chaque entité, qui n'est dépendante ni du pouvoir législatif ni du pouvoir judiciaire, doit nécessairement être sous la responsabilité du pouvoir exécutif⁷⁴³. Partant de ce postulat, le contrôle exercé par les autorités appartenant au pouvoir exécutif sur les déclarations des parlementaires et des magistrats porte-il atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ? Notamment en sachant que ce principe est un principe constitutionnel en droits français et koweïtien⁷⁴⁴. Ainsi le fait qu'un parlementaire ou un magistrat est obligé d'adresser à une autorité administrative une déclaration de sa situation patrimoniale afin de s'assurer de la cohérence des éléments déclarés et de transmettre le dossier si elle constate une variation de patrimoine inexplicquée ou des omissions importantes constitue-il une méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs ?
757. D'autre part, le législateur français dote l'Agence française anticorruption (AFA) d'une Commission des sanctions. Cette Commission peut prononcer une sanction pécuniaire dont le montant ne peut excéder

⁷⁴³ L'article 20 de la Constitution française prévoit que « le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation. Il dispose de l'administration et de la force armée... ». L'article 123 de la Constitution koweïtienne prévoit que « le Gouvernement dirige l'Etat. Il formule la politique générale, poursuit son exécution et dispose de l'administration ».

⁷⁴⁴ La Constitution koweïtienne débute son titre VI intitulé « Les pouvoirs » par l'article 50 qui énonce que « le système de gouvernance est basé sur le principe de la séparation des pouvoirs, fonctionnant en coopération l'un avec l'autre selon les dispositions de la Constitution. Aucun de ces pouvoirs ne peut abandonner l'ensemble ou une partie de ses compétences indiquées dans la présente Constitution ». En France, l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen affirme que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

200 000 euros pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales. Étant donné que l'AFA est un service placé auprès du ministre de la justice et du ministre chargé du budget, elle n'est pas une autorité judiciaire bien qu'elle exerce une prérogative judiciaire, celle de la prononciation des sanctions ayant le caractère d'une punition. Dès lors, le principe de séparation des pouvoirs est-il négligé ?

- 758.** Nous pensons que les droits français et koweïtien adaptent les institutions concernant la lutte contre la corruption au principe de séparation des pouvoirs pour deux raisons. D'abord, les deux droits respectent le principe de séparation des pouvoirs en insistant sur l'indépendance des institutions anticorruption (Section I). Ensuite, les deux droits respectent le principe de séparation des pouvoirs en limitant certaines prérogatives des institutions anticorruption (Section II).

SECTION I. L'INDEPENDANCE DES INSTITUTIONS ANTICORRUPTION

759. Les législateurs français et koweïtien trouvent dans le caractère « indépendant » des institutions anticorruption une solution adéquate pour satisfaire le principe de séparations des pouvoirs.
760. Cornu définit l'indépendance par la « situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions »⁷⁴⁵. Cette notion d'« indépendance » se réalise effectivement à deux niveaux. D'une part, par l'indépendance organique : c'est-à-dire qu'elle résulte du mode de désignation, de la durée et de l'inamovibilité de mandat des membres dirigeants, et du régime des incompatibilités. D'autre part, par l'indépendance fonctionnelle : c'est-à-dire la disposition d'une autonomie de gestion administrative et financière⁷⁴⁶.
761. L'indépendance des institutions anticorruption est constituée lorsque le pouvoir exécutif ne peut en aucune manière intervenir dans les attributions de ces institutions. Ainsi, l'indépendance des institutions anticorruption, la HATVP et la Commission des sanctions de l'AFA en France et l'APA au Koweït, constitue une garantie préservant le respect du principe de séparation des pouvoirs.
762. Selon l'article 19 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, le législateur français désigne l'institution compétente pour le contrôle de la situation patrimoniale et des intérêts de certaines catégories de personnes en prévoyant que « la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique est une autorité administrative indépendante ». Son homologue koweïtien a fait de même en précisant, à l'article 3 de la loi n° 2/2016 relative à la lutte contre la corruption, qu'« une autorité appelée "Autorité publique anticorruption" est mise en place, supervisée par le ministère de la justice, et s'acquitte de ses fonctions de manière indépendante et impartiale ». En ce qui concerne la Commission des sanctions de l'AFA, le législateur français précise son indépendance par le fait que la désignation de ses membres est confiée à l'autorité judiciaire qui est considérée indépendante.
763. Le choix de l'indépendance pour ces institutions est différent selon leurs attributions. L'indépendance est confiée aux autorités de transparence (HATVP et APA) parce qu'elles exercent le contrôle sur les agents appartenant aux différents pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, tandis que l'indépendance est confiée à la Commission des sanctions de l'AFA parce qu'elle exerce une fonction judiciaire. Dès lors, nous

⁷⁴⁵ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11e édition, PUF, 2016, p. 538.

⁷⁴⁶ Jacques Chevallier, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP*, n° 30, 6 Août 1986, I, p. 3254 ; Jean-Louis Autin, « Autorités administratives indépendantes », *J.-Cl. Administrative*, Fasc. 75, mise à jour 4 Avril 2017, n° 32 et suiv.

analysons l'indépendance des institutions anticorruption en subdivisant cette section en deux paragraphes. Nous consacrons le premier aux autorités française et koweïtienne de transparence (§ 1) alors que le second concerne la Commission des sanctions de l'AFA (§ 2).

§ 1. LES AUTORITES DE TRANSPARENCE

- 764.** En France, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) reçoit, contrôle et parfois publie les déclarations de situations patrimoniales et d'intérêts de certains hauts cadres publics. Au Koweït, l'Autorité publique anticorruption (APA) reçoit et contrôle les déclarations de situations patrimoniales de certains hauts cadres publics.
- 765.** En France, la liste des personnes assujetties à l'obligation de déclarations de patrimoine et d'intérêts comprend des certains magistrats, des parlementaires, des collaborateurs du président de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que certains hauts cadres publics⁷⁴⁷. Au Koweït, les parlementaires et les magistrats ainsi que certains hauts cadres publics sont obligés de déclarer leur situation patrimoniale⁷⁴⁸.
- 766.** À l'égard du principe de séparation des pouvoirs, le caractère « indépendant » des autorités de transparence en France et au Koweït aurait dû jouer un rôle important sur la question de la protection des magistrats et des parlementaires contre la pression potentielle du pouvoir exécutif. De cette manière, ce caractère aurait pu être considéré comme un garde-fou, notamment en sachant que les autorités administratives indépendantes « semblent aujourd'hui être en passe de constituer un pouvoir indépendant »⁷⁴⁹ et se présentent comme « un quatrième pouvoir »⁷⁵⁰. Mais le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle koweïtienne ont préféré ne pas approfondir la question. En effet, ils se sont contentés de préciser que le principe de séparation des pouvoirs ne fait pas obstacle à ce qu'une autorité administrative soit chargée de contrôler la variation de la situation patrimoniale des parlementaires⁷⁵¹ ou des magistrats⁷⁵². Néanmoins il convient de noter que si le Conseil constitutionnel

⁷⁴⁷ Les assujettis aux déclarations sont prévus à la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, à la loi du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature et à la loi du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique .

⁷⁴⁸ La liste complète des assujettis est prévue à la loi 2/2016 anticorruption.

⁷⁴⁹ Chloé Mathieu, « Le principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in IXe Congrès français de droit constitutionnel, A.F.D.C., Lyon, 26-28 juin 2014, Atelier C– Constitution, pouvoirs et contre-pouvoirs sous la direction de Bruno Dugeron et Anne-Marie Le Pourhiet, disponible sur : http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLD/D-mathieu_T2.pdf

⁷⁵⁰ Chloé Mathieu, *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Université de Montpellier, 2015, p. 36.

⁷⁵¹ Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-675, Considérant 38.

⁷⁵² Koweït, Cour const., 8 novembre 2017, n° 4/2017 ; Cons. const., 28 juillet 2016, n° 2016-732 DC.

français n'aborde pas la question de l'indépendance de la Haute Autorité (HATVP), il indique son caractère « indépendant » concernant ses missions de contrôle exercé sur les magistrats⁷⁵³ et sur les collaborateurs du président de l'Assemblée nationale et du président du Sénat⁷⁵⁴.

767. Nous trouvons dans le caractère « indépendant » d'une autorité administrative un moyen de protection des magistrats et des parlementaires contre la pression potentielle du pouvoir exécutif et, par conséquent, du respect du principe de séparation des pouvoirs⁷⁵⁵. Il convient dès lors d'aborder l'indépendance organique (A) et l'indépendance fonctionnelle (B) de ces autorités.

A. L'indépendance organique

768. L'Autorité publique anticorruption (APA) et la Haute autorité de la transparence de la vie publique (HATVP) sont considérées comme des autorités indépendantes en raison de l'absence de toute tutelle ou de tout pouvoir hiérarchique à leur égard de la part des autres autorités politiques.
769. L'autorité administrative indépendante se définit, selon le Conseil d'État français, comme étant « un organisme administratif qui agit au nom de l'État et dispose d'un réel pouvoir, sans pour autant relever de l'autorité du gouvernement »⁷⁵⁶. Cette qualité pose des problèmes théoriques parce qu'elle concilie deux caractères contradictoires : être un organe administratif et être un organe indépendant⁷⁵⁷. C'est pourquoi le législateur français est intervenu par la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes⁷⁵⁸.

⁷⁵³ Cons. const., 28 juillet 2016, n° 2016-732 DC : « l'obligation de dépôt auprès d'une autorité administrative indépendante des déclarations de situation patrimoniale de certains magistrats a pour objectif de renforcer les garanties de probité et d'intégrité de ces personnes ».

⁷⁵⁴ Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-675, Considérant 45 : « considérant que le principe de séparation des pouvoirs ne fait obstacle ni à ce que la loi soumette les collaborateurs du Président de l'Assemblée nationale et du Président du Sénat à l'obligation de déclarer à une autorité administrative indépendante leur situation patrimoniale ainsi que leurs intérêts publics et privés ni à ce que cette autorité contrôle l'exactitude et la sincérité de ces déclarations, se prononce sur les situations pouvant constituer un conflit d'intérêts et porte à la connaissance du Président de l'Assemblée nationale ou du Président du Sénat les éventuels manquements ».

⁷⁵⁵ Sur ce sujet, V. Chloé Mathieu, *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Université de Montpellier, 2015, p. 117 et suiv.

⁷⁵⁶ Conseil d'Etat, Les autorités administratives indépendantes, Rapport public 2001, études et documents n° 52, p. 261 et suiv.

⁷⁵⁷ Office parlementaire d'évaluation de la législation, Rapport sur Les autorités administratives indépendantes, par M. Patrice Gélard, A.N. rapport n° 3166 et Sénat rapport n° 404, Tome I, p. 20.

⁷⁵⁸ La loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF*, n° 18, 21 janvier 2017, texte n° 2.

770. En effet, les droits français et koweïtien assurent à l'APA et à la HATVP l'indépendance organique par trois garanties. Il s'agit du mode de désignation (1), de la durée de mandat des membres dirigeants (2) et du régime des incompatibilités (3).

1. Le mode de désignation

771. En ce qui concerne la HATVP, le mode de désignation de ses membres a été fixé à l'article 19 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Il prévoit de manière forte la garantie d'indépendance. Elle se manifeste par la pluralité de ses membres qui sont désignés par une pluralité d'organes. Ainsi, le président de la HATVP est nommé par décret du président de la République, deux conseillers d'État sont élus par l'Assemblée générale du Conseil d'État, deux conseillers à la Cour de cassation par l'ensemble des magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour, deux conseillers maîtres à la Cour des comptes-par la Chambre du Conseil, une personnalité qualifiée est nommée par le président de l'Assemblée nationale, après avis conforme de la Commission permanente de l'Assemblée nationale chargée des lois constitutionnelles, rendu à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés et une personnalité qualifiée est nommée par le Président du Sénat, après avis conforme de la Commission permanente du Sénat chargée des lois constitutionnelles, rendu à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. La pluralité des sources de désignation permet dès lors de « réduire l'influence des autorités de nomination »⁷⁵⁹ sur la HATVP.

772. L'APA, elle, est administrée par un conseil d'administration dont les membres sont nommés par décret sur proposition du ministre de la justice selon l'article 6 de la loi n° 2/2016 relative à lutte contre la corruption. Par comparaison avec la HATVP, le monopole de désignation par une proposition d'un ministre est un point qui affaiblit son indépendance. Néanmoins, cela n'entraîne pas la perte de son indépendance notamment parce que les membres nommés sont libres de toute influence et pression lorsqu'ils exercent leurs missions. En ce sens, on peut mentionner la Cour européenne des droits de l'homme qui estime que le fait que les juges soient nommés par le pouvoir exécutif n'est pas constitutif en soi d'une violation de l'article 6 § 1, qui donne le droit à toute personne d'être entendue par un tribunal indépendant et impartial pourvu de juges libres de toute pression ou influence lorsqu'ils exercent leur fonction juridictionnelle⁷⁶⁰. Ainsi, si la nomination des juges par le pouvoir exécutif ne porte pas atteinte au principe d'indépendance de la justice tant qu'il n'exerce aucune pression, la nomination des membres

⁷⁵⁹ Jean-Philippe Kovar, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, 2012, p. 659.

⁷⁶⁰ CEDH, 25 août 2005, Clarke c. Royaume-Uni, req. n° 23695/02.

de l'APA sur proposition du Ministre de la Justice est *a fortiori* admissible et ne constitue pas en soi une violation de cette indépendance. C'est également le cas lorsque le mandat des membres est irrévocable.

2. Le mandat irrévocable et non renouvelable

773. Conformément au caractère « indépendant » d'une autorité administrative, il faut qu'une autre autorité ne puisse pas mettre fin au mandat des membres de ladite autorité, c'est-à-dire que la décision de révocabilité d'un membre de l'autorité indépendante relève exclusivement de celle-ci. Également, le fait qu'un tel mandat n'est pas renouvelable réduit le risque de pression par l'autorité de nomination⁷⁶¹.
774. Ce critère de l'indépendance des autorités est confirmé par les juridictions constitutionnelles en France et au Koweït. En France, le Conseil constitutionnel français a déjà confirmé, à propos de la Commission des opérations de bourse, « que tant le mode de désignation des membres que la durée fixe de leur fonction sont à même de garantir l'indépendance de la Commission dans l'exercice de ses missions »⁷⁶². C'est aussi le cas du Conseil d'État qui a jugé que le gouvernement ne pouvait mettre fin aux fonctions de président de la Commission de la concurrence même si celui-ci atteint dans son corps d'origine⁷⁶³ la limite d'âge de son grade car « le législateur a entendu garantir l'indépendance [...] en donnant à ses fonctions une durée fixe »⁷⁶⁴. Au Koweït, la Cour constitutionnelle estime que l'indépendance du Bureau de comptabilité exigée par l'article 151 de la Constitution⁷⁶⁵ ne peut être atteinte que si la durée de la fonction de ses membres n'est ni révocable ni renouvelable⁷⁶⁶.
775. En ce qui concerne la HATVP, cette garantie d'indépendance est bien remplie. Ainsi l'article 19 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique précise, dans l'alinéa III, que « les membres de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique sont nommés pour une durée de six ans, non renouvelable ». Cette durée fixe est assortie d'une irrévocabilité de mandat. L'irrévocabilité de leur mandat est garantie par l'article 6 de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes qui prévoit que « le mandat de membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante n'est pas

⁷⁶¹ Assemblée Nationale, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Rapport sur Les autorités administratives indépendantes, présenté par Patrice Gélard, n° 3166, Tome I, p. 20.

⁷⁶² Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC.

⁷⁶³ Selon l'article 2 de la loi 19 juillet 1977, le Président de la commission est nommé par décret pour une durée de six ans, choisi parmi les membres du Conseil d'Etat et les magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire.

⁷⁶⁴ CE, assemblée, 7 juillet 1989, Ordonneau, n° 56627.

⁷⁶⁵ « Un bureau de comptabilité et de contrôle financier est créée par une loi qui garantit son indépendance... ».

⁷⁶⁶ Koweït, Cour const., 29 mai 2006, n° 14/2005.

révocable ». Néanmoins, en cas de manquement grave aux obligations légales ou d'incapacité définitive empêchant la poursuite de son mandat, l'article 6 de la loi précitée organise strictement la révocabilité des membres de la HATVP. Il précise qu'« il ne peut être mis fin aux fonctions d'un membre du collège que dans les formes prévues pour sa nomination soit en cas de démission, soit, sur proposition du président ou d'un tiers des membres du collège, après délibération, à la majorité des trois quarts des autres membres du collège que l'intéressé ». Avant cette loi qui organise l'irrévocabilité de toute autorité administrative indépendante, l'irrévocabilité des membres de la HATVP prévalait déjà pour les protéger contre le pouvoir exécutif. Selon l'alinéa II de l'article 19 de la loi du 11 octobre 2013 sur la transparence, le fait de suspendre le mandat d'un de ses membres ou d'y mettre fin relève de la majorité des trois quarts des autres membres, lorsqu'il se trouve dans une situation d'incompatibilité, qu'il soit empêché d'exercer ses fonctions ou qu'il ait manqué à ses obligations.

776. Concernant l'APA, la loi koweïtienne anticorruption prévoit, à l'article 9, que « la durée du mandat du conseil d'administration est de quatre ans, renouvelable une fois ». On peut constater que le mandat de ce conseil n'est pas non renouvelable. Mais cela ne peut pas écarter totalement l'indépendance de l'APA parce que la durée de mandat n'est pas assez longue, que « l'expérience acquise doit pouvoir être conservée »⁷⁶⁷ et que ce renouvellement n'est valable qu'une fois. Par rapport à l'irrévocabilité, aucune autorité autre que les membres du conseil d'administration de l'APA ne peut mettre fin au mandat des membres de ladite autorité. L'alinéa 2 de l'article 9 de la loi anticorruption prévoit que « le ministre de la justice ne peut mettre fin au mandat d'un des membres du Conseil d'administration de ladite autorité que sur la base d'une suggestion de la majorité des membres du conseil d'administration et après avoir effectué une enquête administrative ».

3. Le régime des incompatibilités

777. Marie-Anne Frison-Roche relève que « toutes les désignations des membres du collège des autorités administratives indépendantes sont assorties de textes relatifs aux incompatibilités. L'idée est qu'il n'est pas possible d'être indépendant si l'on est en conflit d'intérêts. Quand bien même les membres de l'autorité auraient la force morale de se détacher d'un intérêt qui les attire d'un côté, l'impartialité et l'indépendance doivent « se donner à voir », l'apparence d'un conflit d'intérêts suffisant pour compromettre le crédit de l'autorité »⁷⁶⁸. Ce régime est adopté par le législateur français dans la loi du

⁷⁶⁷ Pierre-Henri Conac, « Renforcement du contrôle démocratique des autorités administratives et publiques indépendantes », *Rev. Sociétés*, 2017, p. 250.

⁷⁶⁸ Marie-Anne Frison-Roche, « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, présenté par Patrice Gélard, 15 juin 2006, Tome II, p. 67.

20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

778. Le régime des incompatibilités de la HATVP est consacré dans l'article 19 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. D'une part, « le mandat des membres de la Haute Autorité est incompatible avec toute autre fonction ou tout autre mandat dont les titulaires sont assujettis aux obligations déclaratives ». D'autre part, les membres de ladite autorité sont obligés de déclarer leur situation patrimoniale et leurs intérêts. Enfin, les membres nommés par le président de l'Assemblée nationale et par le Président du Sénat ne doivent pas exercer de fonctions de membre du gouvernement, de mandat parlementaire ou de fonctions énumérées à l'alinéa I de l'article 11 de la loi précitée depuis au moins trois ans.
779. Concernant l'APA, selon l'article 16 de la loi n° 2/2016 anticorruption, tout membre a interdiction de « 1- effectuer une activité commerciale pour lui-même, en tant qu'agent, tuteur ou sur procuration pour toute autre personne, ou de bénéficier d'une activité commerciale exercée par un tiers ; 2- exercer toute fonction, profession, ou tout autre travail rémunéré ou non, y compris occuper un poste ou un emploi au sein du gouvernement, organismes, institutions ou encore au sein d'entreprises privées ou publiques ; 3- participer à la composition du Conseil d'administration, fournir tout service, ou d'être consultant directement ou indirectement pour une autre entité ; 4- prendre des frais, directement ou indirectement, par une autre entité ».
780. L'indépendance organique nécessite une indépendance fonctionnelle qui assure aux membres des autorités de transparence de ne pas être soumis à une autre autorité pour exercer leur fonction.

B. L'indépendance fonctionnelle

781. L'indépendance fonctionnelle signifie que les autorités de transparence disposent d'une autonomie de gestion administrative et financière. Autrement dit, les ressources budgétaires et humaines allouées à une autorité indépendante déterminent son indépendance fonctionnelle, ce qui lui permet de mettre en œuvre efficacement ses prérogatives en se fondant sur son expertise propre⁷⁶⁹.
782. Les législateurs français et koweïtien assurent l'indépendance fonctionnelle pour les autorités de la transparence par l'autonomisation de la gestion fonctionnelle (1) et par l'autonomisation de la gestion budgétaire (2).

⁷⁶⁹ Office parlementaire d'évaluation de la législation, Rapport sur les autorités administratives indépendantes, présenté par Patrice Gélard, Assemblée nationale rapport n° 3166 et Sénat rapport n° 404, Tome I, p. 88.

783. Le législateur koweïtien renforce symboliquement cette autonomisation en confiant à l'APA une personnalité morale, tandis que le législateur français ne la confie pas à la HATVP. Mais cela n'affecte pas l'indépendance fonctionnelle (3).

1. La gestion fonctionnelle

784. Si le mode de désignation des hauts membres d'une autorité administrative constitue un critère important pour la qualification d'indépendance organique, la possibilité pour ladite autorité de recruter librement son personnel, d'organiser leur statut et de les protéger contre les autres autorités constitue un élément fondamental en faveur de l'indépendance fonctionnelle.

785. L'article 10 de la loi koweïtienne anti-corruption précise l'indépendance de la gestion fonctionnelle de l'APA en prévoyant que « le conseil d'administration est compétent pour : [...] 2- adopter une règle générale d'organisation du fonctionnement, de recrutement et d'adopter les règlements internes pour les affaires budgétaires et administratives en prenant en compte la politique de recrutement adoptée par l'Autorité de la fonction publique ».

786. En effet, le législateur koweïtien confie à l'APA des compétences similaires à celles de l'Autorité de la fonction publique qui est considérée, selon la loi 15/1979 relative à l'organisation de la fonction publique, comme étant l'autorité compétente pour le recrutement dans les entités administratives. Dès lors, le conseil d'administration a le pouvoir de recruter son personnel et d'établir des règlements intérieurs organisant les fonctions sans aucune intervention de l'Autorité de la fonction publique. De plus, il a la possibilité de recourir, si nécessaire, à des agents contractuels. Cette dérogation à la loi n° 15/1979 relative à l'organisation de la fonction publique est déjà qualifiée, par la Cour de cassation du Koweït, comme un aspect de l'indépendance fonctionnelle. En ce sens, elle précise que le pouvoir pour une autorité de compétence de recruter, promouvoir, sanctionner ses personnels, ou de manière générale organiser ses affaires administratives et fonctionnelles sans avoir à demander l'approbation de l'Autorité de la fonction publique constitue une garantie d'indépendance de l'autorité dans l'exercice ses fonctions⁷⁷⁰.

787. L'indépendance de la gestion fonctionnelle de l'APA entraîne ainsi, comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article 12 de la loi précitée, que les agents de l'APA ne sont responsables que devant leur président. Ce faisant, les agents de l'APA ne sauraient recevoir aucune instruction de quelque pouvoir que ce soit.

⁷⁷⁰ Koweït, Cass. admins., 18 novembre 2002, n° 598/2000.

- 788.** En France, l'indépendance fonctionnelle de la HATVP était déjà prévue dans la loi du 11 octobre 2013 qui lui octroyait toutes les compétences nécessaires à l'accomplissement de ses missions : « elle peut bénéficier de la mise à disposition de fonctionnaires et recruter, au besoin, des agents contractuels », et « adopte un règlement général déterminant les autres règles d'organisation et de fonctionnement »⁷⁷¹. Désormais, cette indépendance est consacrée dans la loi précitée du 20 janvier 2017⁷⁷². De plus, le décret du 23 décembre 2013 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ⁷⁷³ assure la gestion fonctionnelle dans son chapitre II intitulé « Organisation administrative et financière ». Dès lors, l'article 7 prévoit que « le président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique a autorité sur le personnel. Il est ordonnateur des recettes et des dépenses de la haute autorité ». L'article 9 précise que « sous l'autorité du président, le secrétaire général est chargé de la direction et du fonctionnement des services, dont il assure la gestion administrative et financière ».
- 789.** Par ailleurs, l'indépendance fonctionnelle dans son aspect de gestion administrative requiert nécessairement une gestion budgétaire.

2. La gestion budgétaire

- 790.** L'autonomie de gestion budgétaire des autorités de transparence est une garantie de leur indépendance de fonctionnement. Les législateurs français et koweïtien l'ont prise en compte.
- 791.** En France, l'article 18 de la loi du 20 janvier 2017 prévoit que « la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées n'est pas applicable à la gestion des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes »⁷⁷⁴. Cette disposition exprime clairement l'indépendance financière de l'autorité. Elle signifie que les dépenses de la HATVP ne font pas l'objet d'un « contrôle *a priori* d'un contrôleur financier du ministère des finances »⁷⁷⁵. Autrement dit, les missions de la HATVP ne sont pas soumises à la pression du pouvoir exécutif.
- 792.** Au Koweït, la loi n° 2/2016 anticorruption rend l'APA indépendante financièrement de trois façons. Tout d'abord, en ce qui concerne l'utilisation des crédits, elle donne au président de l'APA des pouvoirs

⁷⁷¹ VI et VII de l'article 19 de la loi 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

⁷⁷² L'alinéa 2 de l'article 9 de cette loi précise que « dans l'exercice de leurs attributions, les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes ne reçoivent ni ne sollicitent d'instruction d'aucune autorité ».

⁷⁷³ Décret n° 2013-1204 du 23 décembre 2013 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, *JORF*, n° 298, 24 décembre 2013, p. 21094.

⁷⁷⁴ Cette disposition a été consacrée par la loi 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

⁷⁷⁵ Michel Degoffe, « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA*, 2008, p. 622 ; Aurélie Cappello, « Autorités administratives indépendantes », *Rép. pén.*, octobre 2016, n° 173.

similaires à ceux du ministre des finances ce qui en fait l'ordonnateur des dispenses. Ensuite, il appartient au conseil d'administration de l'APA de préparer le projet de son budget propre et de l'envoyer au ministère des finances en suivant les procédures de préparation de budget de l'État. Enfin, au cas où le ministère des finances n'est pas d'accord avec le projet de budget de l'APA, le Ministre des finances ne peut prendre aucune décision sur ce litige et doit le présenter au Conseil des ministres qui est compétent au regard de l'article 18 de la loi anti-corruption. Cette dérogation vise à impliquer la responsabilité politique de l'ensemble du gouvernement au cas où le Conseil des ministres ne peut pas justifier son désaccord sur la préparation faite par l'APA.

3. La personnalité morale

793. Le fait de doter de la personnalité morale une autorité indépendante vise à la rendre libre de toute tutelle administrative. C'est le cas de l'APA. L'alinéa 1 de l'article 12 de la loi koweïtienne prévoit que le président du conseil d'administration représente l'APA devant les autorités et les tiers.
794. En revanche, le législateur français ne fait pas référence à l'attribution de la personnalité morale à la HATVP. En effet, la personnalité morale des autorités de transparence n'affecte pas réellement leur indépendance fonctionnelle tant qu'elles conservent leur autonomie de gestion fonctionnelle et financière⁷⁷⁶. En ce sens, Marie-Anne Frison-Roche souligne que même s'il n'est « pas techniquement acquis qu'il faille cette personnalité pour que les autorités administratives indépendantes soient effectivement indépendantes [...], il peut y avoir urgence symbolique si le législateur veut expliciter sa volonté politique de soutenir l'indépendance la plus grande possible »⁷⁷⁷. En outre, même si ce symbolique octroi de la personnalité morale à une autorité n'est pas suffisant pour que l'on puisse garantir l'indépendance, il est indéniable que la qualification d'indépendance a besoin de sens réel et non uniquement de symboles. Par exemple, au Koweït, bien que l'Autorité publique de l'investissement ait la personnalité morale, cela ne garantit pas son indépendance à l'égard du pouvoir politique puisque le ministre des finances est le président de son conseil d'administration⁷⁷⁸. Il en va de même en France où le directeur général du Trésor ou son représentant siégeant auprès de toutes les formations de l'Autorité des marchés financiers (AMF) peut, sauf en matière de sanction, demander une nouvelle délibération ; sa

⁷⁷⁶ V. Jean-Philippe Kovar et Jérôme Lasserre Capdeville, « L'indépendance des autorités de régulation financière », *RDBF*, n° 3, Mai 2012.

⁷⁷⁷ Marie-Anne Frison-Roche, « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », *in* Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Office parlementaire d'évaluation de la législation, présenté par Patrice Gélard, 15 juin 2006, Tome II, p. 60.

⁷⁷⁸ L'article 3 de la loi n° 47/1982 portant à la création de l'autorité publique d'investissement.

présence n'est pas sans risque pour l'indépendance de cette autorité⁷⁷⁹. *A contrario*, les juridictions en droit français et koweïtien sont elles-mêmes dépourvues de personnalité morale, sans que leur indépendance soit pour autant sujette à caution⁷⁸⁰. Dès lors, le fait de doter de la personnalité morale les autorités de transparence est une question symbolique plus qu'une question déterminante sur l'indépendance fonctionnelle.

795. Au terme de cette section, il convient de souligner que l'indépendance organique et fonctionnelle de la HATVP est l'un des arguments du Conseil constitutionnel français sur le respect du principe de séparation des pouvoirs. Le Conseil a énuméré les aspects de l'indépendance organique et fonctionnelle pour rejeter la contestation de certains députés sur le pouvoir de vérification de la situation patrimoniale et d'intérêts des élus confié à l'HATVP⁷⁸¹.
796. En France, le législateur a institué l'Agence française anticorruption (AFA) dotée de la Commission des sanctions. Cette commission est également indépendante pour qu'elle puisse exercer sa prérogative de punition sans porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs.

§ 2. LA COMMISSION DES SANCTIONS DE L'AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION

797. La loi française du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique crée l'Agence française anticorruption (AFA). Cette agence est, selon l'article 1 de cette loi, chargée d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Cette mission ne soulève aucune question en matière de principe de séparation des pouvoirs de sorte que l'AFA ne dépasse pas les limites de la fonction exécutive. Ainsi, la recherche de l'indépendance de cette agence n'est pas nécessaire dans notre étude.
798. Néanmoins, la mission de l'AFA est renforcée par le pouvoir d'infliger des sanctions ayant le caractère d'une punition. Ainsi, si l'AFA constate le manquement au respect des mesures et procédures mentionnées dans l'article 17 de la loi précitée, elle peut saisir la Commission des sanctions afin que soit infligée une sanction pécuniaire. Sur ce point, le principe de séparation des pouvoirs exige qu'il revienne

⁷⁷⁹ Jean-Philippe Kovar et Jérôme Lasserre Capdeville, « L'indépendance des autorités de régulation financière », *RDBF*, *op. cit.*

⁷⁸⁰ Martine Lombard, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *CJEG/RJEP*, avril 2005, p. 127.

⁷⁸¹ Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-676 DC.

au seul juge, et singulièrement au juge pénal, de sanctionner les atteintes au droit⁷⁸². Pourtant, le Conseil constitutionnel considère que « le principe de la séparation des pouvoirs ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission ». Cette admission est conditionnée par le fait que l'exercice de ce pouvoir doit être assorti « de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier, doivent être respectés le principe de légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »⁷⁸³.

799. Ainsi, parmi les conditions posées par le Conseil constitutionnel pour respecter le principe de séparation des pouvoirs, il faut que la Commission des sanctions de l'AFA soit indépendante et impartiale. Nous traiterons, dans ce paragraphe, seulement la condition de l'indépendance et de l'impartialité de la Commission des sanctions (B) après avoir décrit sa mission (A). Nous aborderons les autres conditions dans la section suivante⁷⁸⁴.

A. La mission de la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption

800. L'article 2 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dispose que l'AFA « comprend une Commission des sanctions chargée de prononcer les sanctions mentionnées au IV de l'article 17 ». L'article 17 de cette loi oblige certaines entités économiques de secteur privé et public à mettre en œuvre des mesures destinées à prévenir et à détecter les faits de corruption ou de trafic d'influence. Ces mesures sont : un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant

⁷⁸² François Brunet, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, p. 113. V. aussi dans ce sujet, Pierre de Montalivet, « Constitutions et autorité de régulation », *RDP*, 2014, p. 316 ; Emmanuel Piwnica, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, p. 915 ; Thierry Tuot, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », *AJDA*, 2001, p. 135.

⁷⁸³ Cons. const., 5 juillet 2013, n° 2013-331 QPC ; Cons. const., 13 décembre 2013, n° 2013-359 QPC. V. également Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC ; Cons. const., 14 octobre 2015, n° 2015-489 QPC ; Hélène Pauliat, « Quel statut constitutionnel pour les mises en demeure prononcées par des autorités administratives indépendantes ? », *RJEP*, n° 719, Mai 2014, comm. 23 ; Renaud Salomon, « Le pouvoir de sanction des autorités administrative indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales », *Dr. sociétés*, n° 8-9, Août 2000, chron. 17 ; Marcel Pochard, « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *AJDA*, 2001, p. 106 ; Quentin Epron, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA*, 2011, p. 1007.

⁷⁸⁴ *Infra* n° 826 et suiv.

susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence ; un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements ; une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption ; des procédures d'évaluation de la situation des clients ; des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence ; un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ; un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la société en cas de violation du code de conduite de la société ; un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

- 801.** L'AFA contrôle le respect de ces mesures. Si elle constate des manquements à ces mesures, elle peut saisir la Commission des sanctions.
- 802.** La Commission des sanctions a deux choix. D'une part, elle peut fixer un délai n'excédant pas trois ans dans lequel l'entité contrôlée par la direction de l'AFA doit adapter les procédures de conformité internes destinées à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence. D'autre part, la Commission peut également infliger une sanction pécuniaire dont le montant ne peut excéder 200 000 euros pour les personnes physiques et 1 million d'euros pour les personnes morales. Dans tous les cas, la décision de la Commission doit être motivée et prononcée après que la personne concernée ou son représentant a été entendue ou, à défaut, dûment convoqué.
- 803.** L'article 5 du décret du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption⁷⁸⁵ organise les procédures devant la Commission des sanctions. Ainsi, le président de la commission informe la personne mise en cause qu'elle peut se faire assister par le conseil de son choix. Il lui communique l'avis de la direction de l'AFA et l'invite à présenter ses observations dans un délai de deux mois à compter de la date figurant sur l'avis de réception. Ensuite, le président de la commission convoque la personne mise en cause à une audience qui ne peut se tenir dans un délai inférieur à dix jours.
- 804.** Le pouvoir de sanction confié à la Commission des sanctions de l'AFA exige que la Commission soit soumise à une organisation garantissant son indépendance et son impartialité afin de respecter le principe de séparation des pouvoirs.

⁷⁸⁵ Décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption, *JORF*, n° 63, 15 mars 2017, texte n° 31.

B. L'indépendance et l'impartialité de la Commission des sanctions

- 805.** Comme évoqué ci-dessus, l'une des conditions posées par le Conseil constitutionnel français pour permettre à une autorité non judiciaire d'infliger une punition est le respect des principes d'indépendance et d'impartialité découlant du principe de séparation des pouvoirs. Cette condition est totalement satisfaisante pour la Commission des sanctions de l'AFA.
- 806.** D'une part, l'indépendance de la Commission trouve son fondement dans l'article 2 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Cet article prévoit que « la commission des sanctions est composée de six membres : 1° deux conseillers d'État désignés par le vice-président du Conseil d'État ; 2° deux conseillers à la Cour de cassation désignés par le premier président de la Cour de cassation ; 3° deux conseillers maîtres à la Cour des comptes désignés par le premier président de la Cour des comptes. Les membres de la commission sont nommés par décret pour un mandat de cinq ans. Le président de la commission est désigné parmi ses membres, selon les mêmes modalités ». Cette forme de composition satisfait l'indépendance parce que les membres de cette Commission sont nommés par des autorités autres que celle de la direction de l'AFA. Ainsi, à l'instar des juridictions répressives, la Commission qui exerce le pouvoir de sanction est indépendante de la direction de l'AFA qui exerce l'enquête. Cette disposition est assurée par l'article 2 de la loi précitée en prévoyant que le magistrat qui dirige l'AFA « ne peut être membre de la Commission des sanctions ni assister à ses séances ».
- 807.** D'autre part, afin de garantir l'impartialité de la Commission des sanctions, la loi du 9 décembre 2016 renvoie à un décret en Conseil d'État pour préciser les conditions de récusation des membres de la Commission des sanctions. Ainsi, l'article 6 du décret du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption prévoit qu'« aucun membre de la Commission des sanctions ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle il a un intérêt ou a eu un intérêt au cours des trois années précédant la délibération ». Dès lors, cet article organise les procédures de la demande de récusation.
- 808.** L'indépendance organique et fonctionnelle des autorités de la transparence et l'indépendance et l'impartialité de la Commission des sanctions de l'AFA ne sont pas à elles seules suffisantes pour respecter le principe de séparation de pouvoirs, certaines limites devant être respectées.

SECTION II.

LA LIMITATION DES PREROGATIVES DES INSTITUTIONS ANTICORRUPTION

- 809.** L'adaptation des institutions anticorruption au principe de séparation des pouvoirs conduit les droits français et koweïtien à respecter certaines limites posées par le principe de séparation des pouvoirs. Ces limites se manifestent tant dans les prérogatives des autorités française et koweïtienne de transparence que dans les prérogatives de la Commission des sanctions de l'AFA en droit français.
- 810.** En ce qui concerne la Commission des sanctions de l'AFA, le législateur français assure les conditions qui permettent à cette Commission d'infliger des sanctions ayant le caractère d'une punition sans porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs.
- 811.** En ce qui concerne les autorités de transparence, c'est-à-dire la HATVP et l'APA, le principe de séparation des pouvoirs limite leurs prérogatives de contrôle des déclarations des magistrats et des parlementaires. Or, en raison, d'une part, de la différence des modalités de garanties d'indépendance pour les pouvoirs législatif et judiciaire entre les droits français et koweïtien et, d'autre part, de la différence des missions des autorités de transparence entre ces mêmes droits, la limitation des prérogatives de ces autorités est différente entre ces deux droits.
- 812.** Dès lors, afin de cerner la question du respect du principe de séparation des pouvoirs, nous abordons la limitation des prérogatives des institutions anticorruption, d'abord en droit français (§ 1), ensuite en droit koweïtien (§ 2).

§ 1. EN DROIT FRANÇAIS

- 813.** Afin de respecter la séparation des pouvoirs, la limitation des prérogatives des institutions anticorruption concerne tant la HATVP que la Commission des sanctions de l'AFA
- 814.** L'adaptation au principe de la séparation des pouvoirs réside, pour la HATVP, dans le respect de l'autonomie des parlementaires et des magistrats (A), alors qu'elle réside, pour la Commission des sanctions de l'AFA, dans la soumission de la procédure de sanction aux garanties fondamentales (B).

A. La HATVP : le respect de l'autonomie des parlementaires et des magistrats

- 815.** Pour assurer la probité des décideurs publics, la HATVP reçoit, selon l'article 20 de la loi relative à la transparence, les déclarations de situation patrimoniale ainsi que les déclarations d'intérêts, en assure la vérification, le contrôle et, le cas échéant, la publicité. Elle se prononce aussi sur les situations pouvant

constituer un conflit d'intérêts. Ces missions sont assurées par le pouvoir d'adresser des injonctions auxquelles le fait de ne pas déférer est incriminé.

- 816.** En effet, ces missions et attributions se trouvent limitées, pour les parlementaires et les magistrats, en raison du respect du principe de séparation des pouvoirs. Pour les parlementaires, c'est le Conseil constitutionnel qui émet des réserves pour que les missions de la HATVP soient conciliables avec le principe de l'indépendance des parlementaires. Ainsi le pouvoir d'adresser l'injonction de mettre fin à une situation de conflit d'intérêts est interdit (1). Pour les magistrats, c'est le législateur qui prend en compte les particularités du statut de la magistrature (2).

1. L'interdiction d'injonction de mettre fin à un conflit d'intérêts pour la fonction parlementaire

- 817.** Comme nous l'avons expliqué plus haut, le Conseil constitutionnel décide que le principe de séparation de pouvoir ne fait pas obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante soit chargée de contrôler la variation de la situation patrimoniale des parlementaires, reçoive leurs déclarations d'intérêts et d'activités et saisisse le bureau de l'Assemblée nationale ou du Sénat et le parquet en cas de violation des obligations. Pour compléter ces missions, il accepte aussi que la HATVP ait le pouvoir d'adresser des injonctions. Ainsi, la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique insère dans le Code électoral l'article LO 135-4 qui dispose que lorsqu'une déclaration de situation patrimoniale ou une déclaration d'intérêts et d'activités est incomplète ou lorsqu'il n'a pas été donné suite à une demande d'explications de la Haute Autorité, celle-ci adresse au député une injonction tendant à ce que la déclaration complétée ou les explications demandées lui soient transmises sans délai. Le fait pour un député de ne pas déférer aux injonctions de la HATVP ou de ne pas lui communiquer les informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission dans un délai d'un mois à compter de la notification de l'injonction ou de la demande de communication est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.
- 818.** Néanmoins, le Conseil constitutionnel, s'érigeant en « gardien de l'autonomie parlementaire »⁷⁸⁶, émet une réserve d'interprétation éliminant la possibilité pour la HATVP de formuler à l'égard d'un député ou d'un sénateur une injonction tendant à ce qu'il soit mis fin à une situation de conflit d'intérêts en lien

⁷⁸⁶ Thomas Acar et Antonin Gelblat, « Transparence de la vie publique (Constitution) : Validation partielle des lois organique et ordinaire du 11 octobre 2013 », *in* Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 21 octobre 2013, disponible sur : <https://revdh.files.wordpress.com/2013/10/lettre-adl-du-credof-21-octobre-2013.pdf>

avec l'exercice de son mandat⁷⁸⁷. En effet, cette réserve peut s'expliquer par le fait que ce pouvoir apparaîtrait comme une soumission réelle exercée par une autorité administrative sur un représentant du peuple. D'ailleurs, le commentaire officiel⁷⁸⁸ de la décision du Conseil constitutionnel clarifie la distinction opérée par le Conseil entre les pouvoirs de la HATVP selon qu'il s'agit de la déclaration d'intérêts ou de la déclaration de patrimoine : « s'agissant de la déclaration de situation patrimoniale, ce pouvoir d'injonction n'était pas contraire à la séparation des pouvoirs. L'obligation de déclarer l'ensemble de la situation patrimoniale résulte de la loi et l'appréciation du caractère exhaustif et sincère de la déclaration n'a pas d'incidence sur l'exercice du mandat parlementaire. Cette déclaration est inhérente à la personne et non au parlementaire. Il n'en va pas de même en matière de contrôle des déclarations d'intérêts et d'activités, dans la mesure où ces déclarations portent notamment sur les activités et liens susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts avec l'exercice du mandat parlementaire. Le Conseil constitutionnel a jugé que le principe de la séparation des pouvoirs faisait obstacle à ce qu'une autorité administrative, fût-elle indépendante, puisse formuler à l'égard d'un député ou d'un sénateur une injonction en lien, même indirect, avec l'exercice de son mandat ». Dès lors, le Conseil constitutionnel tend, dans cette interprétation, à ce que les parlementaires ne puissent pas, grâce au principe de séparation des pouvoirs, être soumis à une autorité autre que celle issue du Parlement.

- 819.** Cette interprétation rend la loi cohérente de sorte qu'elle introduit, par l'article 3, l'article 4 *quater* au sein de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires. Selon cet article, « le bureau de chaque assemblée, après consultation de l'organe chargé de la déontologie parlementaire, détermine des règles en matière de prévention et de traitement des conflits d'intérêts. Il veille à leur respect et en contrôle la mise en œuvre »⁷⁸⁹.

⁷⁸⁷ Cons. const., 9 Octobre 2013, n° 2013-675 DC, considérant 39 : « Considérant que les principes précités {séparation des pouvoirs} ne font pas non plus obstacle à ce que la Haute autorité reçoive les déclarations d'intérêts et d'activités des députés et des sénateurs, procède à leur vérification et saisisse, d'une part, le Bureau de l'Assemblée nationale ou du Sénat et, d'autre part, le parquet, en cas de violation des obligations déclaratives énoncées à l'article L.O. 135-1 ; que, toutefois, la déclaration d'intérêts et d'activités porte notamment sur les activités et liens « susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts » avec l'exercice du mandat parlementaire ; que, dès lors, les dispositions de l'article L.O. 135-4 ne sauraient, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, permettre à la Haute autorité d'adresser à un député ou un sénateur une injonction dont la méconnaissance est pénalement réprimée, relative à ses intérêts ou ses activités ou portant sur la déclaration qui s'y rapporte ; que, sous cette réserve, l'article L.O. 135-4 du code électoral n'est pas contraire à la séparation des pouvoirs ».

⁷⁸⁸ Commentaire des Décisions n° 2013-675 DC et 2013-676 DC du 9 octobre 2013, p. 30.

⁷⁸⁹ Cet article a pour but de conserver la spécificité de la fonction parlementaire selon laquelle la décision en matière de conflit d'intérêts d'un parlementaire est du ressort de pouvoir législatif, ce qui relève des règles internes des assemblées parlementaires. V. Assemblée nationale, L'exposé des motifs de l'amendement n° CL241 présenté par Jean-Jacques Urvoas, 3 juin 2013, Transparence de la vie publique (projet de loi), Doc. parl., n° 1005.

820. Le Conseil constitutionnel a émis, et plus clairement d'ailleurs, la même réserve d'interprétation s'agissant des collaborateurs du président de l'Assemblée nationale ou du Président du Sénat. Il estime ainsi que les exigences de la séparation des pouvoirs ne peuvent pas autoriser la Haute Autorité à adresser aux collaborateurs du président de l'Assemblée nationale ou du président du Sénat, lesquels relèvent de la seule autorité du président de l'Assemblée nationale ou du président du Sénat, une injonction de mettre fin à une situation de conflit d'intérêts⁷⁹⁰. Dans ce cas, le Conseil étend le principe démocratique de séparation des pouvoirs aux collaborateurs en considérant que le mandat de parlementaire ne sera indépendant que si les contours de la fonction parlementaire ne sont définis que par des responsables parlementaires.

2. La prise en compte des particularités du statut de la magistrature

821. Les particularités du statut de la magistrature résident dans le principe d'indépendance, principe découlant évidemment du principe de séparation des pouvoirs. Comme l'indique l'article 64 de la Constitution, « le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. Une loi organique porte statut des magistrats. Les magistrats du siège sont inamovibles ». Cette indépendance nécessite, comme le dispose l'article 65 de la Constitution, qu'il appartient au Conseil supérieur de la magistrature de se prononcer sur les questions relatives à la déontologie des magistrats.

822. Dans les travaux préparatoires de la loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, le législateur français fait preuve d'une prudence en raison des « particularités du statut de la magistrature »⁷⁹¹. D'une part, la déclaration d'intérêts des magistrats ne sera pas adressée à la HATVP comme la déclaration d'intérêts faite par les parlementaires. D'autre part, le projet envisage la création d'une commission *ad hoc*, composée de membres appartenant au corps judiciaire, appelée « Commission de recueil des déclarations de patrimoine des magistrats de l'ordre judiciaire », afin de recevoir et de contrôler ces déclarations de situation patrimoniale.

823. Toutefois, cette rigueur a été atténuée en ce qui concerne la déclaration de situation patrimoniale. La Commission des lois du Sénat a adopté un amendement renvoyant directement à la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence et à la décision de Conseil constitutionnel sur cette loi en supprimant la

⁷⁹⁰ Cons. const., 9 Octobre 2013, n° 2013-676 DC, considérant 45.

⁷⁹¹ Sénat, Commission des lois, Rapport n° 119, projet de loi organique relatif à l'indépendance et l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société, présenté par François Pillet, 28 Octobre 2015.

« Commission de recueil des déclarations de patrimoine des magistrats de l'ordre judiciaire ». Elle a justifié son choix par le fait que, d'une part, cette commission n'a pas les mêmes pouvoirs que la HATVP comme l'injonction, l'investigation et l'appui de l'administration fiscale et que, d'autre part, elle a justifié la déclaration de situation patrimoniale des magistrats à la HATVP par le fait que le principe de séparation des pouvoirs n'a pas fait obstacle à ce que les parlementaires soient soumis à une telle autorité administrative⁷⁹².

- 824.** Dès lors, la prise en compte des particularités du statut de la magistrature concerne un régime particulier de la déclaration d'intérêts. L'article 26 de la loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature insère l'obligation de déclaration d'intérêts (articles 7-1 à 7-3) à l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Ainsi, chaque magistrat remet, lors de l'installation dans ses fonctions, la déclaration de ses intérêts à son chef de juridiction ou à son chef de cour⁷⁹³. D'ailleurs, le législateur crée, afin d'éviter le problème potentiel d'indépendance de la justice par rapport à la HATVP⁷⁹⁴, un collège de déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire. Il s'agit d'une structure indépendante⁷⁹⁵ chargée de rendre des avis sur toute question déontologique

⁷⁹² *Ibid.*

⁷⁹³ L'article 7-2 I de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature prévoit que « dans les deux mois qui suivent l'installation dans leurs fonctions, les magistrats remettent une déclaration exhaustive, exacte et sincère de leurs intérêts :

1° Au président du tribunal, pour les magistrats du siège d'un tribunal de première instance ;

2° Au procureur de la République près ce tribunal, pour les magistrats du parquet d'un tribunal de première instance ;

3° Au premier président de la cour d'appel, pour les magistrats du siège d'une cour d'appel et pour les présidents des tribunaux de première instance du ressort de cette cour ;

4° Au procureur général près cette cour, pour les magistrats du parquet d'une cour d'appel et pour les procureurs de la République près des tribunaux de première instance du ressort de cette cour ;

5° Au premier président de la Cour de cassation, pour les magistrats du siège de la cour, pour les conseillers à la cour en service extraordinaire et pour les premiers présidents des cours d'appel ;

6° Au procureur général près la Cour de cassation, pour les magistrats du parquet de la cour, pour les avocats généraux à la cour en service extraordinaire et pour les procureurs généraux près des cours d'appel ».

⁷⁹⁴ Assemblée nationale, Commission des lois, Rapport n° 3716 relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, présenté par Cécile Untermaier, 4 mai 2016, p. 111.

⁷⁹⁵ L'article 10-2 II de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature prévoit que « le collège de déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire est composé :
« 1° D'un magistrat, en fonction ou honoraire, ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature, nommé par le Président de la République sur proposition de la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature se prononçant hors la présence du premier président de la Cour de cassation et du procureur général près ladite cour ;

2° Alternativement, d'un magistrat du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation, en fonctions ou honoraire, élu par l'assemblée des magistrats du siège hors hiérarchie de la cour ou d'un magistrat du parquet hors hiérarchie de la Cour de cassation, en fonctions ou honoraire, élu par l'assemblée des

concernant personnellement un magistrat, sur saisine de celui-ci ou de l'un de ses chefs hiérarchiques. Ce collège est aussi chargé d'examiner les déclarations d'intérêts qui lui sont transmises par l'autorité à laquelle la déclaration a été remise pour solliciter son avis sur la déclaration lorsqu'il existe un doute sur une éventuelle situation de conflit d'intérêts⁷⁹⁶. Considérant que la mission de ce collège se limite à rendre un avis, c'est-à-dire qu'il est dépourvu de pouvoir disciplinaire, le Conseil constitutionnel valide la non-contrariété de cette structure avec l'article 65 de la Constitution qui dispose qu'il appartient au Conseil supérieur de la magistrature de se prononcer sur les questions relatives à la déontologie des magistrats⁷⁹⁷.

825. Ces mesures particulières au statut de la magistrature et les réserves émises par le Conseil constitutionnel sur l'injonction de mettre fin à un conflit d'intérêts pour les parlementaires s'inscrivent dans le respect du principe de l'indépendance du pouvoir législatif et de l'autorité judiciaire et, par conséquent, dans le respect du principe de séparation des pouvoirs.

B. La Commission des sanctions de l'AFA : la soumission de la procédure de sanction aux garanties fondamentales

826. Le législateur français encadre le pouvoir de sanction confié à la Commission des sanctions de l'AFA pour respecter le principe de séparation des pouvoirs.

magistrats du parquet hors hiérarchie de la cour. Le premier président de la cour et le procureur général près la cour ne peuvent ni participer au vote ni être élus. Lorsqu'est élu un magistrat du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation, le magistrat élu au titre du 3° est un procureur général près une cour d'appel. Lorsque est élu un magistrat du parquet hors hiérarchie de la Cour de cassation, le magistrat élu au titre du 3° est un premier président de cour d'appel ;

3° Alternativement, d'un premier président de cour d'appel, en fonctions ou honoraire, élu par l'assemblée des premiers présidents de cour d'appel et d'un procureur général près une cour d'appel, en fonctions ou honoraire, élu par l'assemblée des procureurs généraux près les cours d'appel ;

4° D'une personnalité extérieure désignée, alternativement, par le vice-président du Conseil d'Etat parmi les membres du Conseil d'Etat en fonctions ou honoraires et par le premier président de la Cour des comptes parmi les magistrats en fonctions à la Cour des comptes ou honoraires ;

5° D'un universitaire nommé par le Président de la République sur proposition, alternativement, du premier président de la Cour de cassation et du procureur général près ladite cour.

Le président du collège de déontologie est élu en son sein par ses membres ».

⁷⁹⁶ L'article 10-2 I de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁷⁹⁷ Cons. const., 28 juillet 2016, n° 2016-732 DC : « Les dispositions qui instituent le collège de déontologie, qui le chargent de rendre des avis sur toute question déontologique individuelle et d'examiner les déclarations d'intérêts, et qui prévoient que ce collège est distinct du Conseil supérieur de la magistrature, tout en lui confiant le soin de rendre compte de l'exécution de ses missions au Conseil supérieur de la magistrature dans un rapport annuel ne contenant aucune information nominative pour favoriser l'élaboration du recueil des obligations déontologiques par ce Conseil, ne méconnaissent donc pas les exigences du huitième alinéa de l'article 65 de la Constitution ».

- 827.** Nous avons déjà indiqué que la Commission des sanctions de l'AFA satisfait la condition de l'indépendance et de l'impartialité posée par le Conseil constitutionnel⁷⁹⁸. Mais celui-ci encadre cette admission du pouvoir de sanction ayant le caractère d'une punition, considérée comme une exception au principe de séparation des pouvoirs, par certaines limites des garanties fondamentales. Ainsi, l'exercice de ce pouvoir doit être assorti de mesures « destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, [...], même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle »⁷⁹⁹.
- 828.** Les limites des garanties fondamentales sont manifestement assurées par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique qui a créé la Commission des sanctions de l'AFA.
- 829.** En premier lieu, malgré le caractère judiciaire de la composition de la Commission des sanctions ainsi que son indépendance et impartialité, le législateur qualifie ses décisions d'actes administratifs. C'est-à-dire que la personne sanctionnée par le Commission peut saisir le juge administratif. Ce dernier peut annuler, valider ou modifier la sanction infligée. Le VII de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique prévoit que « les recours formés contre les décisions de la commission des sanctions sont des recours de pleine juridiction ». Cette disposition garantit le droit fondamental de la personne sanctionnée au juge naturel.
- 830.** En deuxième lieu, le pouvoir de sanction de la Commission des sanctions est limité par le principe de la légalité des délits et des peines. L'article 17 de la loi précitée précise strictement les obligations auxquelles sont tenues les entités contrôlées par l'AFA. Il précise également les peines au cas où les entités ne respectent pas leurs obligations⁸⁰⁰.
- 831.** En troisième lieu, pour qu'une autorité administrative inflige, par exception au principe de la séparation des pouvoirs, une punition, il faut respecter le principe de proportionnalité et d'individualisation des peines. Ce principe est assuré en matière de choix de sanction par la Commission des sanctions de l'AFA. L'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 donne à cette commission le choix de la procédure proportionnelle. Ainsi, la Commission peut se borner à « enjoindre à la société et à ses représentants

⁷⁹⁸ *Supra* n° 800 et suiv.

⁷⁹⁹ Cons. const., 5 juillet 2013, n° 2013-331 QPC ; Cons. const., 13 décembre 2013, n° 2013-359 QPC. V. également Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC ; Cons. const., 14 octobre 2015, n° 2015-489 QPC.

⁸⁰⁰ V. *Supra* n° 800 et suiv.

d'adapter les procédures de conformité internes à la société destinées à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence, selon les recommandations qu'elle leur adresse à cette fin, dans un délai qu'elle fixe et qui ne peut excéder trois ans ». Ou elle prononce « une sanction pécuniaire dont le montant ne peut excéder 200 000 euros pour les personnes physiques et 1 million d'euros pour les personnes morales ». Dans ce cas, le choix du montant doit être proportionné à la gravité des manquements constatés et à la situation financière de la personne physique ou morale sanctionnée.

- 832.** Enfin, la Commission des sanctions de l'AFA ne peut prendre de sanction que si certaines mesures destinées à assurer les droits de la défense sont respectées. L'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 et le décret du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption organisent ces mesures. D'une part, les décisions de la Commission doivent être motivées. D'autre part, aucune sanction ni injonction ne peut être prononcée sans que la personne concernée ou son représentant ait été entendu ou, à défaut, dûment convoqué.
- 833.** Les prérogatives des autorités de transparence sont également limitées en droit koweïtien pour respecter le principe de séparation des pouvoirs.

§ 2. EN DROIT KOWEÏTIEN

- 834.** L'adaptation au principe de séparation des pouvoirs conduit le législateur koweïtien à traiter particulièrement les prérogatives de l'APA à l'égard des parlementaires et des magistrats. En effet, cette particularité a pour but de ne pas porter atteinte aux dispositions considérées comme étant des garanties de l'indépendance du pouvoir législatif et de l'autorité judiciaire.
- 835.** Le droit koweïtien comprend des dispositions constitutionnelles et législatives visant à garantir l'indépendance des pouvoirs législatif et judiciaire. Il consacre pour les parlementaires et les magistrats une inviolabilité de la procédure pénale.
- 836.** La loi n° 2/2016 relative à la lutte contre la corruption⁸⁰¹ a pris en compte ces dispositions en limitant les attributions de l'APA par lesquelles est réalisée sa mission de lutte contre la corruption.
- 837.** Nous évoquerons le traitement particulier des parlementaires et des magistrats (B) après avoir décrit les prérogatives de l'APA (A).

⁸⁰¹ La loi n° 2/2016 relative à la création de l'Autorité publique anticorruption et aux dispositions de déclaration de la situation financière, *JOK*, n° 1237, la soixante-deuxième année, 1 février 2016, p. 38.

A. Les prérogatives de l'Autorité publique anticorruption

- 838.** Le législateur koweïtien ne confie pas à l'APA seulement la mission de vérification de déclaration de situation patrimoniale, il lui confie aussi le pouvoir d'enquête préliminaire dévolu à la police judiciaire. Ainsi, comme la police judiciaire, l'APA est chargée de constater les infractions de corruption prévues dans la loi anticorruption, d'en rechercher les auteurs et de rassembler les preuves. L'article 28 prévoit que « sont applicables aux infractions de corruption les mêmes procédures d'enquête, d'arrestation et de poursuites énoncées par les lois en vigueur ».
- 839.** En appliquant cette disposition, l'article 24 de la loi anticorruption précise que l'APA peut recueillir immédiatement, après avoir pris connaissance de l'existence d'une suspicion d'infraction de corruption, les informations et les preuves relatives à cette infraction. Elle peut accéder aux dossiers et aux documents nécessaires tout comme elle peut demander à ce que lui soient fournis les données, informations et documents qui y sont liés.
- 840.** Également, comme le souligne l'article 34, en cas de soupçon d'enrichissement illicite, l'APA peut demander confidentiellement aux individus, entités publiques et privées, nationales ou étrangères, les informations, les clarifications et les documents nécessaires. Elle peut aussi demander au ministère public l'autorisation nécessaire pour obtenir les documents protégés par le secret financier ou y accéder.
- 841.** En outre, l'article 25 de la loi anticorruption précise qu'« en tenant compte des dispositions de l'article 28, l'Autorité publique anticorruption a le droit de convoquer quiconque aux fins d'audition sur l'une des infractions de corruption ».
- 842.** Néanmoins, toutes ces mesures ne peuvent pas être prises contre les magistrats et les parlementaires sans respecter les dispositions de l'inviolabilité de la procédure pour les magistrats et les parlementaires.

B. Le traitement particulier des parlementaires et des magistrats

- 843.** Le respect du principe de séparation des pouvoirs se manifeste par le fait que l'APA ne peut soumettre les personnes couvertes par l'inviolabilité à un acte d'enquête qu'en suivant les modalités requises en la matière.
- 844.** Le droit koweïtien consacre l'inviolabilité de la procédure pénale pour les parlementaires et les magistrats. Le fondement de cette inviolabilité se trouve dans la Constitution pour les parlementaires et dans la loi n° 23/1990 relative à l'organisation de la fonction judiciaire⁸⁰² pour les magistrats.

⁸⁰² La loi n° 23/1990 relative à l'organisation de la fonction judiciaire, *JOK*, n° 1867, la trente-sixième année, 10 mars 1990, p. 4.

- 845.** Ainsi l'article 111 de la Constitution prévoit qu'« excepté dans le cas où l'infraction est flagrante ou l'Assemblée nationale l'autorise préalablement, aucune mesure d'enquête, arrestation, détention, poursuite ou n'importe quelle autre mesure pénale ne peuvent être prises contre un membre du parlement tandis que l'Assemblée est en session. Si aucune décision n'est prise, dans un délai d'un mois, à compter du dépôt de la demande d'autorisation, cela est considéré comme autorisation ».
- 846.** L'article 37 de la loi relative à l'organisation de la fonction judiciaire prévoit qu'« excepté dans le cas où l'infraction est flagrante ou le Conseil supérieur de la magistrature l'autorise préalablement, aucune mesure d'enquête, arrestation, détention, poursuite ou n'importe quelle autre mesure pénale ne peuvent être prises contre un magistrat ».
- 847.** En raison du fait que l'APA se trouve investie de certaines missions de police judiciaire, le législateur koweïtien respecte les dispositions de l'inviolabilité de la procédure pour les magistrats et les parlementaires.
- 848.** C'est le deuxième alinéa de l'article 28 de la loi anticorruption qui consacre cette exception en précisant que « lorsqu'une personne impliquée dans l'une des infractions de corruption remplit les critères d'application d'une règle spéciale de procédure établie par la Constitution ou la loi, il faut poursuivre ces dispositions ». Cette prise en compte du traitement particulier des parlementaires et des magistrats est prévue également dans le décret d'application de la loi anticorruption. De la sorte, les articles 28, 31 et 45 relatifs aux mesures d'enquête et d'investigation tiennent compte des dispositions particulières pour les magistrats et les parlementaires.
- 849.** La Cour constitutionnelle valide par ailleurs ce traitement particulier en ce qui concerne les magistrats. Elle rejette le recours constitutionnel formé par cinq magistrats dans lequel ils demandent l'annulation des contrôles effectués par l'APA relatifs à la variation de leurs situations patrimoniales sous prétexte de la contrariété de cette mission avec l'indépendance de l'autorité judiciaire. La Cour estime qu'en considérant que l'APA est obligée de respecter la modalité et la procédure requise par la loi relative à l'organisation de la fonction judiciaire, le législateur assure ainsi l'indépendance de l'autorité judiciaire⁸⁰³.

⁸⁰³ Koweït, Cour const., 8 novembre 2017, n° 4/2017.

Conclusion du chapitre I

- 850.** Les droits français et koweïtien réussissent à surmonter la difficulté relevant du principe de séparation des pouvoirs. D'une part, ils limitent les missions des autorités de transparence à l'égard des parlementaires et des magistrats. D'autre part, ils trouvent dans la catégorie des autorités administratives indépendantes un fondement qui respecte l'indépendance des pouvoirs judiciaire et législatif à l'égard du pouvoir exécutif. En droit français, cette catégorie donne satisfaction au législateur français pour garantir l'indépendance et l'impartialité des autorités administratives, notamment à l'égard du pouvoir exécutif. En droit koweïtien, l'APA est considérée comme la seule autorité administrative qui détient ce type d'indépendance. Cela a conduit le ministère de la justice à annoncer que cette indépendance confiée à l'APA est entachée d'inconstitutionnalité parce qu'il ne peut exercer aucun contrôle sur elle. Il va donc présenter un projet de loi pour combler cette lacune⁸⁰⁴.
- 851.** Pour notre part, nous pensons que ce projet va affaiblir la crédibilité de l'APA et va être contradictoire avec la Convention des Nations unies relative à la lutte contre la corruption qui préconise que « chaque État Partie accorde à l'organe ou aux organes visés au paragraphe 1 du présent article l'indépendance nécessaire, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, pour leur permettre d'exercer efficacement leurs fonctions à l'abri de toute influence indue »⁸⁰⁵. De plus, l'APA n'est pas totalement exempte de contrôle. D'une part, elle doit adresser au Conseil des ministres et à l'Assemblée nationale un rapport semestriel relatif à ses missions. D'autre part, son indépendance prend sa source dans la loi qui la crée, ce qui permet au Parlement, le cas échéant sur proposition du gouvernement au sein d'un projet de loi, de décider la modification des modalités d'exécution de ses missions ou fonctionnement. Nous estimons d'ailleurs qu'il faut envisager, au sein du droit koweïtien, l'adoption d'un statut général pour les autorités administratives indépendantes.
- 852.** Les droits français et koweïtien prennent aussi en considération le fait que la phase en amont de la procédure pénale pour détecter et prévenir la corruption porte évidemment atteinte au principe du respect de la vie privée et au principe du secret des affaires. Ce faisant, la considération de ces principes réside dans le fait de mesurer l'atteinte.

⁸⁰⁴ *Aljarida*, 9 mars 2017, disponible sur : <http://www.aljarida.com/articles/1488996188899724300/>

⁸⁰⁵ L'alinéa 2 de l'article 6.

CHAPITRE II.

L'ATTEINTE MESUREE AUX PRINCIPES DE LA CONFIDENTIALITE

- 853.** La confidentialité trouve son fondement dans deux principes : le principe du respect de la vie privée et le principe du respect du secret des affaires. Ces deux principes ne sont pas des principes absolus. C'est-à-dire qu'il s'agit de principes susceptibles d'être sacrifiés aux intérêts généraux à condition toutefois que ces sacrifices soient proportionnels au but légitime poursuivi. Ainsi, les hautes juridictions constitutionnelles française et koweïtienne décident qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre le droit au respect de la vie privée et des exigences relevant d'un intérêt général ou d'un principe opposé. Par exemple, il a été jugé, en France et au Koweït, que la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions constituent un intérêt légitime justifiant l'atteinte à la vie privée⁸⁰⁶. Le Conseil constitutionnel français a également jugé, à plusieurs reprises, qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui est considérée comme le fondement du principe du secret des affaires, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général⁸⁰⁷.
- 854.** Le mouvement procédural de la lutte contre la corruption en droits français et koweïtien entraîne des procédures d'obligation de déclaration et de transparence qui portent directement atteinte aux principes de la confidentialité. Étant donné qu'elle est un moyen nécessaire pour lutter contre la corruption, l'atteinte aux principes qui protègent la confidentialité est inévitable. Le respect de ces principes réside ainsi dans le fait de mesurer l'atteinte.
- 855.** Au Koweït, la loi anticorruption⁸⁰⁸ oblige certains hauts cadres publics à déclarer leur situation patrimoniale pour que l'Autorité publique anticorruption (APA) la contrôle. Pour mesurer cette atteinte à la vie privée, la loi encadre cette obligation par le fait de ne pas divulguer ces contenus. Elle encadre également le contrôle exercé par l'APA.

⁸⁰⁶ Cons. const., 29 novembre 2013, n° 2013-357 QPC ; Koweït. Cour const., 3 novembre 2004, n° 10/2004.

⁸⁰⁷ Pour la liberté d'entreprendre en général, V. par exemple, Cons. const., 6 juillet 2016, n° 2016-551 QPC ; Cons. const., 13 janvier 2000, n° 99-423 DC. Pour le secret des affaires en particulier, V. Cons. const., 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC ; Cons. const., 22 décembre 2016, n° 2016-742 DC.

⁸⁰⁸ La loi n° 2/2016 relative à la création de l'Autorité publique anticorruption et aux dispositions de déclaration de la situation financière, *JOK*, n° 1237, la soixante-deuxième année, 1 février 2016, p. 38.

- 856.** En France, deux lois consacrent les obligations de déclaration de la situation de patrimoine et de déclaration d'intérêts. Il s'agit de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique⁸⁰⁹ et de la loi organique du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature⁸¹⁰. Afin de mesurer l'atteinte à la vie privée par ces procédures, le législateur ne permet pas de divulguer certaines informations et déclarations et le Conseil constitutionnel censure certaines dispositions.
- 857.** Le législateur français est allé plus loin. Il crée, par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique⁸¹¹ un répertoire numérique qui rend transparentes les relations entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics. Ce répertoire divulgue certaines informations relatives au montant des dépenses des représentants d'intérêts, ce qui porte atteinte au secret des affaires. Mais ces informations sont encadrées pour que cette atteinte ne soit pas disproportionnée. La loi du 9 décembre 2016 crée également l'Agence française anticorruption (AFA) qui exerce un contrôle sur certaines entités. Elle peut ainsi consulter certaines informations confidentielles. Dès lors, le principe du respect du secret des affaires est touché par ce contrôle.
- 858.** Par ailleurs, les législateurs français et koweïtien créent la procédure de protection des lanceurs d'alerte. Cette procédure peut porter atteinte aux principes de la confidentialité parce que l'État doit sanctionner les individus qui portent atteinte à ces principes plutôt que de prendre des mesures pour protéger ces individus. Dès lors, les deux législateurs exigent des conditions strictes pour protéger ces individus.
- 859.** Si les procédures de transparence ci-dessus et de protection de lanceurs d'alerte portent atteinte aux principes de la confidentialité, elles poursuivent généralement le but de prévention et de détection de corruption, d'une part, et celui de créer un environnement renforçant la confiance des citoyens envers les institutions publiques, d'autre part. Ces procédures constituent donc un intérêt légitime de telle sorte qu'il « apparaît comme le corollaire d'une société démocratique »⁸¹².
- 860.** Nous démontrons d'abord l'atteinte mesurée à la vie privée en droits français et koweïtien (Section I). Ensuite, nous consacrons la deuxième section à la question de l'atteinte au récent principe en droit

⁸⁰⁹ La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF*, n° 238, 12 octobre 2013, p. 16829.

⁸¹⁰ La loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, *JORF*, n° 186, 11 août 2016, texte n° 1.

⁸¹¹ 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, *JORF*, n° 287, 10 décembre 2016, texte n° 2.

⁸¹² Flore Mével et Joëlle Jeanjean-Lemoine, « La transparence : vertu démocratique ou vie privée en péril ? », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 9, Juin 2014, p. 104.

français, celui du secret des affaires (Section II). Enfin, nous terminons par l'atteinte mesurée aux principes de la confidentialité par la protection strictement conditionnée des lanceurs d'alerte dans les deux droits (section III).

SECTION I.

LE PRINCIPE DU RESPECT DE LA VIE PRIVEE

- 861.** En France comme au Koweït, le droit à la vie privée n'est pas clairement prévu dans les fondements constitutionnels mais il est reconnu comme un principe fondamental par les hautes juridictions constitutionnelles.
- 862.** En France, il faut « attendre 1995 et la décision du 18 janvier pour que le Conseil constitutionnel se réfère expressément au droit au respect de la vie privée »⁸¹³. Avant cette date, le fondement constitutionnel de la vie privée était mis en doute⁸¹⁴. Entre 1995 et 1999, le droit au respect de la vie privée était l'un des aspects de la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution⁸¹⁵. Dans sa décision du 23 juillet 1999 relative à la loi portant création d'une couverture maladie universelle, le Conseil constitutionnel français fonde le droit au respect de la vie privée sur l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui mentionne, parmi les « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme », la « liberté »⁸¹⁶. Dès lors, le droit au respect de la vie privée est protégé par l'article 2 de la Déclaration de 189.
- 863.** Au Koweït, la Cour constitutionnelle rattache, dans quatre décisions, le principe du respect de la vie privée à l'article 30 de la Constitution qui prévoit que « la liberté individuelle est garantie »⁸¹⁷.
- 864.** En matière de lutte contre la corruption en droit français et koweïtien, le droit au respect de la vie privée est soumis à une atteinte nécessaire. Cette atteinte est réalisée par les dispositions obligeant certains décideurs publics à déclarer leurs intérêts et leur situation patrimoniale qui contiennent des données à caractère personnel relevant de la vie privée. L'intérêt de cette atteinte consiste à prévenir la corruption et à faciliter la collecte d'indices et de preuves des infractions potentielles de corruption ainsi que la confiance aux institutions de l'État.

⁸¹³ Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, « Table ronde : constitution et secret de la vie privée », *AJJC*, XVI, 2000, p. 279.

⁸¹⁴ Laurence Burgogue-Larsen, « L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe (Analyse croisée des systèmes constitutionnels allemand, espagnol et français) », in Frédéric Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice n° 63, 2005, p. 69 ; Mazeaud Vincent, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Cah. Cons. const.*, n° 48 (dossier : vie privée), juin 2015, p. 7.

⁸¹⁵ Mazeaud Vincent, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Cah. Cons. const.*, *op. cit.*

⁸¹⁶ Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, considérant 45.

⁸¹⁷ Koweït. Cour const., 8 novembre 1982, n° 3/1982 ; Koweït. Cour const., 14 juin 1986, n° 1/1986 ; Koweït. Cour Const., 14 juin 1986, n° 2/1986 ; Koweït. Cous const., 3 novembre 2004, n° 10/2004.

865. Malgré la nécessité de l'atteinte à la vie privée pour lutter contre la corruption, les droits français et koweïtien font en sorte que celle-ci ne soit pas disproportionnée. Ils préservent, d'abord, la vie privée de tiers (§ 1). Ensuite, les deux droits rendent en principe secrètes les déclarations (§ 2). Enfin, ils encadrent par certaines garanties les prérogatives des autorités chargées de contrôler les déclarations afin qu'il n'y ait pas d'atteinte disproportionnée au droit à la vie privée (§ 3).

§ 1. LA PRESERVATION DE LA VIE PRIVEE DES TIERS

866. Les objectifs des obligations de déclaration sont la moralisation de la vie publique et le renforcement de la probité. Le Conseil constitutionnel français⁸¹⁸ et la Cour constitutionnelle koweïtienne⁸¹⁹ valident les obligations de déclaration envers les hauts cadres publics. Il est donc logique que l'atteinte à la vie privée ne doivent concerner que ces personnes.

867. L'application du principe de la préservation de la vie privée de tiers se manifeste par certaines dispositions.

868. L'article 5 de la loi française du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique interdit la publication des éléments suivants : les noms des personnes qui possédaient auparavant les biens mentionnés dans la déclaration de situation patrimoniale ; pour les biens qui sont en situation d'indivision, les noms des autres propriétaires indivis ; pour les biens en nue-propiété, les noms des usufruitiers ; pour les biens en usufruit, les noms des nus-propiétaires. Au Koweït, il n'y a pas d'équivalent à cette disposition car la déclaration de situation patrimoniale n'est pas publiable.

869. En ce qui concerne les éléments de situation patrimoniale, les droits français et koweïtien obligent les assujettis à déclarer la forme active (tous les biens mobiliers et immobiliers) et la forme passive (les dettes). Mais le droit koweïtien rajoute des éléments importants qui n'ont pas d'équivalents en droit français. Il s'agit, selon l'article 1 de la loi koweïtienne anticorruption, de la déclaration de la situation patrimoniale des enfants mineurs de l'assujetti et des personnes sous sa tutelle ou curatelle. Cette extension ne doit pas être disproportionnée avec le principe de la préservation de la vie privée de tiers. La justification de cette extension réside dans le fait que l'assujetti à l'obligation de déclaration ne peut pas user des pouvoirs de la tutelle ou curatelle afin de contourner les dispositions de la déclaration patrimoniale.

⁸¹⁸ V. Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-675 et n° 2013-676 relatives aux lois organiques et ordinaires sur la transparence de la vie publique ; Cons. const., 28 juillet 2016, n° 2016-732 DC sur la loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature.

⁸¹⁹ Koweït, Cour const., 8 novembre 2017, n° 4/2017.

- 870.** En raison de l'extension injustifiée du contrôle de la situation des tiers, le Conseil constitutionnel français a censuré la disposition qui obligeait à mentionner, dans les déclarations d'intérêts de l'assujetti, des activités professionnelles exercées par les enfants et les parents du déclarant ainsi que par un autre membre de sa famille. Cette exclusion est justifiée par l'atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants et parents de l'assujetti parce que le but poursuivi de transparence est de renforcer les garanties de probité et d'intégrité de décideurs publics et non de leurs proches⁸²⁰. Cependant, le Conseil constitutionnel valide exceptionnellement la mention, dans les déclarations d'intérêts et d'activités, des activités professionnelles exercées par le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin. Cette acceptation trouve sa justification dans « la vie commune avec le déclarant »⁸²¹. D'ailleurs, il semble que ces dispositions ont été prises en compte par le législateur dans la loi organique du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature. La déclaration d'intérêts imposée aux magistrats ne comporte, par rapport au tiers, que les activités professionnelles exercées par le conjoint, le partenaire lié à l'intéressé par un pacte civil de solidarité ou le concubin du magistrat déclarant.
- 871.** À ce propos, en droit koweïtien, il convient de noter que la préservation de la vie privée des tiers se manifeste par l'élimination de la disposition prévue dans certaines propositions de loi relatives à la déclaration de patrimoine. Il s'agit de l'inclusion de la situation patrimoniale de l'époux ou de l'épouse du déclarant dans la déclaration de celui-ci⁸²². Cette élimination est très importante par rapport au respect de la vie privée car la situation patrimoniale de l'époux ou de l'épouse est juridiquement séparée de la situation patrimoniale du déclarant.
- 872.** L'atteinte mesurée au droit à la vie privée est apparue également dans le principe de non-publication des déclarations d'intérêts et de situation patrimoniale.

§ 2. LA CONFIDENTIALITE DES DECLARATIONS

- 873.** En principe, les droits français et koweïtien adoptent la transparence-contrôle. C'est-à-dire que les déclarations des hauts cadres publics sont transmises à une instance chargée d'en vérifier la véracité⁸²³. Ce genre de transparence préserve la confidentialité de contenu des déclarations.

⁸²⁰ Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-675, considérant 29 ; Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-676, considérant 15.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² V. par exemple, les propositions de loi relative à la déclaration de situation patrimoniale, présentées respectivement le 19 août 2003 et le 19 juillet 2006, disponibles sur le site de l'Assemblée nationale koweïtienne : <http://search.kna.kw/web/Retrieval/GeneralSearch.aspx?tid=5>

⁸²³ Olivia Bui-Xuan, « La moralisation de la vie publique », *Dr. adm.*, n° 1, Janvier 2014, étude 1.

874. Le droit français adopte exceptionnellement la transparence-publicité pour certains membres de l'élite politico-administrative, notamment eu égard à leurs responsabilités et à leur situation particulière dans l'État. C'est-à-dire que le contenu des déclarations est accessible aux citoyens⁸²⁴. Cependant, une certaine confidentialité demeure.
875. Nous exposons le principe de la préservation de confidentialité par l'adoption de la transparence-contrôle d'une part (A), et l'exception de la transparence-publicité encadrée d'autre part (B).

A. Principe : la préservation de la confidentialité

876. En principe, la publication des déclarations comprenant des éléments de la vie privée est interdite en raison de la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée⁸²⁵.
877. En France, la question de la vie privée a été soulevée pendant l'élaboration des lois organique et ordinaire du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique. Comme le souligne le rapporteur de la Commission des lois au Sénat, M. Jean-Pierre Sueur, « nous sommes [...] dans une volonté de prise en compte de trois éléments : la transparence, le contrôle et la vie privée. Dans ce cas, nous nous efforçons de protéger des éléments de vie privée »⁸²⁶. Cette préoccupation conduit à ce que le droit français adopte en principe la confidentialité pour la plupart des déclarations. Autrement dit, les déclarations de situation patrimoniale et d'intérêts ne sont pas publiables.
878. Ainsi, les déclarations de situation patrimoniale et d'intérêts ne sont pas publiables pour les hauts cadres publics qui ne doivent pas leur poste à des élections populaires. Il s'agit en la matière de la plupart de ceux qui sont obligés de déposer une déclaration auprès des législations de transparence. Pour ceux qui ne sont pas élus par les citoyens, le Conseil constitutionnel censure⁸²⁷ les dispositions qui imposent la publicité des déclarations d'intérêts des personnes exerçant des responsabilités de nature administrative⁸²⁸.

⁸²⁴ *Ibid.*

⁸²⁵ Ce principe est fondé sur l'obligation positive de l'Etat de protéger la vie privée. Autrement dit, l'effectivité du respect de la vie privée nécessite la protection contre l'immixtion de l'Etat dans la vie privée ainsi que la protection contre la divulgation des faits de la vie privée par l'Etat ou le tiers. Dans ce sujet, V. André Roux, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers*, Economica, 1983.

⁸²⁶ Sénat, Rapport n° 722 relatif au projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la transparence de la vie publique et sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la transparence de la vie publique, session extraordinaire de 2012-2013, 3 juillet 2013,

⁸²⁷ Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-676, considérant 22.

⁸²⁸ Ce sont, selon n° 4 à n° 7 du I de l'article 11 de la loi sur la transparence, « les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du Président de la République ; les collaborateurs du Président de l'Assemblée nationale et du Président du Sénat ; les membres des autorités administratives indépendantes

- 879.** Le Conseil constitutionnel français refuse également la publicité des déclarations de situation patrimoniale des personnes titulaires de mandats électoraux locaux ⁸²⁹ en raison de l'atteinte disproportionnée à la vie privée. Il juge ainsi que « le législateur a, s'agissant d'élus d'établissements publics et de collectivités territoriales qui règlent les affaires de leur compétence par des conseils élus, porté au droit au respect de la vie privée une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi »⁸³⁰. Malgré leurs mandats électoraux, nous pensons que le Conseil constitutionnel a une bonne justification. Celle-ci réside dans le fait que le législateur n'a pas limité la consultation des déclarations de patrimoine des titulaires de fonctions locales aux seuls électeurs du département mais il l'a ouverte à tous les électeurs inscrits sur les listes électorales alors que ces mandats sont seulement exécutifs et locaux.
- 880.** Le principe de la préservation de la confidentialité des déclarations n'est pas, en droit français, strict. Le législateur français édicte certaines exceptions comme on le verra ci-dessous. En revanche, le législateur koweïtien insiste sur ce principe sans exception.
- 881.** Au Koweït, les déclarations de situation patrimoniale sont transmises à l'Autorité publique anticorruption sans que cette dernière ne les publie. Selon l'article 29 de la loi anticorruption, « [...] les déclarations de situation patrimoniale sont considérées comme des secrets qui doivent être préservés. Il est interdit de les divulguer ». Cette disposition ne supporte aucune exception. De manière générale, la situation patrimoniale semble être une question très sensible dans la tradition législative koweïtienne. Avant la loi n° 2/2016 relative à la lutte contre la corruption, vingt-trois propositions et trois projets de loi enregistrés par la Commission des lois de l'Assemblée nationale ⁸³¹ comptent des dispositions relatives à la déclaration de situation patrimoniale des décideurs publics. Tous ces projets et propositions disposent que la publication des éléments relevant de la situation patrimoniale de déclarants est interdite⁸³².

et des autorités publiques indépendantes ; toute autre personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elle a été nommée en conseil des ministres ».

⁸²⁹ Ce sont, selon n° 2 du I de l'article 11 de la loi sur la transparence, « les titulaires d'une fonction de président de conseil régional, de président de l'Assemblée de Corse, de président du conseil exécutif de Corse, de président de l'assemblée de Guyane, de président de l'assemblée de Martinique, de président du conseil exécutif de Martinique, de président d'une assemblée territoriale d'outre-mer, de président de conseil général, de président du conseil de la métropole de Lyon, de président élu d'un exécutif d'une collectivité d'outre-mer, de maire d'une commune de plus de 20 000 habitants ou de président élu d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre dont la population excède 20 000 habitants ou dont le montant des recettes de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros ainsi que les présidents des autres établissements publics de coopération intercommunale dont le montant des recettes de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros ».

⁸³⁰ Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-676, considérant 20.

⁸³¹ V. Le site de l'Assemblée nationale : <http://search.kna.kw/web/Retrieval/home.aspx>

⁸³² Nous pensons que cette attitude législative résulte d'une interprétation d'une décision de la Cour constitutionnelle relative au principe du respect de la vie privée. La Cour annonce que « la publication des éléments relevant de la situation patrimoniale d'une personne porte atteinte à son droit du respect de la

882. En droit français comme en droit koweïtien, la confidentialité des déclarations est renforcée par certaines dispositions. D'une part, les agents des autorités chargées de contrôler les déclarations sont soumis au secret professionnel. Ainsi l'article 19 de la loi française du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique prévoit que les agents de la Haute Autorité de transparence de la vie publique sont soumis au secret professionnel. C'est la même disposition dans l'article 15 de la loi koweïtienne anticorruption. D'autre part, les deux droits incriminent le fait de publier les déclarations protégées par la confidentialité. Ainsi l'article 45 de la loi koweïtienne précitée et l'article 26 de la loi française précitée incriminent le fait de porter atteinte au secret professionnel.
883. Le principe de la préservation de la confidentialité des déclarations trouve une exception dans le droit français.

B. L'exception : la publicité mais encadrée

884. En France, la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique oblige la Haute Autorité de transparence de la vie publique à publier les déclarations de patrimoine et d'intérêts pour certaines personnes appartenant à la catégorie de l'élite politico-administrative. En ce qui concerne la déclaration de situation patrimoniale, ces personnes sont le président de la République, les candidats à l'élection présidentielle, les membres du gouvernement, les députés et les sénateurs. En ce qui concerne la déclaration d'intérêts⁸³³, ces personnes sont les membres du gouvernement, les députés et les sénateurs, les personnes titulaires de mandats électoraux locaux et les députés européens. Ainsi, on peut remarquer que le législateur estime, par rapport à la publicité de la déclaration d'intérêts, que l'atteinte au principe

vie privée » (Koweït, Cour const., 14 juin 1986, n° 1/1986). Mais cette interprétation ne doit pas être stricte et généralisée. Car le principe énoncé par la Cour constitutionnelle doit être analysée dans un certain contexte. Cette décision porte sur l'équilibre entre les pouvoirs d'enquête du Parlement et le droit à la vie privée. Ainsi, au regard du droit de l'enquête du Parlement, la publication des éléments relevant de la situation patrimoniale qui sont obtenus par un parlementaire à l'occasion d'une enquête parlementaire, porte une atteinte disproportionnée à la vie privée. Nous estimons donc que la publication de la déclaration de la situation patrimoniale des parlementaires et des ministres peut être autorisée eu égard, d'une part, à l'objectif de la confiance et de la moralisation de la vie politique, d'autre part, à leur situation au sein de l'Etat.

- 833 Le III de l'article 4 de la loi 11 octobre 2013 prévoit que « la déclaration d'intérêts porte sur les éléments suivants : 1° Les activités professionnelles donnant lieu à rémunération ou gratification exercées à la date de la nomination ; 2° Les activités professionnelles ayant donné lieu à rémunération ou gratification exercées au cours des cinq dernières années ; 3° Les activités de consultant exercées à la date de la nomination et au cours des cinq dernières années ; 4° Les participations aux organes dirigeants d'un organisme public ou privé ou d'une société à la date de la nomination ou lors des cinq dernières années ; 5° Les participations financières directes dans le capital d'une société à la date de la nomination ; 6° Les activités professionnelles exercées à la date de la nomination par le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin ; 7° Les fonctions bénévoles susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts ; 8° Les fonctions et mandats électifs exercés à la date de la nomination ».

du respect de la vie privée est proportionnelle. Car on peut concevoir que la publicité de la déclaration d'intérêts puisse contribuer à la prévention des conflits d'intérêts⁸³⁴.

- 885.** En fonction de leurs mandats électoraux publics ou de leurs responsabilités dans l'État, le législateur estime que l'atteinte à leur vie privée est justifiée par le fait de renforcer les garanties de probité et d'intégrité. Le Conseil constitutionnel valide cette estimation. Ainsi, pour la déclaration de situation patrimoniale du président de la République et de tous les candidats à l'élection présidentielle⁸³⁵, le Conseil constitutionnel précise que « le législateur n'a pas, eu égard à la place du président de la République dans les institutions et à la nature particulière de son élection, porté une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des candidats à l'élection présidentielle »⁸³⁶. Proche de cette analyse, le Conseil valide la publication de situation patrimoniale des membres de gouvernement eu égard, d'une part, à leur statut et à leur situation particulière et, d'autre part, à leur pouvoir, notamment dans l'exercice du pouvoir réglementaire et dans la détermination et la conduite de la politique de la Nation⁸³⁷.
- 886.** Cependant, l'atteinte mesurée à la vie privée est apparue dans l'encadrement de la publicité des déclarations. Le législateur interdit à la HATVP de publier certaines informations nominatives prévues dans les déclarations publiées d'intérêts et de situation patrimoniale. Ainsi, l'alinéa III de l'article 5 de la loi relative à la transparence de la vie publique prévoit que « ne peuvent être rendus publics les éléments des déclarations suivants : 1° l'adresse personnelle de la personne soumise à déclaration ; 2° les noms du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin ; 3° les noms des autres membres de la famille. Pour la déclaration de situation patrimoniale, ne peuvent être rendus publics, s'agissant des biens immobiliers : les indications, autres que le nom du département, relatives à la localisation des biens ; les noms des personnes qui possédaient auparavant les biens mentionnés dans la déclaration ; pour les biens qui sont en situation d'indivision, les noms des autres propriétaires indivis ; pour les biens en nue-propriété : les noms des usufruitiers ; pour les biens en usufruit : les noms des nus-propriétaires. Pour la déclaration d'intérêts, ne peuvent être rendus publics, s'agissant des biens immobiliers : les indications, autres que le nom du département, relatives à la localisation des biens. S'il s'agit du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité, du concubin : a) les noms des personnes qui possédaient auparavant des biens mentionnés dans cette déclaration ; b) pour les biens qui

⁸³⁴ Olivia Bui-Xuan, « La moralisation de la vie publique », *Dr. adm.*, n° 1, Janvier 2014, étude 1.

⁸³⁵ V. l'article 3 de la loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel.

⁸³⁶ Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-675, considérant 7.

⁸³⁷ Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-676, considérant 17.

sont en situation d'indivision, les noms des autres propriétaires indivis ; c) pour les biens en nue-propriété, les noms des usufruitiers ; d) pour les biens en usufruit, les noms des nus-propriétaires. Ne peuvent être rendus publics, s'agissant des biens mobiliers : les noms des personnes qui détenaient auparavant les biens mobiliers mentionnés dans la déclaration de situation patrimoniale ; les noms des personnes qui détenaient auparavant des biens mobiliers mentionnés dans la déclaration d'intérêts s'il s'agit du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité, du concubin. Ne peuvent être rendus publics, s'agissant des instruments financiers : les adresses des établissements financiers et les numéros des comptes détenus ».

887. L'atteinte mesurée à la vie privée conduit également à ce que la publicité de la déclaration de situation patrimoniale prenne, pour les parlementaires et pour les personnes titulaires de mandats électoraux, une forme « encadrée et confidentielle »⁸³⁸. Ainsi, à part l'interdiction de publier les informations nominatives prévues dans les déclarations, le droit d'accès à ces déclarations est, aux seules fins de consultation en préfecture, réservé aux électeurs inscrits sur les listes électorales. L'article LO 135-2 du Code électoral inséré par la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique incrimine « le fait de publier ou de divulguer, de quelque manière que ce soit, tout ou partie des déclarations de situation patrimoniale ou des observations relatives à ces déclarations »⁸³⁹. Cette forme de publicité est validée, pour les parlementaires⁸⁴⁰, par le Conseil constitutionnel en raison de la situation particulière et des prérogatives des membres du Parlement⁸⁴¹.

888. Une fois que les déclarants ont remis leurs situations patrimoniales et d'intérêts, les autorités chargées de les contrôler exercent certaines prérogatives pour s'assurer de leur sincérité et de leur exactitude. Cette mission dépend de l'existence des garanties suffisantes pour respecter le droit à la vie privée.

§ 3. L'ENCADREMENT DES PREROGATIVES DES AUTORITES CHARGÉES DU CONTROLE DES DECLARATIONS

889. Les droits français et koweïtien n'ont pas doté les autorités chargées du contrôle des déclarations patrimoniales de grands moyens pour s'assurer de l'exactitude et de la sincérité des informations des déclarations.

⁸³⁸ Assemblée nationale, Rapport n° 1108 et 1109 sur le projet de loi organique et ordinaire relative à la transparence de la vie publique, 5 juin 2013, p. 110.

⁸³⁹ Julie Benneti, « Les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique », *AJDA*, 2014, p. 157 : « Les précautions prises par le législateur pour les déclarations de patrimoine des parlementaires paraissant bien illusoires à l'heure des "Smartphones" et des réseaux sociaux ».

⁸⁴⁰ L'article L.O. 135-2 du code électoral.

⁸⁴¹ Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-675, considérant 33.

890. Le contrôle des déclarations repose généralement sur deux degrés de l'ingérence dans la vie privée. Le premier est simple. C'est le pouvoir de vérification qui réside dans l'observation des éléments des déclarations déposées par les déclarants. L'autre moyen est plus intrusif dans la vie privée. C'est le droit de communication qui permet de demander des informations relatives aux déclarants auprès d'un tiers⁸⁴².
891. Les droits français et koweïtien se contentent de doter les autorités de contrôle des déclarations de situation patrimoniale du pouvoir de vérification (A). C'est-à-dire que les autorités ne font que constater les variations des déclarations.
892. Si les autorités veulent aller plus loin, c'est-à-dire recourir au droit de communication, les droits français et koweïtien les obligent à recourir aux institutions qui exercent ce droit de manière à ce que l'intrusion dans la vie privée soit encadrée de garanties suffisantes (B).

A. Un simple pouvoir de vérification

893. En vue des méthodes de contrôle, le pouvoir de vérification est considéré comme la méthode la plus faible dont une administration de contrôle dispose⁸⁴³. Car ce pouvoir repose essentiellement sur les déclarations déposées par les intéressés⁸⁴⁴.
894. Les lois française et koweïtienne ne donnent aux autorités qui contrôlent les déclarations de situations patrimoniales ou d'intérêts qu'un simple pouvoir de vérification. Ce pouvoir porte sur les informations disponibles à ces autorités par les déclarants.
895. Selon l'article 20 de la loi française du 11 octobre 2013 relative à la transparence, la HATVP reçoit des assujettis leurs déclarations d'intérêts et de situation patrimoniale pour assurer la vérification, le contrôle et, le cas échéant, la publicité. L'article 5 de la loi koweïtienne anticorruption précise que l'APA reçoit les déclarations de situation patrimoniale pour examiner leur contenu. Et l'article 33 de cette loi renvoie au décret d'exécution pour préciser les modalités du contrôle des déclarations de la situation patrimoniale.

⁸⁴² V. Martin Collet et Pierre Colin, *Procédures fiscales : Contrôle, contentieux et recouvrement de l'impôt*, 3e édition, PUF, 2017, p. 23 et suiv. ; Thierry Lambert, *Procédures fiscales*, Montchrestien, 2013, p. 45 et suiv. ; Bernard Thevenet, « Fraude fiscale : Procédures », *Rép. pén.*, juin 2016, n° 17 et suiv.

⁸⁴³ Medhi Djouhri, *L'évolution du contrôle fiscal depuis 1945 : aspects juridiques et organisationnels*, L.G.D.J., 2012, p. 130 et suiv. C'est pourquoi le législateur français a renforcé le pouvoir de l'administration fiscale en lui confiant le droit de communication à côté du pouvoir de vérification. Il s'agit, selon les articles L81 et suites du livre de procédure fiscale, du droit qui « permet à l'administration fiscale de demander des informations relatives à un contribuable auprès d'une tierce personne »

⁸⁴⁴ V. Jean Maïa, « Les outils du contrôle fiscal et leur combinaison : précision sur les domaines respectifs du droit de communication et de la vérification de comptabilité », *RJF*, 2000, n° 12, p. 895 ; CF - Droit de communication et procédures de recherche et de lutte contre la fraude - Distinction entre droit de communication et pouvoir de vérification, Extrait du Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôt, 12 septembre 2012, disponible sur : <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1307-PGP.html>

Ainsi, l'article 27 de ce décret dispose que « les commissions du contrôle examinent les déclarations par la vérification de ses éléments essentiels prévus dans le formulaire de déclaration ». Il n'y a donc pas d'intrusion dans la vie privée.

- 896.** En France, l'assujetti dépose les déclarations à l'entrée en fonctions, à la fin de ses fonctions et en cas de modification substantielle dans les déclarations déposées. Au Koweït, l'assujetti dépose trois déclarations : à l'entrée en fonctions, lors des fonctions et à la fin de ses fonctions. Ainsi, les autorités de transparence examinent la variation des déclarations déposées. Dès lors, il est logique que les lois française et koweïtienne se contentent de ce pouvoir de vérification.
- 897.** Pour exercer le pouvoir de vérification, les autorités disposent de certaines prorogatives. L'APA peuvent demander aux assujettis, selon l'article 20 de la loi française précitée et l'article 35 de la loi koweïtienne précités, toute explication ou tout document nécessaire à l'exercice de ses missions de vérification. De plus, l'article 20 de la loi française prévoit que la HATVP peut charger un ou plusieurs de ses membres ou rapporteurs de procéder ou de faire procéder par les agents de ses services à des vérifications portant sur le contenu de ces déclarations. Mais il faut noter ici que son contrôle réside seulement dans le pouvoir de vérification.
- 898.** Si les autorités de contrôle des déclarations veulent aller au-delà de la simple vérification, elles doivent recourir aux autres institutions dans lesquelles l'intrusion dans la vie privée est encadrée par des garanties suffisantes.

B. Un droit de communication par demande

- 899.** Au Koweït comme en France, les autorités chargées du contrôle des déclarations de patrimoine ne peuvent exercer le droit de communication qu'en recourant à des institutions tierces.
- 900.** En France, la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique autorise la HATVP à demander à l'administration fiscale d'exercer le droit de communication pour assurer la sincérité de la déclaration de situation patrimoniale⁸⁴⁵. Et si la HATVP constate une évolution de la situation patrimoniale pour laquelle elle ne dispose pas d'explications suffisantes, elle transmet le dossier au ministère public. En effet, ces dispositions signifient que la HATVP ne peut pas s'ingérer dans la vie privée. Le législateur semble donc préciser que l'atteinte à la vie privée par le ministère public ou l'administration fiscale est entourée de garanties suffisantes.

⁸⁴⁵ Cette disposition est aussi prévue dans l'article LO135-3 du Code électoral, l'article 25 *quinquies* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et l'article 7-3 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

901. Afin de renforcer les prérogatives de la HATVP, le législateur a voulu, par le projet de loi pour la confiance dans la vie politique, lui fournir directement le droit de communication en modifiant les articles précités. Ainsi, « la Haute Autorité exerce le droit de communication prévu à la section I du chapitre II du titre II de la première partie du livre des procédures fiscales, en vue de recueillir toutes informations utiles à l’accomplissement de sa mission de contrôle »⁸⁴⁶. Mais le Conseil constitutionnel les a censurées d’office. Dans deux décisions du 8 septembre 2017 relatives à la loi pour la confiance dans la vie politique, il juge que ces dispositions portent une atteinte disproportionnée au principe du respect de la vie privée en raison d’un manque de garanties suffisantes⁸⁴⁷. Le Conseil s’appuie surtout sur l’article L. 96 g du livre des procédures fiscales qui concerne la prérogative de communication des données de connexion détenues par les opérateurs de communications électroniques, les fournisseurs d’accès à un service de communication au public en ligne ou les hébergeurs de contenu sur un tel service pour démontrer le manque de garanties suffisantes⁸⁴⁸. Autrement dit, le Conseil estime que le droit de communication, qui inclut notamment l’identifiant des interlocuteurs de la personne visée par les investigations, est de nature à porter atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de cette personne. À ce propos, il convient de noter que cette jurisprudence du Conseil constitutionnel s’inscrit dans la droite ligne de ses décisions précédentes concernant l’Autorité de la concurrence et l’Autorité des marchés financiers⁸⁴⁹. Dans ces décisions, le Conseil a jugé que le droit de communication des données de connexion n’était pas assorti des garanties suffisantes et en a déduit la violation du droit au respect de la vie privée.

902. En effet, deux interprétations sont possibles pour comprendre l’argument du Conseil constitutionnel. D’une part, à l’égard de la finalité de l’existence de la HATVP et de ses prérogatives de vérification, le

⁸⁴⁶ Assemblée nationale, Projet de loi organique pour la confiance dans la vie politique (Texte définitif), Texte adopté n° 18, 9 août 2017 ; Assemblée nationale, Projet de loi ordinaire pour la confiance dans la vie politique (Texte définitif), Texte adopté n° 16, 3 août 2017.

⁸⁴⁷ Cons. const., 8 septembre 2017, n° 2017-752 DC ; Cons. const., 8 septembre 2017, n° 2017-753 DC.

⁸⁴⁸ Le Conseil constitutionnel décide qu’« au nombre des prérogatives de communication {...}, par renvoi à l’article L. 96 G du livre des procédures fiscales, le droit de se faire communiquer les données de connexion détenues par les opérateurs de communications électroniques, les fournisseurs d’accès à un service de communication au public en ligne ou les hébergeurs de contenu sur un tel service. Le paragraphe VI de l’article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques prévoit que les données de connexion détenues par les opérateurs de communications électroniques « portent exclusivement sur l’identification des personnes utilisatrices des services fournis par les opérateurs, sur les caractéristiques techniques des communications assurées par ces derniers et sur la localisation des équipements terminaux ». Ces données « ne peuvent en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit, dans le cadre de ces communications ». En vertu du premier alinéa du paragraphe II de l’article 6 de la loi du 21 juin 2004 {pour la confiance dans l’économie numérique}, les fournisseurs d’accès et les hébergeurs « détiennent et conservent les données de nature à permettre l’identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l’un des contenus des services dont elles sont prestataires ».

⁸⁴⁹ Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC ; Cons. const., 21 juillet 2017, 2017-646/647 QPC.

Conseil estime que le fait de le doter de tous les éléments du droit de communication appartenant à l'administration fiscale constitue une surestimation de l'atteinte à la vie privée. Mais, dans ce cas, le Conseil constitutionnel aurait pu avoir recours à la technique des réserves d'interprétation⁸⁵⁰. Ainsi, plutôt que de déclarer inconstitutionnel tout le droit de communication confié à la HATVP, il aurait été préférable que le Conseil émette une réserve selon laquelle la HATVP n'exerce pas le droit de communication concernant les données de connexion. D'autre part, il semble, comme Nathalie Martial-Braz le souligne, que le Conseil constitutionnel « ouvrirait la voie pour une remise en cause des droits à communication déjà reconnus par le législateur, dès lors qu'il n'est pas assorti de garanties suffisantes de protection »⁸⁵¹.

903. Au Koweït, malgré la loi n° 2/2016 sur la lutte contre la corruption, qui considère l'APA comme étant à la fois une entité d'enquête pour les infractions de corruption⁸⁵² et une entité de contrôle des déclarations de la situation patrimoniale⁸⁵³, l'APA ne peut exercer le droit de communication que par un recours au ministère public.

904. Dans le chapitre consacré à la procédure de contrôle et d'enquête, l'article 28 de la loi anticorruption prévoit que « les procédures appliquées pour l'arrestation, l'enquête et la poursuite des infractions de corruption sont les procédures énoncées par les lois en vigueur ». Cette disposition s'explique par le fait que le législateur koweïtien opte pour la création d'institutions d'enquête afin de prendre en compte les capacités limitées des forces de police traditionnelles eu égard à la complexité des infractions de corruption⁸⁵⁴. Dès lors, les dispositions consacrées en matière de procédure pénale qui comportent des garanties suffisantes pour sauvegarder les droits et libertés des individus sont appliquées en matière de

⁸⁵⁰ « La réserve d'interprétation est un mode d'énonciation, un type d'acte, par lequel le Conseil constitutionnel prononce son énoncé juridique ». V. Olivier Cayla et Olivier Beaud, « Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1987, p. 696.

⁸⁵¹ Nathalie Martial-Braz, « Inconstitutionnalité du droit de communication des données de connexion reconnu à l'AMF, note sous Cons. const., 21 juillet 2017, n° 2017-646/647-QPC », *Rev. sociétés*, 2017, p. 582.

⁸⁵² Ces infractions sont, selon l'article 22 de la loi, les infractions contre les fonds publics, la corruption passive, la corruption active, le trafic d'influence, le blanchiment d'argent, le faux de monnayage, la contrefaçon, les infractions relatives à la conduite de la justice, l'enrichissement illicite, la fraude douanière et la fraude fiscale.

⁸⁵³ Faisal Alkandary, « {L'approche du législateur koweïtien à la lutte contre la corruption (1-2)} », *Alnaba*, 17 novembre 2013.

⁸⁵⁴ Pour ce type d'institution, V. Paatii Oforu-Amaah, Raj Soopramanien et Kishor Uprety, *Combattre la corruption ; étude comparative des aspects légaux de la pratique des Etats et des principales initiatives internationales*, Banque Mondiale, Edition ESKA, 2001, p. 52.

A ce stade, il convient de noter que le législateur français a voulu confier au Service central de prévention de la corruption (remplacé par l'Agence française anticorruption) le pouvoir d'enquête avec droit de communication et droit d'audition. Cependant le Conseil constitutionnel déclare que ce pouvoir est inconstitutionnel car il est sans garantie de l'autorité judiciaire (Cons. const., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC).

mission d'enquête exercée par l'APA. Ainsi, nous pouvons dire que l'APA ne peut pas exercer ses prérogatives sans respecter les dispositions prévues dans le Code de procédure pénale qui précisent les conditions de l'atteinte à la vie privée.

- 905.** De plus, l'encadrement de la mission d'enquête est assuré par l'article 24 de la loi anticorruption. Il prévoit que « sans préjudice des dispositions de la loi n° 32/1968 relative à la Banque centrale du Koweït et à l'organisation des professions financières, l'Autorité publique anticorruption collecte, immédiatement après avoir pris connaissance de l'existence d'une suspicion de l'une des infractions de corruption, les renseignements y afférents. À cette fin, elle peut accéder aux dossiers, aux documents relatifs à cette suspicion d'infraction, de même qu'elle peut demander à ce que lui soient fournis les données, informations, et documents qui y sont liés ». Dans cet article, le législateur vise à mesurer l'atteinte à la vie privée. Car les dispositions de la loi relative à la Banque centrale et à l'organisation des professions financières interdisent la divulgation de secrets bancaires. Ainsi, l'article 85 de la loi précitée prévoit que « tout membre du conseil d'administration de la banque, tout administrateur dirigeant ou employé de la banque, doit conserver toutes les informations qu'il recueille dans l'exercice de ses fonctions et après les avoir quittées ; ces informations étant relatives aux affaires de la banque, aux clients, ou aux affaires d'autres banques, à l'exception des cas où la loi autorise leur divulgation ». En raison de cet article et de l'article 24 de la loi anticorruption, l'APA ne peut demander la levée du secret bancaire que si son enquête est sous la responsabilité du ministère public⁸⁵⁵.
- 906.** Dans sa mission de contrôle des déclarations, l'article 28 du décret de l'application de la loi anticorruption précise que « les commissions de contrôle peuvent, après le contrôle des déclarations, prendre toutes mesures nécessaires pour révéler la vérité, dont : 1- entendre le déclarant ; 2- charger le déclarant de présenter certains documents ; 3- demander les informations des entités administratives ; 4- recourir à des experts ; 5- entendre toute personne dont le concours lui paraît utile ». Or cet article doit être encadré par deux articles inscrits dans la loi. D'une part, l'article 34 qui stipule que si les informations concernent des données financières, il faut que ces informations soient demandées par une requête du ministère public. D'autre part, l'article 26, qui oblige les entités publiques ou privées à fournir les informations nécessaires à l'APA, autorise ces entités à s'en abstenir si elles ont une justification légale, comme le secret. Sa levée n'est donc possible que sur demande du ministère public.
- 907.** D'ailleurs, dans la loi abrogée n° 24/2012 relative à la lutte contre la corruption qui a été censurée par la Cour constitutionnelle pour des raisons formelles, le déclarant était obligé de signer un document

⁸⁵⁵ V. Faisal Alkandary, « {L'approche du législateur koweïtien à la lutte contre la corruption (1-2)} », *Alanba*, 17 novembre 2013.

permettant à l'APA de consulter de plein droit toutes ses données financières. Dans un souci de disproportion de cette disposition avec le droit à la vie privée, le législateur a supprimé cette obligation dans la loi anticorruption actuelle.

- 908.** Le droit français fait un pas supplémentaire en matière de transparence portant atteinte au droit de confidentialité. Mais cette fois, l'atteinte concerne un récent principe, celui du secret des affaires.

SECTION II.

LE PRINCIPE DU RESPECT DU SECRET DES AFFAIRES

- 909.** L'atteinte mesurée au secret des affaires se manifeste dans deux procédures nées avec la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique⁸⁵⁶. Il s'agit du répertoire numérique des représentants d'intérêts du contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA).
- 910.** La loi précitée insère une section relative à la transparence des rapports entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics dans la loi 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Le législateur français met ainsi en place une procédure inédite qui contribue au renforcement de la transparence, et donc à la lutte contre la corruption. Il s'agit de la publicité du répertoire numérique des représentants d'intérêts. La loi du 9 décembre 2016 crée également l'Agence française anticorruption (AFA) qui remplace le Service central de prévention de la corruption (SCPC). Cette agence dispose, selon l'article 3, d'un pouvoir de contrôle afin de vérifier la réalité des mécanismes de conformité anticorruption mis en œuvre, notamment par les entreprises, les administrations de l'État ou les collectivités territoriales.
- 911.** La publicité des informations que le répertoire numérique des représentants d'intérêts contient porte en effet atteinte à la confidentialité des affaires des représentants d'intérêts. Mais cette atteinte est justifiée, selon le Conseil constitutionnel, grâce à la proportionnalité de cette nouvelle procédure avec le principe du respect du secret des affaires. Cette proportionnalité de l'atteinte au secret des affaires existe aussi par rapport au contrôle exercé par l'AFA de sorte que le législateur français entoure cette mission des garanties.
- 912.** En raison de la nouveauté du principe du secret des affaires, nous exposerons d'abord le fondement et le contenu du principe du secret des affaires (§ 1). Ensuite, nous expliquerons l'atteinte mesurée à ce principe par l'encadrement des informations publiées dans le répertoire numérique des représentants d'intérêts (§ 2). Enfin, nous démontrerons l'encadrement de pouvoir de contrôle de l'(AFA) (§ 3).

⁸⁵⁶ 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, *JORF*, n° 287, 10 décembre 2016, texte n° 2.

§ 1. LE FONDEMENT CONSTITUTIONNEL ET LE CONTENU DU PRINCIPE DU SECRET DES AFFAIRES

913. « Non, il n'existe pas, en droit, de secret des affaires en tant que tel [...]. Le droit se borne à reconnaître certains secrets dans le domaine des affaires »⁸⁵⁷. Il semble que cette analyse soit en voie de disparition au niveau constitutionnel⁸⁵⁸.
914. Le Conseil d'État n'hésite pas à fonder le secret des affaires sur le droit de la vie privée bien que ce droit ne soit relatif qu'aux personnes physiques. Il précise que « les informations relatives à la vie de l'entreprise, relevant du secret des affaires, sont un élément du droit au respect de la vie privée »⁸⁵⁹. À ce propos, le Conseil d'État partage une partie de la doctrine en qualifiant le secret des affaires de la « vie privée sociétariaire. Celle-ci doit concrètement protéger la personne morale contre des intrusions extérieures cherchant à se procurer des informations n'ayant pas vocation à être divulguées ou rendues publiques »⁸⁶⁰.
915. Au contraire, le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas aux personnes morales le droit à une vie privée. Cela remonte à sa décision sur la loi du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse. Une partie des députés avaient saisi le Conseil constitutionnel au motif que les dispositions de transparence prévues dans cette loi méconnaissaient le droit au secret des affaires et du patrimoine, éléments essentiels du droit au respect de la vie privée. Le Conseil avait répondu que ces dispositions ne méconnaissent aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle⁸⁶¹.
916. Cependant, le Conseil constitutionnel a rattaché récemment le secret des affaires à la liberté d'entreprendre⁸⁶², liberté élevée au rang de principe à valeur constitutionnelle⁸⁶³. Selon lui, la

⁸⁵⁷ Yann Paclot, « Les diverses facettes du secret des affaires », *Dr. et patr.*, 2002, p. 70.

⁸⁵⁸ Au niveau législatif, V. Assemblée nationale, Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, n° 2139, 16 juillet 2014 ; Olivier Graf, *La personne morale : un non-professionnel ?*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2015, p. 270 et suiv.

⁸⁵⁹ CE, avis, 22 mars 2011, Entreprises, n° 384.892.

⁸⁶⁰ Romain Dumas, « Les droits fondamentaux : source nouvelle de la matière commerciale », *J.-Cl. Commercial*, Fasc. 30, mise à jour : 15 Mars 2007, n° 59 ; V. également, Vincent Daumas, « Secret des affaires et juge administratif », *JCP E*, n° 35, 2016, p. 1455 ; François Moulière, « Secret des affaires et vie privée », *D.*, 2012, p. 571 ; Romain Dumas, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, L'Harmattan, 2008, n° 239.

⁸⁶¹ Cons. const., 11 octobre 1984, n° 84-181 DC.

⁸⁶² V. Paul Mougeolle, « Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Revue des droits de l'homme* {en ligne}, disponible sur : <https://revdh.revues.org/2970#quotation>

⁸⁶³ Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC ; V. Guillaume Drago, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », *CRDF*, n° 9, 2011, p. 31.

transmission, de manière non publique, à des États étrangers, d'informations relevant des sociétés françaises relatives à leur implantation et des indicateurs économiques, comptables et fiscaux de leur activité ne porte aucune atteinte à la liberté d'entreprendre⁸⁶⁴. Aussi, il juge qu'« en imposant seulement la communication de données d'ensemble et de montants globaux relatifs à l'année écoulée [pour tout représentant d'intérêts], les dispositions contestées ne portent pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre »⁸⁶⁵. Enfin, il précise que « l'obligation faite à certaines sociétés de rendre publics des indicateurs économiques et fiscaux correspondant à leur activité pays par pays est de nature à permettre à l'ensemble des opérateurs qui interviennent sur les marchés où s'exercent ces activités, et en particulier à leurs concurrents, d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et commerciale. Une telle obligation porte dès lors à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi »⁸⁶⁶.

- 917.** En effet, on peut constater que le secret des affaires en tant que composant de la liberté d'entreprendre ne concerne que la divulgation des informations, alors qu'il ne protège pas contre l'immixtion de l'État dans la vie des affaires. Autrement dit, l'État peut obtenir les informations relevant du secret des affaires mais il est tenu de ne pas les divulguer.
- 918.** En ce qui concerne le contenu du principe du secret des affaires, il n'y a pas de définition précise. Pour le Conseil constitutionnel, comme dans ses décisions évoquées ci-dessus, le secret des affaires peut concerner la divulgation de toute information relative à l'implantation et des indicateurs économiques, comptables et fiscaux. Il peut concerner aussi la divulgation des activités financières ou de tous éléments essentiels portant sur leur stratégie industrielle et commerciale.
- 919.** Ces éléments du principe du secret ont pris en considération la directive européenne du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secret des affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites⁸⁶⁷.
- 920.** La proposition de loi relative à la protection du secret des affaires⁸⁶⁸ avance une définition proche des données prévues dans les décisions du Conseil constitutionnel et dans la directive européenne. Ainsi, l'article 1 de cette proposition complète le Code du commerce par l'article L. 151-1 qui prévoit qu'« est

⁸⁶⁴ Cons. const., 29 décembre 2015, n° 2015-725 DC, considérant 33.

⁸⁶⁵ Cons. const., 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC, considérant 45.

⁸⁶⁶ *Idem*, considérant 103.

⁸⁶⁷ Directive (UE) n° 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *JOUE*, 15 juin 2016, L 157/1, p. 1.

⁸⁶⁸ Assemblée nationale, Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, n° 2139, 16 juillet 2014.

protégée au titre du secret des affaires, indépendamment de son incorporation à un support, toute information : 1° qui ne présente pas un caractère public en ce qu'elle n'est pas, en elle-même ou dans l'assemblage de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de ce genre d'information ; 2° qui, notamment en ce qu'elle est dénuée de caractère public, s'analyse comme un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur et revêt en conséquence une valeur économique ; 3° qui fait l'objet de mesures de protection raisonnables, compte tenu de sa valeur économique et des circonstances, pour en conserver le caractère non public ».

921. Le principe du respect du secret des affaires est égratigné par le législateur français en ce qui concerne la transparence des rapports entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics.

§ 2. L'ENCADREMENT DES INFORMATIONS PUBLIEES DANS LE REPERTOIRE NUMERIQUE DES REPRESENTANTS D'INTERETS

922. Avant d'aborder les mesures de l'atteinte au principe du secret des affaires dans le répertoire numérique des représentants d'intérêts (B), il convient de décrire cette nouvelle procédure (A).

A. Le répertoire numérique des représentants d'intérêts

923. La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique⁸⁶⁹, dite « loi Sapin 2 », insère dans la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique une section III *bis* relative à « la transparence des rapports entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics ». Cette section a pour but d'assurer la transparence des relations entre les membres des autorités publiques et les représentants d'intérêts⁸⁷⁰.
924. Les représentants d'intérêts peuvent être des personnes morales ou physiques selon l'article 18-1 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence. Dès lors, sont représentants d'intérêts les personnes morales de droit privé, les établissements publics ou groupements publics exerçant une activité industrielle et commerciale, les chambres de commerces et d'industrie, les chambres de métiers et de l'artisanat dont un dirigeant, un employé ou un membre a pour activité principale ou régulière d'influer sur la décision publique, notamment sur le contenu d'une loi ou d'un acte réglementaire. Sont également

⁸⁶⁹ 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, *JORF*, n° 287, 10 décembre 2016, texte n° 2.

⁸⁷⁰ Jérôme Deschênes, « Les représentants d'intérêts dans la loi « Sapin 2 » », *AJCT*, 2017, p. 133.

des représentants d'intérêts les personnes physiques qui exercent à titre individuel une activité professionnelle influant sur la décision publique⁸⁷¹.

- 925.** Parfois, pour défendre les intérêts, il arrive que les représentants d'intérêts dépassent les limites légitimes de leurs activités. Ce dépassement peut constituer certaines infractions dont la corruption passive et active fait partie⁸⁷². Dans ce contexte, la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence impose des obligations de déontologie aux représentants d'intérêts. Par exemple, selon l'article 18-5 inséré par la loi précitée dans la loi de 2013 de transparence, les représentants d'intérêts sont tenus de : déclarer leur identité et les intérêts qu'ils représentent dans leurs relations avec les décideurs publics ; s'abstenir de proposer ou de remettre à ces décideurs des présents, dons ou avantages quelconques d'une valeur significative ; s'abstenir de toute démarche auprès de ces personnes en vue d'obtenir des informations ou des décisions par des moyens frauduleux.
- 926.** Selon l'article 18-3 de la loi précitée, tout représentant d'intérêts est également obligé de communiquer à la HATVP : son identité ; le champ de ses activités de représentation d'intérêts ; les actions relevant du champ de la représentation d'intérêts menées auprès des décideurs publics en précisant le montant des dépenses liées à ces actions durant l'année précédente ; le nombre de personnes qu'il emploie dans l'accomplissement de sa mission de représentation d'intérêts et, le cas échéant, son chiffre d'affaires de l'année précédente ; les organisations professionnelles ou syndicales ou les associations en lien avec les intérêts représentés auxquelles il appartient ; l'identité des tiers pour lesquels le représentant d'intérêt exerce une activité de représentation d'intérêts.
- 927.** Les obligations ci-dessus sont assurées par la HATVP. Pour ce faire, selon l'article 18-6 de la loi de 2013 de transparence, celle-ci peut consulter, sur pièces, toute information ou tout document nécessaire sans que les représentants d'intérêts invoquent le secret professionnel. La HATVP peut également procéder à des vérifications sur place dans les locaux professionnels des représentants d'intérêts, sur autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris. Enfin, la HATVP peut être

⁸⁷¹ Néanmoins, l'article 18-1 de la loi du 11 octobre 2013 ne considère pas comme représentants d'intérêts : les élus, dans l'exercice de leur mandat ; les partis et groupements politiques, dans le cadre de leur mission prévue à l'article 4 de la Constitution ; les organisations syndicales de fonctionnaires et, dans le cadre de la négociation prévue à l'article L. 1 du code du travail, les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs ; les associations à objet culturel, dans leurs relations avec le ministre et les services ministériels chargés des cultes ; les associations représentatives des élus dans l'exercice des missions prévues dans leurs statuts.

⁸⁷² V. Aurélien Bourdier, *Le lobbying et la responsabilité pénale*, mémoire, Université de Poitiers, 2007, p. 59 ; Madina Rival, « Vers un lobbying éthique ? ou comment pratiquer l'influence sans corruption », *Revue Entreprise Ethique*, n° 24, 2006, p. 20.

saisie par les décideurs ou les représentants d'intérêts pour rendre un avis sur les activités de représentants d'intérêts.

928. Certaines informations communiquées à la HATVP ne sont pas réservées à celle-ci. Mais, ces informations sont publiées dans un répertoire numérique⁸⁷³. Ainsi, l'article 18-1 de la loi du 11 octobre 2013 prévoit qu'« un répertoire numérique assure l'information des citoyens sur les relations entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics. Ce répertoire est rendu public par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ». Le répertoire comprend ainsi les informations prévues à l'article 18-3 précité.
929. La procédure du répertoire numérique de représentants d'intérêts porte atteinte au principe du respect du secret des affaires de sorte que la HATVP obtient et publie des informations relevant du secret des affaires. Mais eu égard à l'intérêt de cette transparence et aux contenus des informations publiées, l'atteinte à ce principe est considérée mesurée, et donc proportionnée avec l'intérêt de transparence.

B. Les mesures de l'atteinte

930. L'atteinte au principe du secret des affaires par la procédure du répertoire numérique joue de deux manières. D'une part, les représentants d'intérêts sont obligés de communiquer à la HATVP des informations, et cette dernière peut procéder à des vérifications sur place dans les locaux professionnels des représentants d'intérêts. D'autre part, la HATVP publie, dans le répertoire numérique, des informations relatives au secret des affaires des représentants d'intérêts. Ces informations appartiennent au secret des affaires, notamment le montant des dépenses durant l'année précédente pour les actions menées auprès des décideurs publics et le chiffre d'affaires, éléments essentiels pour la stratégie de représentants d'intérêts⁸⁷⁴.
931. Pour l'intérêt général de la transparence et de la confiance aux institutions publiques, le législateur français porte atteinte au secret des affaires en matière de représentants d'intérêts. À ce titre, il convient de noter que le principe du secret des affaires découle de la liberté d'entreprendre, et celle-ci n'est pas absolue. De la sorte, il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général à la condition qu'il n'en résulte pas

⁸⁷³ Disponible sur le site de la HATVP : <http://www.hatvp.fr/le-repertoire/>

⁸⁷⁴ V. Edward B. Arroyo, « Les lobbies dans la démocratie », *Revue Projet*, 2004/2, n° 279, p. 60 ; Madina Rival, « Vers un lobbying éthique ? Ou comment pratiquer l'influence sans corruption », *Revue Entreprise Ethique*, 2006, n° 24, p. 20 ; Marie-Laure Daridan et Aristide Luneau, *Lobbying: les coulisses de l'influence en démocratie*, Pearson Education France, 2012, p. 18 et suiv.

d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi⁸⁷⁵. Il est donc loisible au législateur d'apporter au secret des affaires des limitations justifiées par l'intérêt de la transparence et de la confiance aux institutions publiques.

932. En ce qui concerne les informations publiées dans le répertoire numérique, le Conseil constitutionnel juge que l'amélioration des relations entre les représentants d'intérêts et les décideurs publics constitue un intérêt général qui permet au législateur de limiter le secret des affaires. Et cette limitation est proportionnelle à l'intérêt poursuivi. Car le législateur n'impose que la communication de données d'ensemble et de montants globaux relatifs à l'année écoulée pour les actions relevant du champ de la représentation d'intérêts menées auprès des responsables publics⁸⁷⁶. Autrement dit, tant qu'il précise que ces informations sont seulement relatives aux actions de la représentation d'intérêts et non publiées de manière détaillée, le législateur mesure ainsi l'atteinte.

933. En ce qui concerne le pouvoir de vérification, le législateur tempère aussi l'atteinte au secret des affaires en l'encadrant. D'une part, la HATVP ne peut faire de vérifications sur place dans les locaux professionnels des représentants d'intérêts que sur autorisation du juge des libertés et de la détention. Cette disposition, qui protège le représentant d'intérêts contre l'abus de l'atteinte à l'inviolabilité du domicile, composante traditionnelle du droit au respect de la vie privée⁸⁷⁷, protège nécessairement le secret en matière des affaires. D'autre part, bien que les agents de la HATVP soient soumis au secret professionnel, le législateur confirme à nouveau dans l'article 18-3 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence que la HATVP protège la confidentialité des informations et des documents auxquels elle a accès pour l'exercice de sa mission de vérification sur place. Ces dispositions sont nécessaires pour sauvegarder la proportionnalité de l'atteinte au secret des affaires car les agents de la HATVP peuvent consulter des informations confidentielles qui ne sont pas relatives à l'activité de la représentation d'intérêts.

§ 3. L'ENCADREMENT DU POUVOIR DE CONTROLE DE L'AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION

934. L'une des missions confiées à l'AFA est le contrôle des procédures de prévention de la lutte contre la corruption dans les secteurs public et privé. Ce contrôle est encadré par certaines dispositions afin de garantir la confidentialité des entités contrôlées.

⁸⁷⁵ V. par exemple, Cons. const., 8 janvier 1991, n° 90-283 DC ; Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC ; Cons. const., 17 janvier 2017, n° 2016-605 QPC.

⁸⁷⁶ Cons. const., 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC, considérant 45.

⁸⁷⁷ Vincent Mazeaud, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Cah. Cons. const.*, n° 48 (dossier : vie privée), juin 2015, p. 7.

935. Nous aborderons ces dispositions (B) après avoir brièvement exposé les contrôles de l'AFA (A).

A. Les contrôles

936. L'article 3 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique précise que l'AFA contrôle, de sa propre initiative, les procédures mises en œuvre dans la prévention de la corruption au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique. Ce contrôle peut également être effectué à la demande du président de la HATVP, du Premier ministre, des ministres ou, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, du représentant de l'État. De plus, ce contrôle peut être effectué après un signalement à l'AFA par une association agréée de lutte contre la corruption. Dans tous les cas, le contrôle donne lieu à l'établissement de rapports transmis aux autorités qui en sont à l'initiative ainsi qu'aux représentants de l'entité contrôlée.

937. L'AFA contrôle également, selon l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016, le respect des obligations de vigilance destinées à prévenir et à détecter la corruption et le trafic d'influence dans le secteur économique⁸⁷⁸. Il s'agit de mettre en œuvre : un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence ; un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements ; une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption ; des procédures d'évaluation de la situation des clients ; des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence ; un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ; un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la société en cas de violation du code de conduite de la société ; un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre. Ce contrôle donne lieu à l'établissement de rapports transmis aux autorités qui en sont à l'initiative ainsi qu'aux représentants de l'entité contrôlée.

⁸⁷⁸ Ces obligations s'imposent, selon l'article 17, aux ; présidents, directeurs généraux et gérants d'une société employant au moins cinq cents salariés et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros ; présidents et directeurs généraux d'établissements publics à caractère industriel et commercial employant au moins cinq cents salariés et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros ; membres du directoire des sociétés anonymes régies par l'article L. 225-57 du code de commerce et employant au moins cinq cents salariés et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros.

938. Pour exercer ces contrôles, l'AFA dispose de certaines prérogatives mentionnées à l'article 4 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. D'abord, l'AFA peut se faire communiquer par les représentants de l'entité contrôlée tout document professionnel, quel qu'en soit le support, ou toute information utile. Le cas échéant, elle peut en faire une copie. Ensuite, elle peut procéder sur place à toute vérification de l'exactitude des informations fournies. Enfin, elle peut réaliser un entretien confidentiel avec toute personne dont le concours lui paraît nécessaire. Par ailleurs, l'AFA peut recourir à des experts, personnes et autorités qualifiées pour l'accomplissement des missions de contrôle.
939. Afin de sauvegarder le secret des affaires des entités contrôlées, certaines dispositions encadrent le pouvoir de contrôle.

B. Les dispositions encadrant le secret des affaires

940. Le pouvoir de contrôle confié à l'AFA permet aux agents de celle-ci de consulter les informations confidentielles des entités contrôlées qui peuvent concerner les éléments essentiels de la stratégie commerciale. Ainsi, l'ingérence dans ces informations par les contrôles de l'AFA porte nécessairement atteinte au principe du respect du secret des affaires. Mais ce qui rend justifiée cette atteinte, c'est que le législateur poursuit un but légitime, celui de la prévention de la corruption. De plus, cette atteinte est proportionnée avec le but poursuivi dès lors que le législateur français modère cette atteinte.
941. Ainsi, l'atteinte au principe du respect du secret des affaires est restreinte par certaines dispositions encadrant le pouvoir de contrôle de l'AFA. D'abord, les agents de l'AFA, les experts et les personnes qualifiées auxquels l'AFA recourt sont, comme l'indique l'article 4 de la loi du 9 décembre 2016, astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont connaissance en raison de leurs fonctions. Dès lors, les observations de l'AFA mentionnées dans les rapports de contrôle ne doivent pas contenir des informations secrètes. Pour ce faire, les représentants de l'entité contrôlée obtiennent une copie de ces rapports.
942. Ensuite, étant donné que les obligations imposées aux entités visent la création d'un milieu professionnel anticorruption, l'atteinte au secret des affaires est donc réduite avec le contrôle réalisé aux heures ouvrables. C'est ce qui est prévu à l'article 7 du décret du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption⁸⁷⁹.

⁸⁷⁹ Décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption, *JORF*, n° 63, 15 mars 2017, texte n° 31.

- 943.** Enfin, l'atteinte au secret des affaires est mesurée puisque l'entité contrôlée peut se faire assister par une personne de son choix. Cette possibilité permet aux entités contrôlées de connaître les informations consultées par les agents de l'AFA et de connaître les agents de contrôle. L'alinéa 3 de l'article 7 du décret du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption prévoit que « les agents habilités sont munis de leur carte d'habilitation lorsqu'ils exercent des contrôles sur place, qui ne peuvent être effectués que dans les locaux professionnels, à l'exclusion du domicile des personnes privées, et seulement aux heures ouvrables, après avoir informé le représentant de l'entité contrôlée qu'il peut se faire assister par une personne de son choix ».
- 944.** D'ailleurs, une garantie qu'une atteinte disproportionnée n'est pas portée au secret des affaires est prévue dans l'audience devant la Commission des sanctions de l'AFA. Ainsi, l'alinéa 5 de l'article 5 du décret relatif à l'Agence française anticorruption prévoit que « l'audience est publique. Toutefois, le président peut interdire au public l'accès de la salle pendant tout ou partie de l'audience pour préserver l'ordre public ou lorsque la publicité est susceptible de porter atteinte au secret des affaires ou à tout autre secret protégé par la loi ».
- 945.** L'atteinte mesurée aux principes qui protègent la confidentialité (la vie privée et le secret des affaires) est le moyen nécessaire pour respecter ces principes en ce qui concerne l'outil de la transparence. L'atteinte mesurée à ces deux principes peut également se manifester dans les conditions strictes pour protéger les lanceurs d'alerte.

SECTION III.

LA PROTECTION STRICTEMENT CONDITIONNÉE DES LANCEURS D'ALERTE

946. L'expression « lanceur d'alerte » est la traduction française la plus proche de celle de « *whistleblower* » en langue anglaise⁸⁸⁰. Le « *whistleblower* », né aux États-Unis, se définit par « le fait que des membres d'une organisation rendent publiques des pratiques illégales, immorales ou illégitimes, qui sont de l'autorité de leur employeur, à des personnes ou à des organisations dont l'action peut changer la situation »⁸⁸¹. Le Conseil de l'Europe définit le lanceur d'alerte comme étant « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé »⁸⁸².
947. La protection des lanceurs d'alerte est l'une des procédures qui contribuent à la lutte contre la corruption. Cette protection vise à encourager les individus, à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, à ôter leur caractère occulte aux pratiques illégales. C'est pourquoi elle est prévue dans la Convention des Nations unies contre la corruption. L'article 33 de cette convention prévoit que « chaque État partie envisage d'incorporer dans son système juridique interne des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à la présente Convention ».
948. Les droits français et koweïtien mettent en place la protection des lanceurs d'alerte en matière de corruption. Cependant, cette protection est strictement conditionnée parce que l'État ne doit pas protéger celui qui porte atteinte aux principes de confidentialité.
949. L'outil de protection des lanceurs d'alerte peut porter atteinte aux principes fondamentaux qui protègent la vie privée et le secret des affaires. Ainsi, l'État protège et encourage les individus qui portent atteinte à ces principes plutôt que de prendre des mesures pour protéger ces principes. L'Etat n'effectue donc pas ses « obligations positives »⁸⁸³ de sanctionner ces individus. Dès lors, il faut qu'un équilibre soit trouvé

⁸⁸⁰ V. Marie-Christine Sordino, « Lanceur d'alerte et droit pénal : entre méfiance et protection ? », *Rev. sociétés*, 2017, p. 198.

⁸⁸¹ Near (J.) Miceli (M.), « Effective Whistle-Blowing », *Academy of Management Review*, Volume 20, n° 3, 1995, p. 680. Cité par Jean-Philippe Foegle, *Les lanceurs d'alerte : Etude comparée France-Etats-Unis*, mémoire, Université Paris X- Nanterre ouest la Défense, 2014, p. 9.

⁸⁸² Conseil de l'Europe, Protection des lanceurs d'alerte, Recommandation CM/Rec (2014)7 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 30 avril 2014 et exposé des motifs, 2014, p. 7.

⁸⁸³ V. Jean-François Akandji-Kombe, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, Conseil de l'Europe, 2006, p. 38 et suiv. ;

entre l'outil de protection des lanceurs d'alerte et la protection des principes relatifs à la vie privée et au secret des affaires.

950. La loi française du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption⁸⁸⁴ et la loi koweïtienne anticorruption n° 2/2016 sont rigoureuses en matière de protection des lanceurs d'alerte pour que l'atteinte aux principes de la confidentialité soit mesurée et non disproportionnée. Cette situation se manifeste dans la mise en place de conditions strictes de la protection des lanceurs d'alerte (§ 2). Mais, afin de cerner le sujet, il convient d'abord de présenter brièvement le régime de cette procédure (§ 1).

§ 1. LE REGIME DE PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE

951. En France, l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence et à la lutte contre la corruption (loi Sapin II) définit le lanceur d'alerte comme étant « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ».
952. Au Koweït, la loi anticorruption définit, dans son article 1, le lanceur d'alerte comme celui qui dénonce une infraction de corruption. Sont également considérés comme lanceurs d'alerte dignes de protection les victimes, les experts et les témoins des infractions de corruption.
953. L'obtention du statut de lanceur d'alerte entraîne, au Koweït comme en France, une protection d'identité du lanceur d'alerte (A) et une protection dans sa fonction (B) ainsi qu'une protection pénale (C).

A. Protection d'identité

954. Les droits français et koweïtien disposent de mesures destinées à dissimuler l'identité du lanceur d'alerte afin de le protéger contre d'éventuelles représailles.
955. Au Koweït, l'article 41 de la loi anticorruption assure le secret de l'identité du lanceur d'alerte et de son domicile, ainsi que la fourniture d'une protection personnelle, ainsi que de sa résidence si nécessaire. Cet article renvoie au décret exécutif qui mentionne d'autres mesures de protection. Ainsi, l'article 62 de ce

Frédéric Sudre, « Les « obligations positives » dans les jurisprudences européennes des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 363.

⁸⁸⁴ En France, la protection de lanceur d'alerte était consacrée dans la loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique et la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique vient définir le lanceur d'alerte, réorganiser et consacrer un régime commun de sa protection.

décret précise que l'Autorité publique anticorruption fournit la protection personnelle aux lanceurs d'alerte de la manière suivante : 1) dissimuler l'identité et la remplacer par un code. L'Autorité crée des archives pour sauvegarder les données des personnes protégées et ne les divulgue que par une décision de son président ou de la cour compétente ; 2) assurer la sécurité personnelle et l'assistance des audiences ; 3) changer occasionnellement ou de façon permanente le domicile, le lieu de travail ou les deux le cas échéant ; 4) changer ou surveiller les numéros de téléphone et fournir un téléphone d'urgence ; 5) le cas échéant, les lanceurs d'alerte peuvent faire leurs dépositions en utilisant les technologies de communication (vidéo ou autres) qui garantissent l'anonymat et leur sécurité. Par ailleurs, les dépositions peuvent être entendues dans une pièce sécurisée ou derrière un rideau au cours de l'audience.

- 956.** Si le lanceur d'alerte subit un préjudice en raison de son signalement d'alerte, l'article 43 de la loi anticorruption oblige l'État à indemniser le lanceur ou ses héritiers.
- 957.** Par ailleurs, le fait de divulguer l'identité d'un lanceur d'alerte est, selon l'article 51 de la loi précitée, incriminé.
- 958.** En France, l'article 8 de la loi Sapin II oblige les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés à engager des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels. L'article 9 les oblige également à ce que ces procédures garantissent une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement.

B. Protection du lanceur d'alerte dans ses fonctions

- 959.** En France, la loi Sapin II insère des dispositions à l'article L. 1132-3-3 du Code du travail, à l'article 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et à l'article L. 4122-4 du Code de la défense. Il s'agit des dispositions visant à interdire de prendre des mesures discriminatoires contre le lanceur d'alerte dans ses fonctions en raison de son signalement d'alerte.
- 960.** Ces dispositions sont renforcées par une présomption en faveur du lanceur d'alerte en cas de litige relatif à l'application des mesures discriminatoires contre lui. Ainsi, le législateur présume que les décisions prises contre le dénonciateur sont relatives à la dénonciation et sont assimilées à des représailles. Dès lors que le lanceur d'alerte présente des éléments permettant de présumer qu'il a relaté ou témoigné de bonne foi des faits d'un délit ou d'un crime, ou qu'il a signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, il incombe au défendeur de démontrer que sa décision prise à l'encontre du lanceur d'alerte a été fondée sur des éléments objectifs sans lien avec la déclaration ou le témoignage de l'intéressé.

961. La majorité de la doctrine parle de renversement de la charge de la preuve⁸⁸⁵. Nous avons tendance à considérer qu'il n'y a pas *stricto sensu* de renversement de la charge de la preuve mais simplement un réaménagement de celle-ci. Ainsi, le salarié ou le fonctionnaire qui intente l'action prouve seulement la mesure prise contre lui et son signalement d'alerte de bonne foi sans qu'il prouve la causalité entre ces deux éléments. Dans cette perspective, le législateur a pris en compte la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel à propos de la preuve des discriminations dans la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 réformant l'administration de la preuve dans les contentieux d'accès au logement et de harcèlement au travail. Selon les termes de cette loi, la victime pouvait se limiter à « présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination ». La réserve du Conseil lui impose, pour respecter les droits de la défense, « d'établir la matérialité des éléments de faits précis et concordants qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard constituerait une discrimination en matière de logement ou procéderait d'un harcèlement moral ou sexuel au travail »⁸⁸⁶. Ce faisant, le Conseil constitutionnel « écartait un renversement de la charge de la preuve au bénéfice de la partie demanderesse, lui préférant un simple aménagement »⁸⁸⁷. L'importance de cet aménagement est apparue dans l'interrogation de Murielle Bénéjat : « Comment faire autrement ? Comment un salarié peut-il apporter la preuve d'un motif qui n'est généralement pas avoué car peu avouable ? La victime devra quoi qu'il en soit apporter au préalable une double preuve : premièrement, la preuve de la dégradation de ses conditions de travail, et deuxièmement, la preuve de sa révélation de bonne foi »⁸⁸⁸.
962. Au Koweït, la protection du lanceur d'alerte dans le cadre de ses fonctions est confirmée. D'une part, l'alinéa 2 de l'article 41 de la loi anticorruption prévoit une protection administrative et fonctionnelle empêchant toute mesure administrative à son encontre au cours de la période déterminée par l'Autorité publique anticorruption (APA). D'autre part, l'article 52 assure que « le fait pour tout responsable de prendre des mesures administratives contre le dénonciateur est puni par une sanction disciplinaire. Les mesures administratives prises contre le dénonciateur ne seront alors pas prises en considération ». Le

⁸⁸⁵ Hervé Robert, « Apports procéduraux de la loi du 6 décembre 2013 : confirmations plutôt qu'innovations », *Revue Fiscale Notariale*, octobre 2014, n° 10 ; Christian Dargham et Marion Marhuenda, « Lutte contre la corruption internationale - État des lieux », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2014, n° 5 ; Samuel Dyens, « Le lanceur d'alerte dans la loi « Déontologie », un traitement toujours insuffisant », *AJCT*, 2016, p. 301 ; Emmanuel Daoud et Solène Sfoggia, « Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi « Sapin II » », *AJ pénal*, 2017, p. 71.

⁸⁸⁶ Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC.

⁸⁸⁷ Guillaume Drago, Julie Benetti, Julien Boudon, Lucie Cluzel-Metayer, Mathieu Disant, Wanda Mastor et Yves Mayaud, « Observatoire de jurisprudence constitutionnelle », *Cah. Cons. const.*, mars 2011, n° 31, chronique n° 3.

⁸⁸⁸ Murielle Bénéjat, « La détection des fraudes fiscales : les nouveaux acteurs », *Droit fiscal*, 2014, n° 46, p. 617.

décret exécutif de la loi n'ajoute quant à lui aucune précision relative à la protection fonctionnelle et se contente de répéter les articles de la loi.

963. Il convient à ce propos de noter que, contrairement au législateur français, le législateur koweïtien n'a pas fourni de privilège spécial au dénonciateur. Dès lors, sa protection est soumise au droit commun pour ce qui est de la légalité de la sanction prise contre lui, comme pour tous les fonctionnaires. Il lui incombe de prouver l'excès de pouvoir de son responsable, sans réaménagement de la charge de la preuve comme le stipule la législation française. De plus, à la lecture de la loi koweïtienne anticorruption, on peut en déduire que le législateur koweïtien vise une protection fonctionnelle dans le secteur public sans aucune référence au secteur privé. Cela apparaît clairement à l'article 52 précité traitant des mesures disciplinaires à l'encontre du responsable qui sanctionne le dénonciateur ; ces mesures n'existant pas dans le secteur privé.

C. Protection contre la responsabilité pénale

964. En France, une cause spéciale d'irresponsabilité pénale⁸⁸⁹ relative au lanceur d'alerte est insérée dans le Code pénal, par la loi Sapin II. Il s'agit de l'article 122-9 du Code pénal qui dispose que « n'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 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 ».
965. Au Koweït, l'alinéa trois de l'article 41 de la loi anticorruption dispose que le lanceur d'alerte qui a des indices sérieux justifiant son signalement n'est pas responsable pénalement et civilement ainsi que disciplinairement.
966. Il arrive parfois que le lanceur d'alerte signale des faits protégés par une incrimination pénale, comme, l'infraction de l'atteinte au secret professionnel⁸⁹⁰. Ou encore, il arrive que le lanceur d'alerte porte, par son signalement, atteinte à la réputation et à la dignité d'autrui, comme par exemple, la diffamation et la dénonciation calomnieuse. Ainsi, les législateurs français et koweïtien créent un fait justificatif pour écarter la responsabilité du lanceur d'alerte contre ces incriminations.

⁸⁸⁹ Raphaële Parizot, « Les renversements de la responsabilité pénale », *RSC*, 2017, p. 363.

⁸⁹⁰ V. Laure Romanet, « Le dispositif d'alerte éthique de l'article 40, alinéa 2 du Code de procédure pénale : un « instrument juridique pivot » de lutte contre la corruption publique ? », *Revue du Grasco*, n° 7, Novembre 2013, p. 30.

967. La jouissance du régime de la protection du lanceur d'alerte est très restrictive. C'est pourquoi l'outil de protection du lanceur d'alerte est gouverné par des conditions visant à mettre en équilibre l'importance de cet outil et la sauvegarde de la confidentialité.

§ 2. LES CONDITIONS STRICTES DE LA PROTECTION DU LANCEUR D'ALERTE

968. Le lanceur d'alerte peut porter atteinte à la vie privée d'autrui ou au secret des affaires. *A contrario*, il peut révéler des informations bénéfiques pour la lutte contre les infractions ou pour l'intérêt général. Cette contradiction conduit le législateur français et le législateur koweïtien à mesurer l'atteinte aux principes de la confidentialité en imposant des conditions strictes pour protéger le lanceur d'alerte.

969. Si les législations française et koweïtienne sont similaires en ce qui concerne la sévérité des conditions de la protection du lanceur d'alerte, elles sont dissimilaires en ce qui concerne la forme de cette sévérité. Ainsi, nous analysons d'abord le droit français (A), puis le droit koweïtien (B).

A. Le droit français

970. En s'inspirant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁹¹, le législateur français précise que le lanceur d'alerte ne mérite d'être protégé que s'il respecte la procédure graduée de signalement définie par la loi (1) et s'il agit de bonne foi et de manière désintéressée (2).

1. Procédure graduée de signalement

971. L'article 8 de la loi Sapin II organise la procédure de signalement en imposant une gradation des canaux à la disposition des lanceurs d'alerte. Le but de cette gradation est la sauvegarde de la nécessité et la proportionnalité de la divulgation des informations secrètes.

972. Dès lors, le signalement doit être effectué en trois temps. D'abord, « le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci ». La mise en place d'un recueil des signalements est obligatoire pour « les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'État, les

⁸⁹¹ CEDH, 12 février 2008, Guja c. Moldavie, req. n° 142777/04 ; CEDH, 19 février 2009, Marchenko c. Ukraine, req. n° 4063/04 ; CEDH, 21 juillet 2011, Heinisch c. Allemagne, req. n° 28274/08 ; CEDH, 8 janvier 2013, Bucur et Toma c. Roumanie, req. n° 40238/02. V. également, Jean-Marc Sauvé, « Lanceurs d'alerte : la sécurisation des canaux et des procédures », *in* Colloque organisé par la Fondation Sciences Citoyennes et Transparency International France à l'Assemblée nationale, 4 février 2015, disponible sur : http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Lanceurs-d-alerte-la-securisation-des-canaux-et-des-procedures#_ftnref13 ; Laure Ragimbeau, « La liberté d'expression des agents publics : l'exemple du lanceur d'alerte », *RFDA*, 2015, p. 975 ; Noëlle Lenoir, « Les lanceurs d'alerte : une innovation française venue d'outre-Atlantique », *JCP E*, n° 42, 2015, p. 1492.

communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions ». Ensuite, à défaut de réaction dans un délai raisonnable, le lanceur d’alerte peut avoir recours à l’autorité judiciaire, à l’autorité administrative ou aux ordres professionnels, par exemple la HATVP ou l’AFA. Enfin, à défaut de traitement dans un délai de trois mois par l’autorité compétente, le signalement peut être rendu public.

973. En cas de commission d’une infraction relative au manquement à la probité, le canal interne de signalement ne peut être pas servir en la matière. Nous pensons donc que le II de l’article 8 de la loi Sapin II est applicable. Il dispose qu’en cas de danger grave et imminent ou en présence d’un risque de dommages irréversibles le signalement est adressé directement à l’autorité judiciaire ou à l’autorité administrative.
974. Pour aider le lanceur d’alerte à poursuivre les procédures appropriées et à ne divulguer des informations secrètes qu’en dernier ressort, le dernier alinéa de l’article 8 de la loi Sapin II prévoit que « toute personne peut adresser son signalement au Défenseur des droits afin d’être orientée vers l’organisme approprié de recueil de l’alerte ».
975. Le respect de la procédure graduée est rattaché à l’agissement désintéressé et de bonne foi du lanceur d’alerte.

2. Agissement désintéressé et de bonne foi

976. L’article 6 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique caractérise le lanceur d’alerte comme celui qui agit de manière désintéressée et de bonne foi. Si la bonne foi est un caractère classique dans le droit de lanceur d’alerte⁸⁹², le caractère désintéressé est une touche nouvelle en la matière.
977. La Cour européenne des droits de l’homme mesure la bonne foi du lanceur d’alerte selon plusieurs critères. D’abord, la conviction que l’information qu’il divulgue est authentique. Ensuite, que la divulgation sert l’intérêt général. Enfin, que l’auteur dispose ou non de moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question. En revanche, il importe que la personne concernée procède à la divulgation d’abord auprès de son supérieur ou d’une autre autorité ou instance compétente⁸⁹³.

⁸⁹² Samuel Dyens, « Le lanceur d’alerte dans la loi « Sapin 2 » : un renforcement en trompe-l’œil », *AJCT*, 2017, p. 127.

⁸⁹³ V. par exemple, CEDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*, req. n° 28274/08 ; V. aussi, Nelly Devouèze, De l’importance de la bonne foi du lanceur d’alerte, note sur CEDH, 21 juin 2016, *Soares c. Portugal*, n° 79972/12, *Dalloz actualité*, 05 juillet 2016 ; Serge Slama, « Le lanceur d’alerte : une nouvelle figure du droit public ? », *AJDA*, 2014, p. 2229.

978. En effet, l'exigence de bonne foi est considérée comme une exigence restrictive pour permettre au lanceur d'alerte de bénéficier de la protection. Comme le souligne le magistrat Eric Alt, « la notion de bonne foi conditionne la légitimité de l'alerte à un élément subjectif, et non au seul intérêt objectif pour la société de la divulgation d'une information. C'est la raison pour laquelle le Royaume-Uni a supprimé cette notion de sa législation sur les lanceurs (Public Interest Disclosure Act) en 2013 »⁸⁹⁴ en remplaçant « la bonne foi » par « la croyance raisonnable »⁸⁹⁵.
979. Le législateur français rajoute à l'exigence de la bonne foi « l'agissement de manière désintéressée ». Il réduit ainsi l'outil de protection du lanceur d'alerte afin de rendre proportionnée l'atteinte à la confidentialité. Ainsi, le lanceur d'alerte ne doit pas chercher un profit personnel. À l'étranger c'est différent⁸⁹⁶, comme au Koweït où le décret d'application de la loi anticorruption offre la possibilité d'octroyer au lanceur d'alerte une récompense financière.
980. Enfin et surtout, les conditions restrictives de la protection des lanceurs d'alerte conduisent plusieurs auteurs à les critiquer⁸⁹⁷. De notre part, nous pensons que la mise en équilibre entre cette procédure et la proportionnalité de l'atteinte aux principes de la confidentialité justifie cette démarche législative.

B. Le droit koweïtien

981. La qualification d'une personne comme lanceur d'alerte digne d'une protection n'est valable que si celle-ci poursuit la procédure de la dénonciation (1). De plus, afin de ne pas porter d'atteinte disproportionnée au droit du respect de la vie privée, il faut que le lanceur d'alerte agisse de manière justifiée (2).

1. Dénonciation

982. Cette condition est considérée comme stricte parce que le législateur koweïtien ne reconnaît pas la protection du lanceur d'alerte qui a recours à un canal autre que la dénonciation. Cela est évident si l'on

⁸⁹⁴ Eric Alt, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte : À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », *JCP*, 2017, p. 90.

⁸⁹⁵ Sur ce point, V. Jean-François Kerléo, « Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte : classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable », in Mathieu Disant et Delphine Pollet-Panoussis (dir.), *Les lanceurs d'alerte : Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, L.G.D.J., 2017, p. 20.

⁸⁹⁶ Eric Alt, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte : À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », *JCP*, 2017, p. 90.

⁸⁹⁷ Par exemple, Raphaële Parizot, « Les renversements de la responsabilité pénale », *RSC*, 2017, p. 363 ; Marie-Christine Sordino, « Lanceur d'alerte et droit pénal : entre méfiance et protection ? », *Rev. sociétés*, 2017, p. 198 ; Eric Alt, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte : à propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », *JCP*, 2017, p. 90.

compare cette condition avec les dispositions du droit français en la matière qui autorise, dans certains cas, le lanceur d'alerte à rendre le signalement public.

- 983.** Autrement dit, il n'y a qu'un seul canal pour obtenir le statut de lanceur d'alerte : la procédure de dénonciation prévue au Code de procédure pénale. La loi anticorruption considère également l'APA comme une entité qui peut recevoir les dénonciations. L'article 20 de la loi met l'accent sur le respect de la vie privée en stipulant que « compte tenu de la primauté du principe de respect à la vie privée, à l'honneur et à la dignité des personnes, toute personne ayant connaissance de l'une des infractions de corruption doit la dénoncer à l'Autorité publique anticorruption ou à une autorité compétente et lui fournir les informations nécessaires ». Par cette rigueur, le législateur ne veut pas permettre au lanceur d'alerte de préciser la mesure appropriée à prendre. Ainsi, par exemple, la personne qui, à défaut de traitement par l'autorité compétente dans un délai raisonnable, fait appel à un autre canal de dénonciation, ne mérite pas les protections consacrées aux lanceurs d'alerte.

2. Dénonciation justifiée par des indices sérieux

- 984.** Pour que le lanceur d'alerte bénéficie d'une protection, l'article 38 de la loi anticorruption l'oblige à présenter des indices sérieux justifiant son signalement.
- 985.** Par cette condition, le législateur veut que l'ingérence dans la vie privée ne soit pas justifiée par un simple signalement. C'est pourquoi l'article 37 du décret d'exécution de la loi anticorruption prévoit que « [...] la dénonciation est surtout injustifiée si elle est dépourvue d'indices ». De plus, l'article 39 oblige l'APA à faire comprendre au lanceur d'alerte que sa dénonciation injustifiée ou calomnieuse n'est pas exempte de responsabilité.
- 986.** Cette condition est considérée comme stricte car elle n'envisage pas que le dénonciateur puisse être une simple personne qui ne peut pas avoir la possibilité d'obtenir les indices suffisants. De plus, cette condition est contraire à ce que la Cour de cassation a adopté concernant la dénonciation calomnieuse. Elle a, à plusieurs reprises, jugé que « la dénonciation des infractions est un droit accordé aux individus, voire une obligation qui leur est imposée ; ils l'exercent selon les dispositions de la loi. Le dénonciateur n'est alors responsable [...] que s'il agissait de mauvaise foi afin de nuire à la réputation d'autrui »⁸⁹⁸. Ainsi, l'obtention du programme de protection des lanceurs d'alerte consacrée à la loi anticorruption est

⁸⁹⁸ Koweït, Cass. 2e Ch. com., 16 février 2005, n° 605/2004 ; Koweït, Cass. 2e Ch. com., 29 avril 2007, n° 65/2006 ; Koweït, Cass. 2e Ch. com., 14 juin 2009, n° 1254/2007.

plus exigeante car elle nécessite que le dénonciateur justifie au préalable son accusation par la fourniture d'indices sérieux⁸⁹⁹.

- 987.** L'atteinte à la vie privée est mesurée dès lors que le législateur confie la mission de protéger le lanceur d'alerte à l'APA à qui il appartient d'apprécier le sérieux des indices.

⁸⁹⁹ A ce point, il faut bien noter que le non-respect de cette condition ne signifie pas nécessairement la responsabilité du dénonciateur, mais elle concerne seulement l'obtention de programme de protection.

Conclusion chapitre II

- 988.** En France et au Koweït, les principes de la confidentialité ne peuvent pas faire obstacle à une procédure visant un but légitime dès lors que cette procédure est mesurée.
- 989.** En droit français, la transparence, la moralisation de la vie politique et la lutte contre le conflit d'intérêts et la corruption constituent un but légitime justifiant l'atteinte aux principes du respect de la vie privée et du secret des affaires par les obligations de déclaration.
- 990.** En droit koweïtien, la transparence et la lutte contre la corruption constituent un but légitime justifiant l'atteinte à la vie privée des déclarants.
- 991.** Dès lors, la prise en compte de ces principes réside dans l'encadrement des obligations de déclaration et dans les prérogatives limitées et encadrées des autorités de contrôle des déclarations. Ces mesures rendent proportionnée l'atteinte.
- 992.** Par ailleurs, si l'on compare, en France et au Koweït, les prérogatives des autorités de contrôle des déclarations des décideurs publics (HATVP et APA) avec les prérogatives des autorités chargées de la lutte contre le blanchiment d'argent et contre le financement du terrorisme⁹⁰⁰, l'atteinte mesurée aux principes de la confidentialité est manifeste. Car les prérogatives de la HATVP et de l'APA sont plus restrictives. Ainsi, les autorités chargées de la lutte contre le blanchiment peuvent, selon l'article 18 de la loi n° 103/2016 sur la lutte contre le blanchiment, se faire communiquer, par les professions financières et non financières, toute information ou tout document nécessaire à l'exercice de leur mission, sans qu'elles soient obligées de demander ces informations par un recours aux institutions tierces comme par exemple le Ministère public ou l'administration fiscale⁹⁰¹. Cette différence peut s'expliquer par deux points. D'une part, la mission des autorités de la lutte contre le blanchiment porte sur des opérations financières apparemment soupçonnées, alors que la mission des autorités de transparence repose sur des vérifications d'informations visant seulement à renforcer la confiance dans la vie politique. D'autre part, les autorités de transparence disposent, pour exercer leurs missions, d'un ensemble de déclarations déposées à plusieurs reprises par les intéressés. Il est donc logique de se borner à vérifier la variation des déclarations pour respecter la proportionnalité de l'atteinte aux principes de confidentialité. Par contre, les autorités de la lutte contre le blanchiment ne reçoivent que des déclarations de soupçon déposées par des tiers. Elles doivent donc avoir le droit de communication pour obtenir d'autres renseignements.

⁹⁰⁰ Il s'agit de l'Unité du renseignement financier au Koweït et de la cellule de renseignement financier nationale (TRACFIN) en France.

⁹⁰¹ V. L'article 18 de la loi koweïtienne n° 103/2016 sur la lutte contre le blanchiment et l'article L 561-25 du Code monétaire et financier français.

CONCLUSION DU TITRE I

- 993.** La difficulté probatoire des infractions de corruption est bien comprise en droit français et koweïtien.
- 994.** La mise en place de l'obligation des déclarations et de transparence ne vise pas seulement la prévention de la corruption, elle vise aussi la répression. Le rassemblement et la vérification des déclarations constituent une banque de données des indices et des preuves. Autrement dit, le système des déclarations d'intérêts et de situation patrimoniale constitue, eu égard à la difficulté probatoire des infractions de corruption, un moyen de collecte des preuves avant la procédure pénale. Ce faisant, ces déclarations contribuent à la facilitation probatoire si une infraction de corruption est commise.
- 995.** Cette étape de collecte des preuves prend en compte le principe de séparation des pouvoirs et les principes protégeant la vie privée et le secret des affaires. En théorie, cette étape contribue à une lutte efficace contre la corruption. En pratique, il est encore prématuré de se prononcer sur cette question dans la mesure où la mise en place de ce système et de ces autorités est relativement récente.
- 996.** En général, il est vrai que l'idée de collecte des informations et des renseignements avant la procédure pénale est liée aux phénomènes graves comme le blanchiment et le terrorisme. Mais, ce qui est considéré comme nouveau dans le phénomène de corruption, c'est que ces informations sont collectées en raison du caractère obligatoire des déclarations de l'intéressé. Ainsi, la probité des décideurs publics n'est plus présumée. C'est pourquoi les obligations de déclaration constituent un contournement intelligent pour surmonter les difficultés qui peuvent résulter du principe de présomption d'innocence et de ses corollaires parce qu'elles sont réalisées avant la procédure pénale.
- 997.** Pour résoudre la difficulté probatoire quand une infraction de corruption est commise, les droits français et koweïtien disposent des techniques spéciales de l'établissement de la preuve. Ces techniques suscitent certaines interrogations en matière de principes fondamentaux même si les deux droits s'efforcent de les harmoniser avec les principes fondamentaux.

TITRE II.

LES TECHNIQUES SPECIALES DE L'ETABLISSEMENT DE LA PREUVE : DES TENSIONS PERCEPTIBLES EU EGARD AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX

998. La lutte contre la corruption comprend des techniques spéciales pour prouver la corruption. Ces techniques sont soumises à des dispositions législatives et jurisprudentielles pour qu'elles soient respectueuses des principes fondamentaux.
999. Considérant que le principe en matière pénale est celui de la liberté de la constitution de la preuve et considérant que la corruption est un phénomène occulte dont les éléments de preuve ne sont pas faciles à collecter, le processus de la lutte contre la corruption fait apparaître que les systèmes de preuve de corruption passent, tant en France qu'au Koweït, par des techniques spéciales. Les législateurs et les autorités d'investigation mettent en œuvre des moyens particuliers permettant de détecter la corruption.
1000. Il n'y a pas, en droit français et koweïtien⁹⁰², de définition législative ou jurisprudentielle de la notion des techniques spéciales de preuve. Certains auteurs parlent des méthodes particulières de recherche⁹⁰³ ou de l'enquête proactive⁹⁰⁴. Jean Pradel les définit comme « l'ensemble des investigations utilisant le plus souvent des techniques spéciales pour prévenir la commission probable d'infractions ou détecter des infractions déjà commises, mais encore inconnues »⁹⁰⁵. On peut donc parler de techniques spéciales de preuve ou d'enquête quand les policiers exercent ces missions de constat des infractions à la loi pénale, de recherche des auteurs et de rassemblement des preuves de manière secrète⁹⁰⁶. Entrent dans cette définition la surveillance, la livraison contrôlée, l'infiltration, la provocation policière, l'écoute téléphonique, la sonorisation, la fixation d'images, etc.
1001. De même, peut être qualifiée comme une technique spéciale de preuve la technique du recours à une personne impliquée dans une infraction en lui offrant en contrepartie une réduction ou une exemption de peine. C'est la technique bien connue du « repentir ». Elle est spéciale parce qu'elle n'est adoptée que pour certaines infractions dont la corruption fait partie. En droit koweïtien, le recours aux repentis est, en matière de corruption, institué depuis 1970. En droit français, cette technique est née, toujours en matière

⁹⁰² Même dans les législations qui ont des lois spéciales relatives à ces techniques. V. par exemple dans le droit belge, Christian De Valkeneer, *Manuel de l'enquête pénale*, 3e édition, Larcier, 2006, p. 215 : « On peut regretter que le législateur n'ait pas tenté de définir la notion de méthodes particulières de recherche ».

⁹⁰³ Christian De Valkeneer, *Manuel de l'enquête pénale*, *op.cit.*, p. 213.

⁹⁰⁴ Christian De Valkeneer, « Les opérations sous couverture et la recherche proactive dans les instruments internationaux », in Françoise Tulkens et Henrie-D. Bosly (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruylant, 1996, p. 368 ; Bertrand Renard, « La mise en œuvre et le suivi de l'enquête de recherche proactive, étude qualitative des factures influençant le processus de décision », *RPDP*, 2003, p. 145 ; Jean Pradel, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.*, 1998, p. 57.

⁹⁰⁵ Jean Pradel, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.*, *op. cit.*

⁹⁰⁶ V. Brants Chrisje et Field Stewart, « Les méthodes d'enquête proactive et le contrôle des risques », *Déviance et société*, Volume 21, n°4, 1997, p. 401.

de corruption, avec la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière⁹⁰⁷.

- 1002.** L'utilisation des techniques spéciales pour faciliter la preuve en matière de corruption soulève des questions sur sa cohérence avec les principes fondamentaux. En matière de preuve, le principe de loyauté et celui de légalité de la preuve doivent être respectés. Pour ce faire, les jurisprudences française et koweïtienne expriment une attention particulière sur la technique de provocation policière afin de satisfaire le principe de loyauté de la preuve. En ce qui concerne les autres techniques spéciales, les législateurs français et koweïtien encadrent leur utilisation par la loi afin de respecter le principe de légalité de la preuve. Ce dernier principe est également satisfait dès lors que les deux législateurs adoptent la réduction de peine pour celui qui collabore avec les autorités, autrement dit le « repentir ». Or il semble que cet encadrement n'est pas suffisant en regard d'autres principes fondamentaux gouvernant le droit pénal et la procédure pénale.
- 1003.** Nous analyserons l'effort de rationalisation des techniques d'investigation policières afin de respecter les principes fondamentaux (chapitre I). Ensuite, nous nous interrogerons sur l'encadrement incertain de la procédure du repentir en regard des principes fondamentaux (chapitre II).

⁹⁰⁷ La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF*, n° 0284, 7 décembre 2013, p. 19941.

CHAPITRE I.

UN EFFORT DE RATIONALISATION DES TECHNIQUES D'INVESTIGATION POLICIERES POUR RESPECTER LES PRINCIPES FONDAMENTAUX

- 1004.** En matière de système probatoire de certaines criminalités dont la corruption fait partie, les techniques spéciales d'investigation policière sont soumises à une rationalisation visant un meilleur fonctionnement de la constitution des preuves et d'un meilleur rapport avec les principes fondamentaux.
- 1005.** L'incrimination de corruption est l'objet de plusieurs techniques policières particulières. Le recours à ces techniques est absolument indispensable à la lutte contre le phénomène de corruption en raison du caractère occulte qui empêche de parvenir à réunir les preuves par des méthodes habituelles. Étant donné que le caractère occulte de la corruption résulte de l'absence de victime et de l'avantage mutuel entre le corrompu et le corrupteur de ne pas divulguer leur pacte, les techniques policières doivent alors extraire les preuves en mettant la lumière sur les zones sombres, c'est-à-dire le caractère occulte de la corruption.
- 1006.** En droit français comme en droit koweïtien, les dispositions du Code de procédure pénale permettant aux autorités de poursuite de prendre toutes les mesures nécessaires à la recherche des infractions et de leurs auteurs. Il en résulte que tous les moyens peuvent être mis en œuvre pour établir la vérité de l'existence d'une infraction. En effet, ce résultat est le prolongement du principe qui gouverne les preuves en matière pénale, celui de la liberté de la constitution de la preuve pénale. L'article 427 du Code de procédure pénale français stipule que « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». C'est ce que stipule aussi l'article 151 du Code de procédure pénale koweïtien : « la cour établit son intime conviction à partir des éléments de preuve obtenus par son investigation dans le procès ou par les enquêtes qui ont précédé le procès ».
- 1007.** Ce principe permet à la police judiciaire d'effectuer les opérations sous couverture pour constater les infractions de corruption⁹⁰⁸. Ces opérations peuvent prendre des formes diverses, de la simple

⁹⁰⁸ Ces opérations ne sont pas limitées à la seule matière de la lutte contre la corruption. V. sur l'ensemble de ce sujet, Pascal Gensous, *Les pratiques policières sous couverture dans la procédure pénale contemporaine : analyse comparée des systèmes français, canadien et américain*, thèse, université de Bordeaux, 1998 ; François Molins, « De la nécessité de lutter plus activement contre les nouvelles formes de criminalité », *AJ pénal*, 2004, p. 177 ; Haritini Matsopoulou, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée : à propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *JCP*, 2016, p. 707 ; Thomas Meindl, « Procédure applicable à la criminalité et la délinquance organisées », *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 706-73 à 706-106, fasc. 20, 2011.

surveillance jusqu'à la provocation policière, en passant par l'opération d'infiltration. Ou encore les opérations sous couverture peuvent être réalisées à distance par l'utilisation des nouvelles technologies comme l'interception des télécommunications, la sonorisation, la géolocalisation, etc.

- 1008.** Néanmoins, le principe de la liberté de la preuve n'est pas absolu. Il est encadré par deux principes. D'une part, il s'agit du principe de loyauté de la preuve qui exige généralement que la recherche de la preuve, réglementée ou non par la loi soit en conformité avec la dignité de la justice. À ce titre, il convient de rappeler que certaines techniques de recherche de preuve ne sont pas réglementées par la loi parce qu'elles ne constituent pas directement une mesure attentatoire à un droit ou à une liberté fondamentaux⁹⁰⁹. D'autre part, il s'agit du principe de la légalité de procédure pénale qui exige que la recherche de la preuve réglementée par la loi soit en conformité avec les conditions de la loi⁹¹⁰.
- 1009.** En ce qui concerne le principe de loyauté de la preuve pénale, la rationalisation des techniques policières conduit la jurisprudence, française et koweïtienne, à traiter, de manière prudente, la question de la provocation policière en matière de corruption. Ce traitement attentif s'explique par la matérialité des infractions de corruption qui réside dans des procédés qui composent en général une provocation.
- 1010.** En ce qui concerne le principe de légalité de la preuve pénale, l'effort de rationalisation des techniques policières n'est pas semblable en droit français et koweïtien. Le législateur français étend la procédure applicable à la criminalité organisée aux infractions de corruption afin de respecter la légalité de preuve. En droit koweïtien, la rationalisation des techniques policières n'est pas totalement achevée. Certaines techniques policières sont mal fondées par la jurisprudence koweïtienne.
- 1011.** Nous analysons d'abord la similitude du traitement attentif de la question de la provocation policière entre le droit français et koweïtien pour respecter le principe de loyauté de preuve dans la (Section I). Ensuite, nous abordons la dissimilitude entre le droit français et koweïtien en ce qui concerne la légalisation des techniques policières pour respecter le principe de légalité de la preuve dans la (Section II).

⁹⁰⁹ Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4e édition, Economica, 2015, p. 156 et suiv. ; Jean Pradel, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.*, 1998, p. 57 ; Serge Guinchard et Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 10e édition, LexisNexis, 2014, p. 501. Dans ce dernier manuel, il convient de noter que les auteurs appellent ce principe « légalité formelle » par opposition à « légalité matérielle » qui est le principe de loyauté de la preuve. V. aussi, Jacques Buisson, « Preuve », *Rép. pén.*, octobre 2013 (actualisation : avril 2017), n° 120 et suiv.

⁹¹⁰ Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, *op.cit.*, p. 416. V. également sur ce sujet, Emmanuel Molina, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2001, p. 51 et suiv.

SECTION I.

LA SIMILITUDE DU RESPECT DU PRINCIPE DE LOYAUTE DE LA PREUVE ENTRE LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT KOWEÏTIEN : TRAITEMENT ATTENTIF DE LA PROVOCATION POLICIERE

1012. La provocation policière est une méthode policière de constatation des infractions⁹¹¹. Elle consiste à s'insérer dans le processus infractionnel⁹¹² pour en apporter la preuve. Ainsi, le policier est le témoin direct de l'infraction, l'un des meilleurs moyens d'en établir la preuve⁹¹³. La provocation peut prendre diverses formes. Elle peut être réalisée par un policier infiltré ou par une personne agissant pour son compte⁹¹⁴.
1013. Il est assez banal de rappeler que cette méthode apparaît d'une grande importance dans la lutte contre la corruption. Elle facilite l'établissement de la preuve puisque le policier, jouant un rôle primordial dans le processus, est témoin de la corruption. Il peut d'ailleurs renforcer ce témoignage par l'enregistrement de la conversation ou la captation d'images.
1014. Cette importance de la technique de provocation policière est évoquée par la Cour européenne des droits de l'homme quand elle précise que la police « doit recourir de plus en plus souvent, notamment dans le cadre de la lutte contre le crime organisé et la corruption, aux agents infiltrés, aux informateurs et aux pratiques “sous couverture” »⁹¹⁵. C'est ce qui a invité le législateur français à étendre l'opération d'infiltration⁹¹⁶ consacrée pour la criminalité et la délinquance organisées aux infractions de corruption, par la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

⁹¹¹ André Decocq, Jean Montreuil et Jacques Buisson, *Le droit de la police*, 2e édition, Litec, 1998, p. 691.

⁹¹² Étienne Vergès, « Principes directeurs du procès pénal : principes communs aux parties », *J-Cl. proc. pén.*, Fasc. 30, mis à jour 21 Août 2017, n° 106.

⁹¹³ Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4e édition, Economica, 2015, p. 423.

⁹¹⁴ Christian De Valkeneer, *La tromperie dans l'administration de preuve pénale : analyse en droit belge et international complétée par des éléments de droits français et néerlandais*, Larcier, 2000, p. 367.

⁹¹⁵ CEDH, 5 février 2008, Ramanauskas c. Lituanie, req. n° 74420/01 ; V. Christian De Valkeneer, « La provocation policière à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Commentaire de l'arrêt Ramanauskas c. Lituanie de la Cour européenne des droits de l'homme et de quelques décisions récentes », *RTDH*, n° 2009/77, p. 211.

⁹¹⁶ Selon l'article 706-81 du Code de procédure pénale français, « l'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs ».

- 1015.** Il n'en reste pas moins qu'en droit pénal français et koweïtien, le recueil de la preuve est soumis au principe de loyauté définie comme « une manière d'être dans la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice »⁹¹⁷. Ce principe conduit la jurisprudence koweïtienne et française à distinguer deux types de provocation policière. La provocation qui incite à commettre l'infraction est rejetée alors que la provocation qui vise à obtenir la preuve d'une infraction préexistante est acceptée. Cette distinction est très importante en matière de corruption parce que la matérialité des infractions de corruption réside dans des procédés qui composent en général une provocation.
- 1016.** Il convient donc de distinguer la provocation à l'infraction de la provocation à la preuve (§ 1), avant de l'analyser au regard de la corruption (§ 2).

§ 1. LA DISTINCTION ENTRE LA PROVOCATION A L'INFRACTION ET LA PROVOCATION A LA PREUVE

- 1017.** Pour accepter la preuve produite par la provocation policière, les jurisprudences koweïtienne et française différencient la provocation à l'infraction de la provocation à la preuve. Elles rejettent la première et acceptent la seconde. Cette distinction a été prise en considération par le législateur français dans certaines dispositions alors qu'il n'y a pas de dispositions équivalentes dans la législation koweïtienne.
- 1018.** Pour apprécier cette distinction, nous rappelons le droit koweïtien (A) puis le droit français (B).

A. Droit koweïtien

- 1019.** Plusieurs décisions de la Cour de cassation posent le principe par lequel on peut distinguer la provocation policière à l'infraction, prohibée, et la provocation à la preuve, acceptée. Il a été jugé que « l'une des obligations imposées aux agents de police, selon l'article 39 du Code de procédure pénale⁹¹⁸, est l'opération de recherche et le rassemblement des renseignements des infractions et de leurs auteurs. Il en résulte que toute mesure prise par l'agent de police destinée à cette obligation est acceptable pour constituer la preuve. Cependant la mesure policière ne doit pas participer à la création d'infraction ou à la provocation à la commettre et ne doit pas annihiler la volonté du prévenu »⁹¹⁹.

⁹¹⁷ Pierre Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommage à Louis Huguency*, Sirey, 1964, p. 155.

⁹¹⁸ L'article 39 du Code procédure pénale koweïtien prévoit que « la police est l'autorité compétente pour sauvegarder l'ordre public et prévenir les infractions. Elle est également compétente pour ; 1° rechercher et recueillir les renseignements sur les infractions et leurs auteurs ; 2° exécuter les décisions des autorités d'instruction et de jugement ; 3° exercer l'autorité d'instruction dans les cas précis selon cette loi ».

⁹¹⁹ Koweït, Cass. crim., 16 mai 1983, n° 29/1983 ; Koweït, Cass. crim., 8 novembre 1993, n° 68/1993 ; Koweït, Cass. crim., 10 mai 2005, n° 272/2004 ; Koweït, Cass. crim., 14 janvier 2012, n° 350/2012.

1020. À partir de ce postulat, deux critères s'imposent pour distinguer la provocation à la preuve et la provocation à l'infraction.
1021. D'une part, la doctrine avance, à la lumière de certaines jurisprudences, le critère qui porte sur la portée de l'intervention policière sur la constitution de l'infraction⁹²⁰. Si l'agent policier crée chez le prévenu la volonté de commettre l'infraction, la preuve produite par cette intervention est illicite. Ainsi, le policier qui vend un sachet de stupéfiant pour constater l'infraction de consommation de stupéfiants commet une provocation prohibée. Tandis que si la participation de l'agent policier n'a aucune influence sur la volonté du prévenu, la preuve produite par cette intervention est acceptée : le policier qui achète le stupéfiant du prévenu ne crée pas l'infraction parce que son intervention n'a aucune influence sur la volonté de commettre l'infraction de trafic de stupéfiants⁹²¹. Néanmoins, il faut noter que la preuve de l'existence de la volonté criminelle chez le prévenu est souvent renforcée par la quantité des stupéfiants. Il est donc difficile d'appliquer ce critère dans les infractions sans la possession d'un objet prohibé comme la corruption.
1022. D'autre part, certaines jurisprudences caractérisent la distinction par le critère de la « préexistence de l'infraction »⁹²² avant l'intervention de la police. Ainsi, « ne peuvent constituer une provocation policière à l'infraction les méthodes qui ont été prises par l'agent de police après avoir été informé qu'une infraction a été commise »⁹²³. Selon ce critère, il a été jugé que « constitue une provocation à la preuve, et non pas à l'infraction, le fait pour l'agent de police de charger un indicateur d'acheter des stupéfiants au requérant après avoir su que le requérant dispose des stupéfiants. Car cette intervention est achevée après que l'infraction de disposition et de trafic illégal de stupéfiant a été commise. La provocation policière est donc destinée à la divulgation »⁹²⁴. De même ne constitue pas une provocation à l'infraction le fait d'attendre et de surveiller les prévenus pour qu'ils accomplissent tous les comportements incriminés. Car le but de ces méthodes est la recherche des preuves d'une infraction en train d'être commise⁹²⁵.

⁹²⁰ Fadhel Nasrallah et Ahmed Alsammak, *{Procédure pénale}*, Université du Koweït, 2007, p. 56 ; Fadhel Nasrallah, *{Les garanties du suspect devant les autorités de recherche et d'instruction : étude comparée}*, 2000, p. 184.

⁹²¹ V. par exemple, Koweït, Cass. crim., 1 avril 1995, n° 261/1994 ; Koweït, Cass. crim., 18 novembre 2008, n° 325/2008.

⁹²² Cette expression est utilisée par le magistrat belge De Valkeneer. V. Christian De Valkeneer, *Manuel de l'enquête pénale*, 3e édition, Larcier, 2006, p. 241 ; Christian De Valkeneer, *La tromperie dans l'administration de preuve pénale : analyse en droit belge et international complétée par des éléments de droits français et néerlandais*, *op. cit.*, p. 277.

⁹²³ Koweït, Cass. crim., 4 octobre 2005, n° 197/2005 ; Koweït, Cass. crim., 20 décembre 2005, n° 360/2005.

⁹²⁴ Koweït, Cass. crim., 23 janvier 2007, n° 124/2006.

⁹²⁵ Koweït, Cass. crim., 15 janvier 1990, n° 281/1989.

1023. La doctrine et la jurisprudence se rejoignent sur le fondement de la déloyauté de la provocation policière à l'infraction. D'une part, le rejet de celle-ci est fondé sur l'illégalité de l'intervention policière. La jurisprudence rappelle qu'à l'article 39 du Code de procédure pénale « la police est l'autorité compétente pour sauvegarder l'ordre public et pour prévenir les infractions. Elle est également compétente pour ; 1° opérer la recherche nécessaire à recueillir les renseignements sur les infractions et leurs auteurs ; 2° exécuter les décisions des autorités d'instruction et de jugement ; 3° exercer l'autorité d'instruction dans les cas précis selon cette loi ». Ainsi, *a contrario*, la provocation policière de l'infraction n'est pas conforme à cet article. La doctrine explique ce sens par le fait que la fonction de la police est de prévenir l'infraction. Par conséquent, la provocation policière à l'infraction est contradictoire avec cette fonction parce qu'elle incite à la commission de l'infraction⁹²⁶. D'autre part, la jurisprudence assure que la provocation policière ne doit pas annihiler la volonté du prévenu. On peut donc parler de provocation prohibée selon une règle de fond. Il s'agit de la contrainte morale qui annihile le libre arbitre du prévenu⁹²⁷. Par conséquent, l'élément moral de l'infraction n'est pas constitué. Ainsi, il a été jugé que « le policier qui charge l'indicateur d'acheter les stupéfiants auprès du requérant n'a pas provoqué la commission de l'infraction dans la mesure où la volonté du requérant continue, pendant l'achèvement de la vente, à être libre »⁹²⁸.

B. Droit français

1024. La distinction entre la provocation à l'infraction prohibée et la provocation à la preuve acceptée est attentivement traitée par la jurisprudence (1). Le législateur a également réagi en adoptant cette distinction (2).

1. Jurisprudence

1025. L'apparition de la question de la provocation policière en France remonte au régime de Vichy dans un contexte de pénurie et de marché noir. À l'époque, les agents de la police économique se sont fait passer pour des acheteurs ordinaires auprès des commerçants se livrant au marché noir⁹²⁹.

1026. Les tribunaux distinguent, dans un premier temps, deux types de provocations en se fondant sur la volonté du prévenu : « provocation simple » et « provocation caractérisée »⁹³⁰. Ainsi, « si un policier se

⁹²⁶ Mobarak Alnouibet, *{Les dispositions générales de procédure pénale}*, Université du Koweït, 1998, p. 55 ; Fadhel Nasrallah et Ahmed Alsammak, *{Procédure pénale}*, Université du Koweït, 2007, p. 55.

⁹²⁷ En ce qui concerne le fondement de la contrainte morale, V. Christian De Valkeneer, *La tromperie dans l'administration de preuve pénale : analyse en droit belge et international complétée par des éléments de droits français et néerlandais*, *op. cit.*, p. 273.

⁹²⁸ Koweït, Cass. crim., 1 mars 2011, n° 230/2010.

⁹²⁹ Jean Pradel, *Procédure pénale*, 19e édition, CUJAS, 2017, p. 419.

présente comme un simple particulier, en ne dissimulant que sa véritable qualité, on se trouve en présence d'une provocation simple et rien ne s'oppose alors à la condamnation de l'auteur de l'infraction. En revanche, lorsque l'intervention policière s'accompagne de moyens de pression caractérisés, réalisés par des démarches répétées, une mise en scène aussi élaborée qu'efficace, alors la relaxe s'impose, la volonté de l'agent ayant pu être annihilée »⁹³¹.

1027. Dans un second temps, la distinction se concentre sur le critère de la préexistence de l'infraction. La chambre criminelle de la Cour de cassation fait valoir ce critère à plusieurs reprises. Ainsi, ne constitue pas une provocation à l'infraction le fait qui n'a en rien déterminé les agissements délictueux du délinquant mais qui a eu pour seule conséquence de permettre la constatation des infractions déjà commises et d'en arrêter la continuation⁹³². Elle estime que « porte atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique, en l'absence d'éléments antérieurs permettant d'en soupçonner l'existence ; que la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus, quand bien même ce stratagème aurait permis la découverte d'autres infractions déjà commises ou en cours de commission »⁹³³.

1028. Le critère de la préexistence de l'infraction trouve sa pertinence dans deux affaires relatives à la cybercriminalité. Dans la première affaire, la Cour de cassation estime que l'exploitation directe par la police d'un site pédopornographique sur le réseau internet, où il est librement et gratuitement accessible à tous, est caractéristique d'une provocation policière à l'infraction prohibée par le principe de loyauté des preuves et par le droit à un procès équitable⁹³⁴. Dans la deuxième affaire, la Cour de cassation estime que le fait que le FBI ait mis en place un forum permettant à des internautes d'échanger entre eux en matière de fraude à la carte bancaire ne constitue pas une provocation à l'infraction dès lors que ce forum est seulement destiné à permettre de rassembler les preuves de la commission de fraudes à la carte bancaire et d'en identifier les auteurs⁹³⁵. Ainsi, dans la première affaire, l'infraction n'est possiblement constituée que par l'intervention policière alors que, dans la deuxième, l'infraction a déjà été commise avant l'intervention policière.

⁹³⁰ Patrick Maistre Du Chambon, « La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence », *JCP*, 1989, p. 3422.

⁹³¹ *Ibid.* V. T. corr. Evreux, 22 décembre 1942, *Gaz. pal.*, 1943, I, p. 78 ; T. corr. Grenoble, 28 janvier 1943, *JCP*, 1943, II, p. 2277 ; T. corr. Toulouse, 23 avril 1942, *JCP*, 1942, note Magnol, p. 1886.

⁹³² Cass. crim., 2 mars 1971, Bull. n° 71 ; Cass. crim., 2 octobre 1979, Bull. n° 266.

⁹³³ Cass. crim., 4 juin 2008, Bull. n° 141.

⁹³⁴ Cass. crim., 4 juin 2008, *AJ pénal*, 2008, note Sabrina Lavric, p. 425.

⁹³⁵ Cass. crim., 30 avril 2014, *AJ pénal*, 2014, p. 374 ; Myriam Quémener, « Les spécificités juridiques de la preuve numérique », *AJ pénal*, 2014, p. 63.

1029. La méthode de la provocation policière pour constituer la preuve a été intégrée dans le droit positif français.

2. Législation

1030. L'importance de la provocation policière dans la constitution de la preuve est prise en compte par le législateur français.

1031. Cela remonte à la loi du 19 décembre 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic des stupéfiants qui a autorisé, selon l'article L 627-7 du Code de la santé publique⁹³⁶, les officiers de la police à procéder à la surveillance de l'acheminement des substances ou plantes classées comme stupéfiants et, avec l'autorisation du procureur de la République ou celle du juge d'instruction, à l'infiltration. Au travers de ces techniques, la provocation policière est envisagée. Ces dispositions sont en effet préconisées par la Convention de Vienne de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants, entrée en vigueur en France le 31 mars 1991⁹³⁷.

1032. Ce qui nous intéresse, malgré sa non-mention dans ladite Convention, et qui s'inscrit dans le traitement attentif de la provocation policière, c'est la confirmation législative exprimée dans l'article précité qui stipule que « l'autorisation [à l'infiltration] ne peut être donnée que pour des actes ne déterminant pas la commission des infractions ». Ainsi, le législateur adopte la solution jurisprudentielle qui réside dans la prohibition de la provocation policière à l'infraction. L'article 706-32 du Code de procédure pénale, qui remplace la disposition de l'article L 627-7 du Code de la santé publique, confirme à nouveau cette prohibition en disposant que l'infiltration « ne peut constituer une incitation à commettre une infraction ».

1033. Ces dispositions de la provocation policière à la preuve ainsi que la confirmation de l'interdiction de la provocation à l'infraction sont reprises dans d'autres dispositions de la lutte contre la criminalité, par exemple, la criminalité organisée (loi du 9 mars 2004), le terrorisme (loi du 13 novembre 2014) ou encore la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (loi du 6 décembre 2013).

§ 2. L'APPLICATION DE LA DISTINCTION EN MATIERE DE CORRUPTION

1034. L'application de la distinction étudiée entre provocation policière à la preuve et provocation à l'infraction peut susciter des difficultés en raison de certains comportements de l'élément matériel. La corruption passive qui peut être constituée par le fait de solliciter un avantage suppose nécessairement que

⁹³⁶ Cette disposition a été abrogée et est actuellement prévue à l'article 706-32 du Code de procédure pénale.

⁹³⁷ Décret du 8 mars 1991 portant publication de la convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (ensemble une annexe), adoptée à Vienne le 19 décembre 1988 et signée par la France le 13 février 1989.

l'intervention policière soit une provocation à l'infraction. Il en va de même pour la corruption active qui peut être constituée par le fait de proposer un avantage. Ainsi, l'initiative policière en matière de corruption constitue une provocation à l'infraction de sorte qu'elle détermine les agissements délictueux d'un tiers.

1035. Tant en France qu'au Koweït, l'étude de la jurisprudence fait apparaître un traitement attentif. En effet, la jurisprudence n'utilise que le critère de la préexistence de l'infraction en assurant que l'intervention policière en matière de corruption doit être effectuée après l'initiative de la personne concernée (A). De plus, l'intervention policière doit être corroborée par d'autres preuves ou indices (B). En France, ces solutions sont légalisées par le législateur.

A. Nécessité de ne pas être à l'initiative des faits corruptifs

1036. Cette condition est un résultat normal du critère de la préexistence de l'infraction qui distingue la provocation à l'infraction de la provocation à la preuve. Néanmoins, en matière de lutte contre la corruption, son appréciation est stricte, de sorte que les jurisprudences française et koweïtienne assurent que l'intervention policière ne constitue pas une provocation à l'infraction dès lors qu'elle n'incite pas à la constitution du pacte de corruption.

1037. Cette exigence est abordée par les jurisprudences française et koweïtienne dans le cas où la preuve est produite par l'agent de l'autorité ou par un particulier agissant en collaborant avec les agents policiers (1).

1038. Mais nous pensons que cette condition est également applicable dans le cas où un particulier constitue la preuve bien que la jurisprudence française n'exige pas en principe la loyauté de la preuve pour le particulier. Bien que notre étude soit relative aux techniques policières, nous sommes obligés d'évoquer ce cas exceptionnel (2).

1. La provocation par les agents policiers

1039. Plusieurs décisions en matière de provocation à la preuve de corruption font apparaître l'appréciation attentive de ne pas provoquer la corruption, soit par un policier, soit par un tiers agissant sous l'instruction de policiers. Nous abordons la situation au Koweït (a) puis en France (b).

a. Au Koweït

1040. Il a été jugé que le fait d'un officier de police qui fournit des billets d'argent marqués au plaignant pour conclure le pacte de corruption entre celui-ci et le fonctionnaire ne constitue pas une provocation à l'infraction. Car l'infraction de la corruption passive a été déjà commise depuis que le fonctionnaire

sollicite la somme d'argent du plaignant. L'intervention du policier n'est donc qu'un moyen de constater la corruption passive⁹³⁸. Ne constitue pas une provocation à l'infraction l'accord entre l'officier de police et un agent public pour laisser croire au corrupteur qu'il accepte sa proposition de pot-de-vin, en enregistrant cette acceptation par téléphone, dès lors que l'accord et l'enregistrement sont réalisés après que l'infraction de corruption active a déjà été commise⁹³⁹.

1041. De même, l'initiative des faits corruptifs n'est pas constituée dès que l'agent de l'autorité publique a une identité d'emprunt. Ainsi, le fait que l'agent policier qui, après avoir su qu'une personne intermédiaire faciliterait l'enlèvement de ces pénalités, prétend avoir une société ayant des pénalités de retard ne caractérise pas une provocation à l'infraction de corruption passive dans la mesure où d'abord le policier ne propose pas l'avantage indu, qu'ensuite son rôle cède à la sollicitation du prévenu, et qu'enfin son intervention est destinée à rechercher les autres auteurs fonctionnaires qui sont impliqués⁹⁴⁰.

1042. Par ailleurs, la jurisprudence koweïtienne n'accepte le simulacre de provocation que s'il s'agit de prouver une infraction de corruption antérieure. Le simulacre de provocation est constitué lorsqu'un agent de police ou un tiers employé par la police propose un pot-de-vin à une personne pour vérifier si elle l'accepte ou non. La jurisprudence refuse donc de sanctionner une personne pour une infraction créée par les autorités. Par exemple, dans une affaire relative à une infraction de trafic illicite de produits dopants, le suspect avoue, pour bénéficier de la procédure du repentir⁹⁴¹, qu'il importe ces produits en corrompant deux agents de douane. Les autorités publiques lui demandent de contacter ces deux agents en leur faisant croire qu'il attend une nouvelle cargaison de dopage et en leur proposant un pot-de-vin. Les agents sont condamnés à trois ans de prison pour fraude douanière et corruption passive alors que le corrupteur est exempté de la peine. Sur la question de la provocation policière, la Cour de cassation confirme le juge de fond en considérant que la condamnation vaut pour l'infraction de corruption passive qui a déjà été réalisée avant l'intervention policière et non pour le simulacre de provocation mis sur pied pour renforcer la crédibilité de l'aveu du prévenu repentir⁹⁴². Dans une autre décision, la chambre criminelle estime que le simulacre de provocation est considéré comme un indice ayant pour but de renforcer les

⁹³⁸ Par exemple, Koweït, Cass. crim., 7 novembre 2006, n° 233/2006 ; Koweït, Cass. crim., 9 février 2014, n° 407/2013 ; Koweït, Cass. crim., 15 janvier 2008, n° 370/2007 ; Koweït, Cass. crim., 21 janvier 2016, n° 549/2014.

⁹³⁹ Par exemple, Koweït, Cass. crim., 25 mars 2013, n° 596/2010 ; Koweït, Cass. crim., 29 janvier 2008, n° 406/2007 ; Koweït, Cass. crim., 26 septembre 2006, n° 414/2005 ; Koweït, Cass. crim., 13 février 2012, n° 328/2011.

⁹⁴⁰ Koweït, Cass. crim., 14 octobre 2003, n° 756/2001.

⁹⁴¹ V. *Infra*, n° 789 et suiv.

⁹⁴² Koweït, Cass. crim., 26 juin 2007, n° 590/2006.

renseignements et les enquêtes des policiers sur des infractions de corruption commises⁹⁴³. Autrement dit, la condamnation de corruption ne porte pas sur les faits résultant du simulacre de provocation.

b. En France

1043. Malgré le peu d'utilisation des méthodes policières qui peuvent susciter la provocation, la nécessité de ne pas être à l'initiative des faits corruptifs est un principe imposé par la jurisprudence (*i*). Et le législateur l'a légalisé (*ii*).

i. Jurisprudence

1044. La nécessité de ne pas être à l'initiative des faits corruptifs remonte à l'affaire « Imbert » de 1952. En l'espèce, la Cour de cassation a annulé un arrêt de la Cour d'appel fondé sur le procès-verbal d'un commissaire de police qui tentait de faire accepter par « Imbert » une importante somme d'argent en rétribution de ses services⁹⁴⁴.

1045. À l'encontre du premier arrêt, la Cour de cassation a estimé que le fait que le gendarme qui s'était caché dans le placard du bureau du maire pour observer la remise d'argent de celui-ci ne constituait pas une provocation dès lors qu'un « tel procédé de la part des enquêteurs, demeurés passifs, qui “ont laissé faire les événements”, était exclusif de toute provocation »⁹⁴⁵. Il en est de même dans le cas où un policier laisse croire aux prévenus, sans aucune initiative de sa part, qu'il accepte leurs offres de sommes d'argent pour les renseigner sur certaines procédures, la Cour de cassation estime alors que « la participation simulée d'un fonctionnaire de police à une action illicite ne vicie pas la procédure lorsqu'elle ne détermine pas la personne intéressée à commettre le délit »⁹⁴⁶.

1046. Il est encore possible d'évoquer un dernier exemple qui illustre le traitement attentif portant sur la nécessité de la postériorité de l'intervention policière. Il s'agit d'une décision de la chambre criminelle concernant le délit de trafic d'influence passif, délit très proche de la corruption passive. En l'espèce, un promoteur immobilier a été prié par un directeur général adjoint des services du conseil général de Mayotte de verser de l'argent pour que son dossier de projet de parc de loisirs aboutisse. Il a porté plainte à la gendarmerie puis a fixé un rendez-vous pour lui remettre cinq mille euros en billets dont les numéros avaient été marqués. Les gendarmes ont constaté la remise des billets et interpellé le directeur qui ne pouvait pas nier la matérialité des faits. Pour rejeter le pourvoi du prévenu qui a argué de la déloyauté de la provocation policière, la chambre criminelle a estimé que « l'intervention des gendarmes a eu pour seul

⁹⁴³ Koweït, Cass. crim., 27 avril 2004, n° 553/2003.

⁹⁴⁴ Cass. crim., 12 juin 1952, *S. Dalloz*, 1954, I, p. 69.

⁹⁴⁵ Cass. crim., 22 avril 1992, Bull. n° 169 ; V. aussi, Cass. crim., 8 juin 2005, Bull. n° 173.

⁹⁴⁶ Cass. crim., 23 novembre 1999, *Procédures*, 2000, obs. Jacques Buisson, comm. 106.

effet de permettre la constatation d'une infraction dénoncée par le plaignant et dont ils n'ont pas déterminé la commission »⁹⁴⁷.

1047. L'analyse de la Cour de cassation réside ainsi sur la nécessité d'une intervention policière après qu'une infraction de corruption a été commise à l'initiative du corrompu. Cette analyse est conforme à celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui condamne, sur le fondement du non-respect du principe de procès équitable, les agissements policiers ayant eu pour effet de provoquer le requérant à commettre l'infraction pour laquelle il a été condamné et dès lors que rien n'indique que, sans leur intervention, celle-ci aurait été commise⁹⁴⁸.

1048. Le législateur français adopte aussi cette analyse.

ii. Législation

1049. Dans le Code de procédure pénale, le législateur confirme, à plusieurs reprises quand l'intervention policière peut constituer une provocation à l'infraction, la nécessité de ne pas inciter le suspect à commettre l'infraction. C'est pourquoi les termes « à peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre ces infractions » sont mentionnés dans les actes de l'enquête sous pseudonyme et de l'infiltration depuis la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁹⁴⁹.

1050. La loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption⁹⁵⁰ étend certaines techniques spéciales d'investigation de la criminalité organisée à la matière de corruption⁹⁵¹. Il s'agit d'autoriser le recours à la surveillance et à l'infiltration, aux interceptions de correspondances, à la sonorisation et à la fixation d'images, à la captation des données informatiques, aux mesures conservatoires. Le législateur rapproche les infractions de corruption de la criminalité organisée de sorte qu'il trouve que les techniques d'investigation de celle-ci « présentent un intérêt étant donné que la corruption est un délit très

⁹⁴⁷ Cass. crim., 16 janvier 2008, *RSC*, obs. Robert Finielz, p. 386.

⁹⁴⁸ CEDH, 5 février 2008, *Ramanauskas c. Lituanie*, req. n° 74420/01 ; V. aussi, CEDH, 16 juillet 2009, *Gorgievski c. Ex-République Yougoslave de Macédoine*, req. n° 18002/02 ; CEDH, 15 décembre 2009, *Burak Hun c. Turquie*, req. n° 17570/04.

⁹⁴⁹ La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JOFR*, 10 mars 2004, n° 59.

⁹⁵⁰ La loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, *JOFR*, 14 novembre 2007, p. 18648.

⁹⁵¹ Par la création de l'article 706-1-3 au sein du Code de procédure pénale. Cet article a été abrogé mais son contenu a été inséré dans l'article 706-1-1 (la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière).

difficilement détectable »⁹⁵². L'extension de ces techniques à la matière de corruption a pour but de consacrer un régime dérogatoire qui est déjà rationalisé en apportant des garanties déjà validées par le Conseil constitutionnel⁹⁵³.

- 1051.** Ainsi, lorsque le législateur français étend les dispositions de techniques spéciales d'investigation de la criminalité organisée à la matière de corruption, il insiste alors sur le fait que l'intervention policière par ces techniques en matière de corruption ne doit pas constituer une incitation à commettre les infractions.

2. La provocation par le particulier

- 1052.** La chambre criminelle de la Cour de cassation française admet, en principe, les moyens de preuve déloyaux ou illicites constitués par les particuliers⁹⁵⁴. Elle énonce, à plusieurs reprises, qu'« aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire »⁹⁵⁵. Ce principe n'a pas d'équivalent dans la jurisprudence koweïtienne.
- 1053.** Sans approfondir cette question⁹⁵⁶, nous nous bornons à développer que ce principe ne peut pas permettre à un particulier de proposer à un tiers un pot-de-vin dans le but de tester la probité de ce tiers. Autrement dit, il n'autorise pas le particulier à être exempté de l'exigence de ne pas initier des faits corruptifs.
- 1054.** D'abord, le principe précité concerne la production de preuve, par le particulier, hors du champ légal, pour une infraction qui est commise ou en train d'être commise. Par conséquent, il ne faut pas exploiter ce principe pour produire et fabriquer l'infraction de corruption passive. Ensuite, le fait de proposer un pot-de-vin constitue nécessairement un fait incriminé (corruption active) sans attendre l'effet de cette

⁹⁵² Assemblée nationale, Rapport n° 243, Commission des lois, présenté par Michel Hunault, 3 octobre 2007, p. 54. Par contre, V. Philippe Conte, « Le régime procédural de la criminalité organisée étendu à la corruption : l'exception tendrait-elle à devenir la règle ? », *Dr. pénal*, janvier 2008, étude 1.

⁹⁵³ V. Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC ; V. aussi, Sénat, Rapport n° 51, Commission des lois, présenté par Hugues Portelli, 24 octobre 2007, p. 80.

⁹⁵⁴ Jean Pradel, *Procédure pénale*, 19e édition, CUJAS, 2017, p. 425 et suiv. ; Philippe Conte, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pénal*, Avril 2009, étude 8.

⁹⁵⁵ Cass. crim., 15 juin 1993, Bull. n° 210 ; Cass. crim., 30 mars 1999, Bull. n° 59 ; Cass. crim., 27 janvier 2010, Bull. n° 16 ; Cass. crim., 7 mars 2012, Bull. n° 64.

⁹⁵⁶ Pour approfondir cette question, V. Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4e édition, Economica, 2015, p. 445 et suiv. ; Philippe Conte, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pénal*, 2009, étude 8 ; François Fourment, « Preuve illicite administrée par un particulier dans le procès pénal », *D.*, 2012, p. 914.

proposition. D'où, si on autorisait à tester la probité d'un tiers, on autoriserait *de facto* la commission de l'infraction. Enfin, l'autorisation de ce procédé entraîne des problèmes pratiques dans la lutte contre la corruption active. En effet, ceci permet au corrupteur de prétendre qu'il ne veut pas corrompre l'agent tiers, mais qu'il veut seulement vérifier sa probité.

1055. Par ailleurs, si la jurisprudence française accepte l'opération de « *testing* » en matière de preuves des délits de discrimination⁹⁵⁷, dont la légalité est désormais consacrée par le Code pénal⁹⁵⁸, il n'en va pas de même en matière de corruption. L'opération de « *testing* », qui suppose qu'une ou plusieurs personnes agissent dans le but de démontrer l'existence d'un comportement discriminatoire, ne constitue pas, en tant que telle, un fait incriminé. Ce n'est pas autorisé en matière de corruption car cette opération conduit à ce que ces personnes commettent l'infraction de corruption active par le simple fait de proposer une corruption.

1056. Que ce soit en France ou au Koweït, le traitement attentif de la provocation policière à la preuve doit être corroboré par d'autres indices ou preuves.

B. Corroboration par d'autres preuves

1057. Nous constatons que les jugements français et koweïtien, que nous avons étudiés ci-dessus et qui sont relatifs à la provocation policière en matière de corruption, ne sont pas fondés seulement sur le témoignage du policier infiltré ou de son délégué. Ils portent également sur d'autres preuves qui corroborent le fait que l'intervention policière est en réalité destinée à constater l'infraction commise et non pas destinée à la créer pour impliquer le suspect.

1058. Cependant il ne faut pas oublier que les systèmes pénaux français et koweïtien dépendent généralement, dans l'appréciation de la preuve, du principe de l'intime conviction du juge pénal, corollaire du principe de la liberté de la preuve. C'est-à-dire que le juge pénal n'est tenu par aucune preuve et que sa conviction

⁹⁵⁷ Cass. crim., 11 juin 2002, D. 2003, note Laurence Collet-Askri, p. 1309. En revanche, la Cour de cassation refuse la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la constitutionnalité de l'article 225-3-1 du Code pénal (testing en matière de discriminations). Elle estime qu'« attendu qu'elle ne présente pas un caractère sérieux dès lors que, tout en facilitant la constatation des comportements discriminatoires, l'article 225-3-1 du Code pénal ne prévoit aucune dérogation aux règles de poursuite et de jugement des infractions ; qu'en outre, il ne confère pas au procureur de la République la faculté de provoquer à la commission d'une infraction et ne remet pas en cause le pouvoir du juge d'apprécier la valeur probante des éléments à charge produits par les parties, après les avoir soumis à la discussion contradictoire; qu'il n'est ainsi porté aucune atteinte aux droits de la défense ni au droit à un procès équitable ». Cass. crim., 4 février 2015, *AJ pénal*, mars 2015, note Jérôme Lasserre Capdeville, p. 139.

⁹⁵⁸ L'article 225-3-1 du Code pénal prévoit que « les délits prévus par la présente section {Des discriminations} sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie ».

relève de sa conscience. Ainsi, en France et au Koweït, la corroboration de la provocation à la preuve par d'autres éléments n'apparaît que comme une tradition jurisprudentielle (1). Néanmoins, elle constitue, en droit français, dans le cas où le témoin infiltré dépose sous une identité d'emprunt, une vraie exception au principe de l'intime conviction (2).

1. Tradition jurisprudentielle

- 1059.** La jurisprudence, koweïtienne et française, fait preuve d'une certaine crainte concernant la question de la provocation policière, surtout en matière de corruption. Ceci se manifeste dans le fait de ne pas condamner la personne mise en cause sur le seul fondement des déclarations de l'agent infiltré ou son délégué. La jurisprudence vérifie toujours la crédibilité de cette déclaration par d'autres moyens probatoires.
- 1060.** Par exemple, l'intervention policière ne constitue pas une provocation dans la mesure où l'interception des correspondances téléphoniques entre le corrupteur et le fonctionnaire plaignant corrobore les déclarations du fonctionnaire et de l'agent de police⁹⁵⁹. Aussi, l'enregistrement de conversations réalisé entre le plaignant, délégué par la police, et l'agent corrompu, ainsi que l'existence d'un faux rapport comme objet de corruption sont suffisants pour rejeter le moyen de défense qui prétend que l'infraction a été provoquée par la police⁹⁶⁰. Enfin, en analysant l'enregistrement de paroles et d'images du rendez-vous entre le plaignant et le prévenu, l'infraction n'a pas été réalisée par la provocation policière⁹⁶¹. Au contraire, la Cour de cassation valide l'appréciation de juge de fond qui n'accepte pas les déclarations du plaignant et de l'agent policier contre les fonctionnaires accusés de corruption passive. Car l'enregistrement de conversations entre le plaignant et les fonctionnaires prouve la tentative du plaignant de provoquer l'infraction et, par conséquent, ne corrobore pas ses déclarations⁹⁶².
- 1061.** En France, l'enregistrement de conversations dans des conditions garantissant les droits de la défense a fondé les allégations du fonctionnaire de police quant à un délit préexistant, sans aucune initiative de sa part⁹⁶³. Ainsi, dans l'affaire où un gendarme s'était caché dans le placard du bureau du maire pour constater la corruption active, la condamnation a été corroborée par l'enregistrement de conversations par un magnétophone⁹⁶⁴.

⁹⁵⁹ Koweït, Cass. crim., 25 mars 2013, n° 596/2010.

⁹⁶⁰ Koweït, Cass. crim., 7 novembre 2006, n° 233/2006.

⁹⁶¹ Koweït, Cass. crim., 9 février 2014, n° 407/2013.

⁹⁶² Koweït, Cass. crim., 4 mai 2004, n° 293/2003.

⁹⁶³ Cass. crim., 23 novembre 1999, *Procédures*, 2000, obs. Jacques Buisson, comm. 106 ; V. aussi, Cass. crim., 19 janv. 1999, Bull. n° 9.

⁹⁶⁴ Cass. crim., 22 avril 1992, Bull. n° 169.

2. Exigence législative en droit français (cas particulier)

- 1062.** La corroboration de déclarations par d'autres moyens de preuve devient une obligation en droit français au cas où l'agent infiltré dépose sous une identité d'emprunt. L'article 706-87 de Code de procédure pénale, découlant de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, prévoit qu'« aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations faites par les officiers ou agents de police judiciaire ayant procédé à une opération d'infiltration. Les dispositions du présent article ne sont cependant pas applicables lorsque les officiers ou agents de police judiciaire déposent sous leur véritable identité ».
- 1063.** Cette exigence est nécessaire parce que la déclaration de l'agent infiltré est assimilée à une déclaration de témoin anonyme. C'est ce que souligne l'article 706-86 du Code de procédure pénale qui dispose, en son second alinéa, que la confrontation entre l'accusé et l'agent infiltré doit se dérouler dans les conditions prévues par l'article 706-61, article relatif à l'audition des témoins anonymes.
- 1064.** Le respect du principe de loyauté de preuve pénale conduit, en France et au Koweït, à prendre une solution similaire sur la question de la provocation à la preuve de la corruption. Néanmoins, pour respecter le principe de légalité de procédure pénale, dont la preuve fait partie, les réponses française et koweïtienne ne sont pas similaires.

SECTION II.

LA DISSIMILITUDE DU RESPECT DU PRINCIPE DE LEGALITE DE LA PREUVE ENTRE LES DROITS FRANÇAIS ET KOWEÏTIEN

1065. Le principe de légalité de la preuve implique principalement l'existence d'une loi préalable claire et prévisible à laquelle les autorités compétentes, pour rechercher et recueillir la preuve, sont soumises⁹⁶⁵. Ce principe s'impose lorsque le recueil de la preuve par une autorité policière ou judiciaire passe par la mise en œuvre d'une mesure coercitive ou intrusive, c'est-à-dire attentatoire aux droits et libertés fondamentaux⁹⁶⁶. Le principe de légalité tend alors à « garantir la sûreté des citoyens, entendue comme la protection contre les ingérences des agents de l'autorité publique »⁹⁶⁷. Il ne s'impose pas dès lors que les mesures prises ne portent pas atteinte à une liberté ou à un droit fondamental comme le procédé de la « parade d'identification », l'utilisation des « chiens renifleurs » ou l'utilisation de « poudre dactyloscopique » dans la scène du crime.
1066. Afin de lutter contre le caractère occulte d'un phénomène criminel, la recherche de la preuve nécessite d'agir de « manière dissimulée »⁹⁶⁸. Les autorités d'investigation opposent ainsi la clandestinité des faits à la clandestinité des moyens, la seconde appelant la première. Elles n'ont pas hésité à appliquer cet appel en matière de corruption. Les antécédents jurisprudentiels, surtout au Koweït, font apparaître que les autorités d'investigation utilisent des méthodes dissimulées pour constater et prouver les infractions de corruption, sans en informer la personne visée. Citons par exemple l'interception des correspondances écrites ou par voie de télécommunication, la captation d'images, la sonorisation, etc.
1067. En France, étant donné que les techniques dissimulées de constat des infractions peuvent affecter le respect de la vie privée, le législateur français les a réglementées pour certaines criminalités y compris la corruption. En effet, l'émergence et le renforcement du principe de légalité de la procédure, dont la

⁹⁶⁵ V. Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, p. 153 et suiv. ; Jean Pradel, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.*, 1998, p. 57 ; Serge Guinchard et Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 10e édition, LexisNexis, 2014, p. 501. Dans ce dernier manuel, il convient de noter que les auteurs appellent ce principe « légalité formelle » s'opposant à « légalité matérielle » qui est le principe de loyauté de la preuve. V. aussi, Jacques Buisson, « Preuve », *Rép. pén.*, octobre 2013 (actualisation : avril 2017), n° 120 et suiv.

⁹⁶⁶ Aurélie Bergeaud-Wetterwald, « Les nouvelles techniques d'investigation face au principe de légalité de la preuve », in Aurélie Bergeaud-Wetterwald et Jean-Christophe Saint-Pau (dir.), *La preuve pénale, Problèmes contemporains en droit comparé, Actes du 2e congrès du Comité international des pénalistes francophones*, L'Harmattan, 2013, p. 9 ; Cass. crim, 6 janvier 2015, *D.*, obs. François Fourment, p. 1716.

⁹⁶⁷ V. Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, p. 156.

⁹⁶⁸ David Dechenaud, « La clandestinité en procédure pénale », in *Mélange en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 213.

preuve⁹⁶⁹, rationalisent la mise en œuvre des techniques dissimulées. Le principe de la liberté de la preuve est ainsi encadré par la légalité de la procédure en raison de la contrainte européenne de protection des droits de l'homme, notamment eu égard aux limites posées par la Convention européenne des droits de l'homme et aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁷⁰.

1068. Au Koweït, à l'exception de l'interception des correspondances écrites ou par voie de télécommunication, aucune loi ou article ne régleme les techniques d'investigation dissimulée. La jurisprudence est souple dans cette matière en fondant ces techniques sur une base légale insuffisante. Il s'agit de l'article 39 du Code de procédure pénale qui prévoit que « la police est l'autorité compétente pour sauvegarder l'ordre public et prévenir les infractions. Elle est également compétente pour : 1° recueillir les renseignements et les preuves des infractions et en rechercher leurs auteurs ; 2° exécuter les décisions des autorités d'instruction et de jugement ; 3° exercer l'autorité d'instruction dans les cas précis selon cette loi ». La constatation des infractions, dont la corruption, par ces techniques se réalise donc en l'absence d'une base légale suffisante.

1069. Nous abordons le respect du principe de légalité de la preuve en droit français (§ 1) puis son respect insuffisant en droit koweïtien (§ 2), tout cela en matière de corruption.

§ 1. LE RESPECT DE LA LEGALITE DE LA PREUVE EN DROIT FRANÇAIS

1070. En suivant les appréciations de la Cour européenne des droits de l'homme, la France s'engage sur une voie de clarification de la base légale de son régime juridique en matière de procédure pénale dont la production et l'administration de preuve. C'est pourquoi, après que la France a été condamnée par cette Cour⁹⁷¹, la loi du 10 juillet 1991⁹⁷² a inséré les articles 100 à 100-7 dans le Code de procédure pénale qui déterminent avec précision le régime applicable aux interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications. De la même façon, la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, qui légalise la plupart des techniques dissimulées et proactives, va dans ce sens. Le rapporteur de la Commission des lois à l'Assemblée nationale a déclaré que cette loi « comporte

⁹⁶⁹ Emmanuel Molina, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2001, 151 et suiv.

⁹⁷⁰ V. Kathia Martin-Chenut et Fabia De Melo E Silva, « La constitutionnalisation/conventionnalisation du droit de la preuve », in Genviève Giudicelli-Delage (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspective comparée*, Société de législation comparée, 2006, p. 31 ; Patricia Hennion-Jacquet, « L'encadrement relatif de la liberté de la preuve par la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2005, p. 2575.

⁹⁷¹ CEDH, 24 avril 1990, Kruslin et Huvig c. France, *D.*, 1990, note Jean Pradel, p. 353.

⁹⁷² La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques, *JORF*, n° 162, 13 juillet 1991, p. 9167.

un certain nombre de dispositions qui modernisent notre procédure pénale, afin notamment de la mettre en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme »⁹⁷³. En effet, après cette loi, les autorités d'investigation ne sont pas libres de procéder à n'importe quelles techniques⁹⁷⁴. Il faut qu'une base légale claire et précise autorise leur utilisation. Par exemple, les opérations d'infiltration, sonorisation et fixation d'images, l'enquête sous pseudonyme, ne sont applicables que dans le champ des infractions relevant, par principe, de la criminalité organisée (article 706-80 et suivants du Code de procédure pénale) et selon les indications données par le Code de procédure pénale.

- 1071.** Pour respecter le principe de légalité de la preuve en matière de corruption, le législateur étend, par la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, certaines techniques d'investigation de la criminalité organisée à la corruption (A). Ce rapprochement juridique entre la corruption et la criminalité organisée n'est qu'un rapprochement formel car il ne conditionne pas que la corruption soit commise en bande organisée. Ce rapprochement est donc justifié pour la même raison : le respect du principe de légalité (B).

A. L'extension des techniques d'investigation de la criminalité organisée à la corruption

- 1072.** Cette extension est tardive parce qu'elle n'est mise en place que par la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption alors que les dispositions de la loi du 9 mars 2004, dite Perben II, avaient certaines procédures pénales facilitant l'obtention de la preuve. Il s'agit de l'extension de compétence de police judiciaire de surveillance à l'ensemble du territoire national (article 706-80), de l'infiltration (706-81 et suivants), de l'enquête sous pseudonyme (706-87-1 et suivants), de la garde à vue prolongée avec possibilité de différer l'intervention de l'avocat (706-88 et suivants), des perquisitions nocturnes (706-89 et suivants), des interceptions de correspondances émises par la voie des communications au stade de l'enquête (article 706-95 et suivant), des sonorisations et des fixations d'images de certains lieux ou véhicules (article 706-96 et suivant), de la captation des données informatiques (706-102-1 et suivant). Ces procédures sont consacrées à des infractions précises dont la corruption ne fait pas partie. Ainsi, les articles 706-73 à 706-74 déterminent ces infractions qui répondent à un dénominateur commun, la commission en bande organisée.

⁹⁷³ Assemblée nationale, Rapport n° 856, Commission des lois, présenté par Jean-Luc Warsmann, 14 mai 2003, p. 15.

⁹⁷⁴ V. Bertrand de Lamy, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.*, 2004, p. 1910.

- 1073.** Cette méconnaissance de la corruption par la loi Perben II a été critiquée par la doctrine⁹⁷⁵. D'une part, la corruption appartient à la criminalité organisée dans certaines hypothèses⁹⁷⁶. D'autre part, les conventions internationales traitent la corruption en marge de la criminalité organisée en considérant que celle-ci a besoin des mesures d'enquête spécifiques. C'est le cas de la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée ainsi que de la Convention des Nations unies sur la lutte contre la corruption qui invite les États à adopter des techniques spéciales d'enquête telles que la surveillance et l'infiltration.
- 1074.** La loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption vient corriger cette méconnaissance en créant l'article 706-1-3 au sein du Code de procédure pénale. Cet article prévoit que « les articles 706-80 à 706-87, 706-95 à 706-103, 706-105 et 706-106 sont applicables à l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des délits prévus par les articles 432-11, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-1 à 435-4 et 435-7 à 435-10 du Code pénal ». Il s'agit de l'extension de certaines procédures de la criminalité organisée aux infractions de corruption⁹⁷⁷ et trafic d'influence. Cette disposition est aujourd'hui prévue à l'article 706-1-1 du Code de procédure pénale après l'entrée en vigueur de la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.
- 1075.** Les autorités d'investigation sont dès lors dotées de techniques d'investigation spécifiques pour la corruption.
- 1076.** Tout d'abord, les officiers de police peuvent étendre, sur simple information du procureur de la République, à l'ensemble du territoire national, la surveillance de personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de les soupçonner d'avoir commis l'une des infractions de corruption ou la surveillance de l'acheminement ou du transport des objets, biens ou produits tirés de la commission de ces infractions ou servant à les commettre (article 706-80). Un policier peut aussi, sur autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, après un avis du parquet, surveiller des personnes suspectées de commettre l'une des infractions de corruption en se faisant passer auprès d'elles comme un de leurs coauteurs, complices, ou receleurs (article 706-81 et suivants).
- 1077.** Ensuite, l'interception de correspondances émises par la voie des communications électroniques et du recueil des données techniques de connexion peut, sur autorisation du juge des libertés et de la détention,

⁹⁷⁵ Bertrand de Lamy, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D., op. cit.* ; Juliette Lelieur, « La loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption : quelles avancées du droit français par rapport aux exigences du droit international ? », *Dr. pénal*, n° 11, Novembre 2008, étude 25.

⁹⁷⁶ Christine Van den Wyngaert, « Les transformations du droit international pénal en réponse au défi de la criminalité organisée », *RIDC*, 1999, Volume 70, p. 35.

⁹⁷⁷ A l'exception de la corruption privée.

être utilisée au stade de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire (article 706-95 et suivant), c'est-à-dire en dérogation au droit commun de l'interception qui n'est effectuée que par le juge d'instruction.

- 1078.** Enfin, le juge d'instruction peut autoriser les officiers et agents de police judiciaire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou de plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé (article 706-96 et suivant).
- 1079.** Il faut noter que certaines dispositions de techniques d'investigation de la criminalité organisée ne sont pas étendues à la corruption parce qu'elles ne concernent pas directement la question du caractère occulte de la corruption. Conséquemment, cette exclusion est justifiée par le fait que l'objectif de la loi du 13 novembre 2007 est de réagir contre le caractère occulte de la corruption⁹⁷⁸. Ainsi, il ne semble pas nécessaire pour le législateur d'étendre à la corruption les procédures de la garde à vue prolongée avec possibilité de différer l'intervention de l'avocat (706-88 et suivant) et les perquisitions nocturnes (706-89 et suivant). La garde à vue prolongée avec possibilité de différer l'intervention de l'avocat et les perquisitions nocturnes ne sont pas donc proportionnées à l'objectif de la loi. C'est ce que le Conseil constitutionnel estime dans sa décision relative à la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. En effet, le législateur a voulu, par cette dernière loi, que les dispositions dérogatoires de la garde à vue de la criminalité organisée s'appliquent également aux infractions en matière économique et financière dont la corruption. Le Conseil censure cette extension parce que la nécessité de dispositions dérogatoires de la garde à vue en matière de criminalité organisée n'existe pas en matière économique et financière⁹⁷⁹.
- 1080.** L'extension de certaines procédures de la criminalité organisée à la corruption a pour motif de respecter le principe de la légalité de la procédure.

⁹⁷⁸ V. Assemblée nationale, Rapport n° 243, Commission des lois, présenté par Michel Hunault, 3 octobre 2007 ; Sénat, Rapport n° 51, Commission des lois, présenté par Hugues Portelli, 24 octobre 2007.

⁹⁷⁹ Cons. const., 4 décembre 2013, n° 2013-679 DC : « Considérant que, à l'exception du délit prévu par le dernier alinéa de l'article 414 du code des douanes, les infractions énumérées par l'article 706-1-1, de corruption et de trafic d'influence ainsi que de fraude fiscale et douanière, constituent des délits qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte en eux-mêmes à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes ; qu'en permettant de recourir à la garde à vue selon les modalités fixées par l'article 706-88 du code de procédure pénale au cours des enquêtes ou des instructions portant sur ces délits, le législateur a permis qu'il soit porté à la liberté individuelle et aux droits de la défense une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi ». V. aussi, Christophe de La Mardière, « Loi sur la fraude fiscale : la France reste un État de droit », *Constitutions*, janvier-mars 2014, n° 2014-1, p. 76.

B. La légalité comme justification de l'extension des techniques d'investigation de la criminalité organisée à la corruption

- 1081.** La doctrine critique la méthode par laquelle le législateur utilise les procédures dérogatoires de la criminalité organisée. Comme le souligne Philippe Conte dans son commentaire sur la loi du 13 novembre 2007 qui étend le régime procédural de la criminalité organisée à la corruption et le trafic d'influence sans aucune référence à la nécessité que ces délits soient commis en bande organisée, « lorsqu'on avait cru que le régime d'exception introduit pour la criminalité organisée lui serait spécifique, on s'était trompé. [...] Puisqu'une partie du régime que l'on pensait réservée à la criminalité organisée s'étend aujourd'hui aux infractions occultes, à quelle autre forme de délinquance l'appliquera-t-on demain ? »⁹⁸⁰.
- 1082.** Le législateur justifie cette extension par deux arguments principaux⁹⁸¹. D'une part, les infractions de corruption sont difficiles à prouver en raison de leur caractère occulte ainsi que de leur caractère complexe, notamment si elles prennent une dimension internationale. D'autre part, cette extension se présente comme une traduction nationale des engagements internationaux qui recommandent l'usage des techniques d'investigation spéciales en matière de corruption, notamment la Convention pénale anticorruption du Conseil de l'Europe et la Convention de Nations unies de lutte contre la corruption.
- 1083.** Pour notre part, nous pensons que le législateur a été contraint à l'extension pour respecter le principe de légalité. En voici les raisons principales.
- 1084.** Après la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (loi Perben II), les autorités d'investigation ont été privées de certaines techniques importantes de lutte contre la corruption comme la sonorisation, l'infiltration et les écoutes téléphoniques au stade de l'enquête. En effet, la loi Perben II sanctionne de nullité l'utilisation de ces procédures hors du champ des infractions prévues aux articles 706-73 à 706-74 dont la corruption ne faisait pas partie. Dès lors, en matière de corruption, les agents de police ne pouvaient pas être infiltrés pour constater la corruption, ne pouvaient pas non plus surveiller hors de leur champ de compétence territoriale, ni enregistrer la parole et l'image des corrompus et corrupteur, ni pratiquer les interceptions téléphoniques sans la prescription délivrée par

⁹⁸⁰ Philippe Conte, « Le régime procédural de la criminalité organisée étendu à la corruption : l'exception tendrait-elle à devenir la règle ? », *Dr. pénal*, janvier 2008, étude 1. V. également, Philippe Bonfils, « Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption », *RSC*, 2008, p. 377 ; Valérie Malabat, « L'évolution des pouvoirs de police », in Olivier Cahn et Karine Parrot (dir.), *Acte de la journée d'études radicales : Le principe de nécessité en droit pénal*, Université de Cergy-Pontoise, LEJEP et Lestenso, 2012, p. 131.

⁹⁸¹ Assemblée nationale, Rapport n° 243, Commission des lois, présenté par Michel Hunault, 3 octobre 2007, p. 53 et suiv. ; Sénat, Rapport n° 51, Commission des lois, présenté par Hugues Portelli, 24 octobre 2007, p. 74 et suiv.

le juge d'instruction. Or il convient de rappeler que, avant la loi Perben II, certaines de ces méthodes avaient fait leur preuve dans la lutte contre la corruption. La Cour de cassation a ainsi validé l'enregistrement d'une conversation (sonorisation) en considérant qu'il avait été utile à la manifestation de la vérité⁹⁸². Par ailleurs, le caractère occulte de la corruption et son caractère complexe nécessitaient une réaction exceptionnelle des autorités d'investigation.

1085. Par conséquent, pour écarter la sanction de nullité infligée par le principe de légalité de procédure pénale, le législateur a eu raison de renforcer la lutte contre la corruption par l'extension des techniques d'investigation de la criminalité organisée à la corruption. En outre, ces techniques ont l'avantage d'avoir déjà été adoptées par les critères européens en la matière⁹⁸³ et validées par le Conseil constitutionnel⁹⁸⁴.

1086. Malheureusement, cette préoccupation pour le respect du principe de légalité de la procédure pénale n'est pas suffisamment prise en compte en droit koweïtien.

§ 2. LE RESPECT INSUFFISANT DE LA LEGALITE DE LA PREUVE EN DROIT KOWEÏTIEN

1087. Le droit koweïtien régleme l'utilisation des nouvelles technologies de manière générale, c'est-à-dire sans les consacrer pour un type précis de criminalité. Dès lors, les autorités d'investigation koweïtiennes peuvent utiliser les nouvelles technologies pour constater et prouver les infractions de corruption.

1088. Néanmoins, les enregistrements clandestins de paroles ou d'images, qui sont beaucoup utilisés dans la constatation de corruption et validés par la Cour de cassation, n'ont pas un fondement légal explicite et clair.

1089. Nous présenterons d'abord les nouvelles technologies ayant un fondement explicite pour constater et prouver les infractions (A), puis, l'imprécision du fondement des enregistrements clandestins (B).

A. Les dispositions légales de nouvelles technologies

1090. Le droit koweïtien a plusieurs dispositions relatives à l'usage des nouvelles technologies en matière pénale.

1091. D'abord, le Code de procédure pénale organise, depuis son application en 1960, l'interception de correspondances écrites ou émises par la voie des télécommunications et l'écoute téléphonique par

⁹⁸² Cass. crim., 21 novembre 1999, Bull. n° 269 ; Cass. crim., 23 novembre 1999, *Dr. pénal*, n° 6, Juin 2000, obs. Albert Maron, comm. 82.

⁹⁸³ Jean Pradel, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.*, 1998, p. 57.

⁹⁸⁴ Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

l'article 87. Cet article prévoit que « la perquisition de correspondances est effectuée par leur interception et l'accès à leur contenu. À l'exception du procureur chargé de l'enquête et du traducteur le cas échéant, personne ne peut accéder à leur contenu [...]. Le procureur peut ordonner à l'un des agents du département du téléphone ou à un policier d'écouter les conversations téléphoniques et de les enregistrer. Cette ordonnance doit comporter précisément les appels téléphoniques visés de sorte que l'écoute ne dure pas plus longtemps que nécessaire ».

1092. Ensuite, en raison de l'évolution dans le domaine des télécommunications et du changement de modalité des réseaux de communication, les écoutes et l'interception de ces réseaux ont eu recours à des dispositifs sophistiqués et spéciaux. C'est pourquoi la loi n° 9/2001 relative à l'usage abusif de dispositifs de télécommunication et d'écoute est intervenue, d'une part pour légaliser et organiser les usages des matériels d'écoute par certaines autorités, d'autre part pour interdire les usages abusifs des matériels de télécommunication et d'écoute. Ces dispositions sont aujourd'hui intégrées dans la loi n° 37/2014 relative à la création de l'Autorité de régulation des communications. Ainsi, l'article 46 de cette dernière loi prévoit qu'« il est interdit de vendre et acheter tout dispositif d'écoute quel qu'il soit. Un décret précise les autorités qui peuvent détenir ces dispositifs. Les autorités concernées sont interdites d'user des dispositifs d'écoute sans autorisation préalable émise par le ministère public dans les conditions prévues par le Code de procédure pénale ». L'article 78 de cette loi dispose qu'« est puni d'emprisonnement n'excédant pas un an et d'amende n'excédant pas 5000 dinars le fait de détenir ou d'user de dispositifs d'écoute quels qu'ils soient. La peine sera double si l'usage de ces dispositifs vise l'enregistrement ou la transmission des conversations effectuées par les matériels de communication ».

1093. Enfin, la loi n° 61/2015 a permis la mise en place des dispositifs de vidéosurveillance dans les lieux publics. Son article 10 prévoit qu'« il est possible, pour les tribunaux et les autorités d'investigation, de considérer les enregistrements effectués par les dispositifs de vidéosurveillance publique comme preuve ».

1094. En matière de corruption, les dispositions ci-dessus, notamment l'écoute téléphonique, sont absolument nécessaires pour faire la preuve des procédés de corruption⁹⁸⁵. Elles respectent aussi le principe de la légalité de la preuve dès lors qu'elles sont réglementées par la loi.

1095. Néanmoins, nous constatons, dans la jurisprudence relative à la corruption, que la Cour de cassation autorise à plusieurs reprises la preuve recueillie par des enregistrements clandestins alors que ces techniques n'ont pas de fondement certain.

⁹⁸⁵ V. par exemple Koweït, Cass. crim., 25 mars 2013, n° 596/2010.

B. La base légale incertaine des enregistrements clandestins

- 1096.** Les enregistrements clandestins ou les sonorisations constituent en principe une atteinte grave au respect de la vie privée⁹⁸⁶. Dès lors, les autorités de poursuite ne peuvent utiliser ces techniques que si une disposition légale et claire le permet afin de respecter le principe de la légalité de la procédure⁹⁸⁷. Autrement dit, les autorités ne peuvent pas fonder l'utilisation de ces techniques sur le principe de la liberté de la preuve pénale. Néanmoins, cette position n'est pas respectée en matière d'acceptation de l'enregistrement clandestin pour faire la preuve de la corruption.
- 1097.** La Cour de cassation koweïtienne n'a jamais sanctionné par la nullité, malgré l'absence de base légale explicite, la mise en œuvre par les autorités policières d'un dispositif technologique ayant pour objet d'enregistrer les paroles prononcées ou de capter l'image. La Cour valide ainsi le fait que le ministère public permet, par une autorisation préalable, à la police judiciaire de fournir des matériels au plaignant pour enregistrer la parole et l'image d'un corrupteur⁹⁸⁸. Elle valide aussi le fait de fournir, après avoir obtenu l'autorisation préalable du procureur compétent, un appareil d'enregistrement sonore au plaignant pour enregistrer la conversation entre ce dernier et le fonctionnaire corrompu⁹⁸⁹.
- 1098.** En effet, le problème relatif à la base légale de ces enregistrements clandestins peut être vu sous deux angles.
- 1099.** D'une part, il est certain que les enregistrements clandestins ne sont pas entrés dans le cadre d'écoutes téléphoniques réglementées par l'article 87 précité du Code koweïtien de procédure pénale. Dans ce cas, cet article ne peut servir de fondement. À ce titre, on peut rappeler une situation analogue vécue en France. La chambre criminelle de la Cour de cassation française permettait aux policiers commis rogatoirement d'enregistrer les propos de l'accusé en sonorisant son appartement au vu tant de l'article 81 que des articles 100 et suivants du Code de procédure pénale⁹⁹⁰. Autrement dit, la Cour de cassation invoquait les dispositions légales d'écoutes téléphoniques parce que les propos étaient enregistrés pendant que l'accusé était au téléphone. La France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme

⁹⁸⁶ V. Sylvain Jacopin, « La réception par les lois pénales françaises contemporaines de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. pénal*, n° 6, Juin 2006, étude 9.

⁹⁸⁷ V. Aurélie Bergeaud-Wetterwald, « Les nouvelles techniques d'investigation face au principe de légalité de la preuve », in Aurélie Bergeaud-Wetterwald et Jean-Christophe Saint-Pau (dir.), *La preuve pénale, Problèmes contemporains en droit comparé, Actes du 2e congrès du Comité international des pénalistes francophones*, L'Harmattan, 2013, p. 9.

⁹⁸⁸ Koweït, Cass. crim., 15 janvier 2008, n° 370/2007 ; V. également, Koweït, Cass. crim., 1 octobre 2012, n° 88/2012 ; Koweït, Cass. crim., 9 février 2014, n° 407/2013 ; Koweït, Cass. crim., 15 février 2015, n° 423/2013.

⁹⁸⁹ Koweït, Cass. crim., 7 novembre 2006, n° 233/2006, V. également, Koweït, Cass. crim., 13 septembre 2005, n° 205/2004.

⁹⁹⁰ Cass. crim., 15 février 2000, Bull. n° 68 ; *Dr. pénal*, 2000, obs. Albert Maron, comm. n° 6.

en raison de cette jurisprudence. La Cour européenne n'a pas été convaincue par le fait que la juridiction française considérait que l'enregistrement des conversations effectuées dans un appartement trouvait son fondement dans les articles 100 à 100-7 du Code de procédure pénale réglementant l'interception de correspondances émises par la voie des télécommunications. Ainsi, la Cour européenne a estimé que l'ingérence dans la vie privée de l'accusé n'avait pas de base légale⁹⁹¹.

1100. D'autre part, on n'est pas, pour plusieurs raisons, certain que les enregistrements clandestins puissent entrer dans la notion de dispositifs d'écoute, mentionnée aux articles 46 et 78 précités de la loi n° 37/2014 relative à la création de l'Autorité de régulation des communications. D'abord, cette loi ne donne pas une définition précise des dispositifs d'écoute. Il s'agit de matériels dont la simple possession est, selon l'article 78 de cette loi, incriminée. Ce faisant, pour considérer un dispositif comme dispositif d'écoute, celui-ci doit avoir comme caractéristiques la capacité de l'interception, la captation et l'intrusion dans une situation privée ou confidentielle. Les matériels classiques d'enregistrement comme le dictaphone, le magnétophone, la mini-caméra, etc. ne correspondent donc pas à cette description. Ensuite, son article 43 renvoie au respect des procédures prévues dans le Code de procédure pénale lorsque les autorités publiques veulent utiliser les dispositifs d'écoute. Autrement dit, le législateur assimile l'interception par les dispositifs d'écoute à l'interception de correspondance par la voie de télécommunication réglementée par le Code de procédure pénale. Cette assimilation peut encadrer la définition du dispositif d'écoute. De la sorte, le dispositif d'écoute doit être un appareil qui fonctionne de manière directe, c'est-à-dire avec concomitance de la prononciation de parole et de son écoute. Les appareils d'enregistrement ne remplissent pas cette caractéristique parce que l'écoute de la parole prononcée n'est pas directe. Enfin, bien que la loi relative à la création de l'Autorité de régulation des communications prévoit la publicité d'un décret pour pouvoir détenir des dispositifs d'écoute, aucun texte n'a encore été pris.

1101. Par ailleurs, à supposer que les enregistrements clandestins entrent dans la notion de dispositifs d'écoute mentionnée par la loi de régulation des communications, l'absence de définition précise de cette notion est critiquée en référence au principe de légalité de procédure pénale. En effet, ce principe nécessite une précision particulière, notamment, lorsque la mesure est coercitive ou intrusive d'une liberté ou droit fondamental. Ainsi, l'article 37 du Code de procédure pénale prévoit que « la recherche de la preuve est, au stade de l'enquête ou de l'instruction, réalisée par les mesures réglementées conformément à la loi. Il est possible d'avoir recours à toute autre mesure nécessaire non réglementée à condition qu'elle

⁹⁹¹ CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c. France*, req. n° 59842/00 ; *D.*, 2005, note Patricia Hennion-Jacquet, p. 2575.

n'enfreigne pas les bonnes mœurs et ne viole pas les libertés et les droits des individus... »⁹⁹². Étant donné que l'enregistrement clandestin porte atteinte à la vie privée parce qu'il permet de capter des propos tenus en privé, un fondement prévisible doit donc exister⁹⁹³. Mais ce n'est pas le cas dans la mesure où les dispositifs d'écoute ne sont pas précisément définis.

⁹⁹² A ce titre, malgré ce fondement clair du principe de légalité dans cet article, il convient de noter que le principe de légalité de la preuve pénale est totalement négligé par la doctrine koweïtienne.

⁹⁹³ V. Patricia Hennion-Jacquet, « L'encadrement relatif de la liberté de la preuve par la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2005, p. 2575.

Conclusion du chapitre I

- 1102.** Si le caractère occulte de la corruption requiert la nécessité de faire appel à certaines techniques d'investigation, cela ne justifie pas l'atteinte aux principes de la preuve pénale.
- 1103.** Les droits français et koweïtien font preuve de respect du principe de loyauté de la preuve pénale. L'attention jurisprudentielle sur la question de la provocation policière est exigeante. De la sorte, le critère de préexistence de l'infraction qui distingue la provocation à l'infraction et la provocation à la preuve est le seul critère appliqué en matière de corruption. De plus, la provocation policière doit être corroborée par d'autres preuves ou indices qui assurent que la provocation a pour but de prouver l'infraction et non de la créer. À ce titre, nous estimons que cette corroboration devrait être consacrée par les législateurs koweïtien et français afin de renforcer le principe de loyauté de la preuve.
- 1104.** Le principe de légalité de la procédure pénale, dont la preuve pénale, n'est pas respecté de la même manière en droit français et koweïtien.
- 1105.** En France, le législateur doit, pour respecter le principe de légalité, étendre certaines techniques d'investigation de la criminalité organisée à la corruption même si celle-ci n'appartient pas à la criminalité organisée. En effet, il existe certaines investigations de criminalité organisée qui ne sont pas étendues à la corruption mais nous pensons qu'elles peuvent servir la lutte contre le caractère occulte de la corruption. Il s'agit de « l'enquête sous pseudonyme » mentionné dans l'article 706-87-1 du Code de procédure pénale ainsi que de « la captation des données informatiques » prévue à l'article 706-102-1 et suivant du même code.
- 1106.** Au Koweït, l'utilisation des nouvelles technologies dans la constatation des infractions n'est pas encore légalisée, à l'exception de l'écoute téléphonique et de la vidéosurveillance. En matière de corruption, cette absence n'interdit pas aux autorités d'avoir recours à l'enregistrement clandestin sans base légale prévisible et portant atteinte au principe de la légalité de la preuve.
- 1107.** Pour lutter contre la corruption, les droits français et koweïtien encadrent la technique ou la procédure dite « procédure du repentir » pour encourager à démasquer les personnes impliquées dans des faits corruptifs. Mais son encadrement n'est pas complet à l'aune des principes fondamentaux.

CHAPITRE II.

L'ENCADREMENT INCERTAIN DE LA PROCEDURE DU REPENTI

- 1108.** La procédure du « repentir » signifie que l'auteur d'une infraction déterminée accepte de coopérer avec les autorités répressives et qu'en retour il obtient des bénéfices divers et échappe à tout ou partie de la peine qu'il aurait normalement dû encourir⁹⁹⁴. Ce faisant, la procédure du « repentir » ou « collaborateur de justice »⁹⁹⁵ se différencie du « repentir actif »⁹⁹⁶ qui consiste en l'élimination ou l'empêchement du préjudice joint au délit commis dans un moment inutile, alors que la procédure du repentir consiste à aider les autorités pour le recueil des preuves et la constitution de la responsabilité d'autres auteurs ou complices⁹⁹⁷.
- 1109.** Étant donné qu'en droit français comme en droit koweïtien les infractions de corruption passive et active sont des infractions formelles ne supposant pas un résultat déterminé, c'est-à-dire que la corruption passive ou active peut être constituée même si le pacte de corruption n'est pas exécuté, le désistement volontaire n'est donc pas possible. De plus, le repentir actif est difficilement imaginable parce que le résultat légal du comportement corruptif qui est la probité n'est pas un résultat préjudiciable effectivement. Dès lors, il semble que ces deux possibilités de l'atténuation de peine soient écartées pour le corrompu et le corrupteur.
- 1110.** Néanmoins, du fait que la corruption est difficile à réprimer en raison de son caractère occulte et du fait que la procédure du repentir aide les autorités pour le recueil des preuves, les droits français et koweïtien font preuve de « pragmatisme »⁹⁹⁸ de telle sorte que le repentir devient possible en matière de corruption à condition que l'agent accepte de collaborer avec les autorités. La procédure du repentir est donc adoptée pour faciliter la preuve et la répression de la corruption. Le corrupteur ou le corrompu qui collaborent avec les autorités sont utilisés comme « moyen de prouver »⁹⁹⁹ le pacte occulte de corruption.

⁹⁹⁴ Marie-Aude Beernaert, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal : analyse comparée et critique*, Bruylant, 2002, p. 3.

⁹⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁹⁶ V. Paul Savey-Casard, « Le repentir actif en droit pénal français », *RSC*, 1972, p. 514.

⁹⁹⁷ Francesco Palazzo, « Le problème des repentis : la législation italienne sur les « repentis » : discipline, problème, et perspectives », *RSC*, 1986, p. 757.

⁹⁹⁸ Gildas Roussel, « L'introduction du « repentir » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *AJ pénal*, 2005, p. 363.

⁹⁹⁹ Sophie Bouhnik-Lavagna, *Le pardon en droit pénal*, thèse, Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 386.

1111. Cependant, l'adoption légale de la procédure du repentir ou collaborateur de justice peut aller à l'encontre de certains principes fondamentaux, soit pour le repentir lui-même, soit pour la personne à laquelle s'oppose le repentir. Après avoir abordé l'adoption de la procédure du repentir (Section I), nous expliquerons l'incertitude de cette adoption à l'aune des principes fondamentaux (Section II).

SECTION I. L'ADOPTION DE LA PROCEDURE DU REPENTI

1112. À l'international, la procédure du repentir en matière de corruption est l'une des mesures envisagées dans plusieurs conventions de la lutte contre la corruption. Elle est préconisée dans la Convention des Nations unies de la lutte contre la corruption, dans la Convention européenne pénale sur la corruption et dans la Convention arabe de lutte contre la corruption. Ces conventions prévoient l'atténuation ou l'exemption de peine pour l'auteur ou le complice d'une infraction de corruption qui collabore avec les autorités de poursuite et de répression.
1113. Les droits pénaux koweïtien et français connaissent, pour certaines formes de criminalité, la procédure du repentir consistant en la réduction ou l'exemption de peine pour les personnes qui collaborent avec les autorités ou la justice de manière générale. Les deux droits s'accordent ainsi sur ce moyen pragmatique en considérant qu'il s'inscrit dans une politique pénale efficace pour lutter contre les phénomènes de criminalité¹⁰⁰⁰.
1114. Mais, en matière de corruption, elle est, en droit koweïtien, visée par la procédure de repentir depuis la loi n° 31/1970, alors qu'en droit français elle l'est depuis la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.
1115. Afin de cerner le sujet et en raison des différences entre le droit français et le droit koweïtien dans cette matière, nous consacrons le premier paragraphe au droit français (§ 1) et le deuxième paragraphe au droit koweïtien (§ 2).

§ 1. EN DROIT FRANÇAIS

1116. La procédure du repentir ou collaborateur de justice remonte au Code pénal de 1810 pour certaines infractions. Il s'agissait des infractions d'atteinte à la sûreté de l'État (article 101), de fausse monnaie et contrefaçon (article 138), d'attentat à la liberté et abus d'autorité (article 114 et 190), de rébellion (article 213), d'évasion (article 247) et d'association de malfaiteurs (article 268). Dans ces infractions, la peine était réduite ou exemptée parce que la repentance ou la collaboration avec la justice était une cause

¹⁰⁰⁰ V. Jean Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, pp. 611 et 612 ; Alexis Mihman, « Exemption et réduction de peine pour les repentis : apports de la loi du 9 mars 2004 dite loi « Perben II » », *Procédures*, n° 4, Avril 2005, étude 5 ; Nasser Aljourani, *{La théorie de la repentance en droit pénal}*, Dar Alhamid, Amman, 2009, p. 99 et suiv. ; Layla Souïad, *{La repentance en droit pénal}*, thèse, Université de Batna 1, 2013-2014, p. 21.

légale d'absolution¹⁰⁰¹. La procédure du repentir n'a fait que s'étendre depuis lors. Ainsi, dans le Code pénal de 1994, elle est utilisable pour les infractions sur les stupéfiants (articles 222-43 et 222-43-1), de terrorisme (articles 422-1 et article 422-2), de complot (article 414-2), de trahison (article 414-3), d'espionnage (article 414-4), de faux témoignage (article 434-13), d'évasion (article 434-37), de fausse monnaie (articles 442-9 et 442-10), d'association de malfaiteurs (article 450-2), d'enlèvement et de séquestration (article 224-5-1).

1117. À partir de 2004, avec la loi Perben II du 9 mars 2004, le mécanisme du repentir est réutilisé pour plusieurs autres infractions incriminées dans le Code pénal. Cette loi s'applique ainsi aux infractions suivantes : empoisonnement (article 221-5-3), torture et actes de barbarie (article 222-6-2), détournement de moyens de transport (article 224-8-1), traite des êtres humains (article 225-4-9), proxénétisme (article 225-11-1), vol en bande organisée (article 311-9-1) et extorsion en bande organisée (article 312-6-1).

1118. En outre, la loi Perben II a créé l'article 132-78 parmi les dispositions générales du Code pénal qui est considéré depuis lors comme étant une référence générale en matière de collaboration avec les autorités. Cependant l'effet de cet article est limité parce qu'il ne s'applique qu'aux cas prévus par la loi (A).

1119. En matière de corruption, la procédure du repentir n'est entrée en vigueur qu'avec la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (B).

A. L'application limitée de l'article 132-78 du Code pénal

1120. La loi Perben II insère à l'article 132-78 du Code pénal : « la personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit est, dans les cas prévus par la loi, exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices.

1121. 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.

1122. Les dispositions de l'alinéa précédent sont également applicables lorsque la personne a permis soit d'éviter la réalisation d'une infraction connexe de même nature que le crime ou le délit pour lequel elle

¹⁰⁰¹ Bernard Bouloc, « Le problème des repentis : La tradition française relativement au statut des repentis », *RSC*, 1986, p. 771.

était poursuivie, soit de faire cesser une telle infraction, d'éviter qu'elle ne produise un dommage ou d'en identifier les auteurs ou complices.

- 1123.** Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations émanant de personnes ayant fait l'objet des dispositions du présent article ».
- 1124.** Apparaissent ainsi « deux classes de repentis »¹⁰⁰² : le repentis de « première classe » qui bénéficie de l'exemption de peine s'il a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices ; le repentis de « deuxième classe » qui bénéficie de la réduction de peine même si l'infraction a été commise, mais que sa collaboration est assez importante pour faire cesser l'infraction, éviter que l'infraction ne produise un dommage, ou identifier les autres auteurs ou complices.
- 1125.** Raphaële Parizot critique l'article 132-78 au sein des dispositions générales du Code pénal car, de la sorte, cette disposition n'est qu'une circonstance atténuante spéciale¹⁰⁰³. Ainsi, l'insertion de la procédure du repentis dans la partie générale mais conditionnée par une norme de droit pénal spécial, n'a pas d'utilité, voire « apparaît davantage comme un leurre que comme une véritable généralisation »¹⁰⁰⁴. De plus, les normes de droit pénal spécial ne renvoient pas, pour l'application de la procédure du repentis, à l'article 132-78, mais elles reprennent plus ou moins les mêmes dispositions de l'article 132-78. D'après l'auteur, « la seule justification qu'on pourrait retenir est celle de la définition, dans un but pédagogique, de la circonstance atténuante dont les modalités d'application sont laissées au droit pénal spécial »¹⁰⁰⁵.
- 1126.** Nous sommes d'accord avec la question de l'inutilité d'intégrer la procédure du repentis dans la partie générale du Code pénal alors que son application est conditionnée par une norme de droit pénal spécial. Cependant nous pensons que l'article 132-78 n'est pas totalement dépourvu d'application générale.
- 1127.** D'une part, si le législateur prévoit, par une norme de droit pénal spécial, une réduction de peine pour certaines infractions, le troisième alinéa de l'article 132-78 qui traite la question de l'infraction connexe est applicable même si le législateur ne l'indique pas dans la norme de droit pénal spécial.
- 1128.** D'autre part, il ne faut pas oublier le dernier alinéa qui prévoit qu'« aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations émanant de personnes ayant fait l'objet des dispositions

¹⁰⁰² Jean Pradel, « Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité : apports de la loi du 9 mars 2004 dite Perben II, seconde partie », *JCP*, 2004, p. 134.

¹⁰⁰³ Raphaële 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*, L.G.D.J., 2010, p. 326 ; V. également, Michel Véron, « La loi du 9 mars 2004, dite loi « Perben II » : remarques sur les dispositions relatives au droit pénal général et au droit pénal spécial », *Dr. pénal*, n° 5, Mai 2004, étude 5.

¹⁰⁰⁴ Raphaële 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*, *op. cit.*, p. 326

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

du présent article ». Ainsi, lorsque le législateur adopte une réduction ou une exemption de peine pour n'importe quelle infraction, le dernier alinéa de l'article 132-78 doit être appliqué.

- 1129.** Le législateur de la loi Perben II a alors voulu, par l'intégration de la procédure du repentir dans la partie générale, généraliser les deux points ci-dessus à toutes les normes de droit pénal spécial qui entrent dans la définition de repentir ou collaborateur de justice donnée par l'article 132-78. C'est ce que souligne le rapport de la commission des lois du Sénat : « le texte prévoit qu'aucune condamnation ne peut être prononcée sur le fondement de déclarations émanant de personnes ayant décidé de coopérer avec la justice dans le cadre du nouvel article 132-78 du Code pénal. Un tel dispositif, déjà prévu par le Code de procédure pénale en ce qui concerne les témoins anonymes, est particulièrement justifié dans le cas de personnes auteurs d'infractions qui coopèrent avec la justice dans l'espoir de voir leur peine réduite »¹⁰⁰⁶.
- 1130.** Ce sens est aussi admis par le Conseil constitutionnel. Avant la promulgation de la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, une soixantaine de sénateurs conteste sa conformité à la Constitution, et particulièrement les dispositions de la procédure du repentir insérées dans les délits de blanchiment, de corruption et de trafic d'influence. Les requérants considèrent que cette insertion porte atteinte aux droits de la défense et au droit à un procès équitable parce qu'elle ne reprend pas la fiabilité des preuves résultant du témoignage des repentis. Le Conseil rejette cette considération en affirmant que « les dispositions contestées n'ont pas pour effet de déroger aux règles relatives à l'audition des témoins ou à celle qui résulte du dernier alinéa de l'article 132-78 du Code pénal selon lequel aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations émanant de personnes ayant fait l'objet des dispositions de cet article »¹⁰⁰⁷. Autrement dit, le Conseil constitutionnel renvoie à l'application du dernier alinéa de l'article 132-78 sans que ce renvoi soit prévu par les dispositions contestées. Ainsi, cette interprétation généralisée à toutes les normes de droit pénal spécial est très importante pour respecter le principe de procès équitable comme nous le verrons plus loin¹⁰⁰⁸.
- 1131.** Étant donné que l'application de l'article 132-78 est limitée et qu'une norme de droit pénal spécial doit exister, la procédure du repentir n'est appliquée en matière de corruption que grâce à la loi du 6 décembre 2013.

¹⁰⁰⁶ Sénat, Rapport n° 441, Commission des lois, présenté par François Zocchetto, 24 septembre 2003, p. 105.

¹⁰⁰⁷ Cons. const., 4 décembre 2013, n° 2013-679 DC.

¹⁰⁰⁸ *Infra* n° 1216 et suiv.

B. La procédure du repentir en matière de corruption

- 1132.** La loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière crée la procédure du repentir pour les infractions de fraude fiscale, de blanchiment, de corruption et de trafic d'influence. Étant donné que ces infractions sont des « faits occultes ou dissimulés pour lesquels les autorités judiciaires ont les plus grandes peines à obtenir des informations »¹⁰⁰⁹, la procédure du repentir semble un outil procédural efficace pour détecter et favoriser la répression de ces faits¹⁰¹⁰.
- 1133.** La procédure du repentir en matière de corruption concerne seulement la réduction de peine sans être étendue à l'exemption de peine (1). D'ailleurs, nous doutons que cette modalité soit cohérente à l'égard de la spécificité des infractions de corruption (2).

1. Réduction de peine

- 1134.** L'article 5 de la loi du 6 décembre 2013 crée cinq articles au sein du Code pénal (articles 432-11-1, 433-2-1, 434-9-2, 435-11-1 et 435-6-1). Tous ces articles ont la même disposition : « la peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice [de l'une des infractions de corruption] est réduite de moitié si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis de faire cesser l'infraction ou d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices ».
- 1135.** La réduction de peine concerne d'abord la corruption passive commise par des personnes exerçant une fonction publique, des magistrats et des membres des activités juridictionnelles. Elle concerne ensuite la corruption active commise par des particuliers envers des personnes exerçant une fonction publique, des magistrats et des membres des activités juridictionnelles. Elle s'applique enfin à la corruption passive et active dans le cas d'agents publics étrangers ou relevant d'une institution internationale, ou exerçant des fonctions juridictionnelles dans un État étranger ou au sein d'une juridiction internationale. Sans une justification claire, la procédure du repentir n'est pas étendue à la corruption commise dans le secteur privé (articles 445-1 et 445-2 du Code pénal) ni dans le secteur privé (articles 445-1-1 et 445-2-1 du Code pénal).
- 1136.** Le repentir ne bénéficie de la réduction de peine que s'il avertit les autorités. En effet, l'expression « avertir » peut, en la matière, être soumise à deux interprétations. La doctrine française¹⁰¹¹ et les travaux

¹⁰⁰⁹ Sénat, rapport n° 738, Commission des lois, présenté par Alain Anziani et Virginie Klès, 10 juillet 2013, p. 53.

¹⁰¹⁰ Assemblée nationale, rapports n° 1130 et 1131, Commission des lois, présentés par Yann Galut, 12 juin 2013, p. 66.

¹⁰¹¹ V. par exemple, Jean Pradel, *Droit pénal général*, 21e édition, CUVAS, 2016, p. 610 et suiv. ; Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, 4e édition, Lexisnexis, 2016, p. 1154 et suiv. ; Bernard Bouloc, « Le

parlementaires¹⁰¹² parlent de la dénonciation qui est antérieure aux poursuites pénales. C'est-à-dire que le repentir doit, pour bénéficier de la réduction de peine, porter à la connaissance des autorités une infraction de corruption dont les autorités ne sont pas au courant. Par contre, l'expression « ayant averti l'autorité » ne veut pas nécessairement et seulement dire que les autorités ne sont pas au courant de l'infraction, mais elles peuvent aussi se situer par exemple après l'ouverture d'une information judiciaire ou d'une enquête préliminaire. Cette interprétation est fondée sur plusieurs raisons. D'abord, le sens linguistique du mot « avertir » qui est le fait de prévenir quelqu'un de quelque chose, l'en informer, attirer son attention de quelqu'un sur un fait, peut signifier que la déclaration du repentir est un avertissement même si les autorités sont au courant. Ensuite, étant donné que le but de la consécration de la procédure du repentir en matière de corruption est de faciliter la preuve et de renforcer la répression, cet objectif est atteint parce que la déclaration du repentir corrobore les preuves déjà réunies par les autorités contre le repentir et ses coauteurs et complices. De cette manière, le repentir prête son concours aux autorités et contribue à la répression de la corruption. Enfin, si on admet que la déclaration du repentir doit être avant tout un acte de poursuite, on perd la collaboration éventuelle de l'auteur repentir qui pourrait aider les autorités pour l'identification de ses coauteurs et complices. Ainsi, on n'atteint pas l'objectif de la consécration de la procédure du repentir.

1137. Les auteurs de la loi du 6 décembre 2013 sont ainsi fidèles à la définition de la procédure du repentir donnée par l'article 132-78 du Code pénal. Cette définition ne permet que la réduction de la peine privative de liberté encourue par une personne ayant commis un crime ou un délit alors qu'elle ne permet l'exemption de peine qu'en cas de tentative. Donc, du fait que la tentative de corruption passive ou active n'est pas envisageable parce qu'elle est incluse dans l'incrimination de corruption, la réduction de peine est, selon la définition de l'article 132-78, la seule prévue. Néanmoins, nous pensons que cette fidélité ne prend pas assez en compte la spécificité de la corruption pour atteindre le but recherché : la révélation du caractère occulte.

problème des repentis : La tradition française relativement au statut des repentis », *RSC*, 1986, p. 771 ; Gildas Roussel, « L'introduction du « repentir » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *AJ pénal*, 2005, p. 363 ; Jean-François Seuvic, « De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption des peines, art. 132-71 à 132-78 », *RSC*, 2004, p. 384.

¹⁰¹² Assemblée nationale, Rapport n° 856, Commission des lois, présenté par Jean-Luc Warsmann, 14 mai 2003, p. 99.

2. Modalité peu cohérente

- 1138.** Les articles précités offrent une « récompense » consistant en une réduction de peine si le corrompu ou le corrupteur fait cesser l'infraction ou identifier les autres auteurs ou complices. Cependant, ces deux choix ne sont pas assez cohérents par rapport au but qui reste la divulgation des cas de corruption.
- 1139.** D'une part, parce que le cas où l'auteur peut faire cesser l'infraction est, selon le deuxième alinéa de l'article 132-78 du Code pénal, consacré à la situation dans laquelle l'infraction dénoncée est une infraction continue dont la suspension explique effectivement la repentance. Ce faisant, le fait d'emprunter cette situation et de l'étendre aux infractions de corruption, qui sont des infractions instantanées, est incompréhensible. De plus, si l'on interprète l'expression « faire cesser l'infraction » de manière large, de sorte qu'elle signifie suspendre l'effet de pacte de corruption, cela ne comprend que des cas limités de corruption. Ainsi, l'avertissement de l'autorité judiciaire ou administrative doit être donné avant la réalisation du pacte de corruption pour que la condition de la suspension de la corruption soit remplie. Ce faisant, le fait de proposer ou solliciter un avantage indu ou le fait de réaliser entièrement le pacte de corruption, tous deux incriminés, ne peuvent pas entrer dans les termes « faire cesser l'infraction ». Dans ces cas, la suspension de la corruption est inimaginable parce que soit la corruption est consommée par la seule proposition ou sollicitation, soit la corruption est pleinement consommée par la réalisation de son but.
- 1140.** D'autre part, parce que le cas où le corrupteur ou le corrompu, pour réduire sa peine en avertissant l'autorité administrative ou judiciaire, fait identifier les autres auteurs ou complices est peu cohérent avec l'objectif de lever le caractère occulte du pacte de corruption. En effet, cet objectif est atteint lorsque l'on incite le corrupteur ou le corrompu à avertir les autorités de l'existence d'un pacte en identifiant les parties de ce pacte. De cette manière, on vise directement à démanteler le caractère occulte entourant le pacte de corruption en incitant, par la réduction ou l'exemption de peine, l'une de leurs parties à dénoncer l'autre¹⁰¹³. Cependant, ce n'est pas le cas en droit français où il semble que le législateur oublie que la corruption passive constitue une infraction distincte de celle de la corruption active¹⁰¹⁴. C'est-à-dire que la corruption suppose, dans ce système d'incrimination dite de la dualité d'incrimination, deux faits principaux dont l'un n'est pas considéré comme l'accessoire de l'autre puisque chacun des deux agents qui concourent à l'infraction, l'un en corrompant et l'autre en se laissant corrompre, joue un rôle égal¹⁰¹⁵.

¹⁰¹³ C'est le cas en droit koweïtien où l'article 39 de la loi n° 31/1970 prévoit qu'« est exempté de peine le corrupteur ou l'intermédiaire s'il dénonce les autorités publiques ».

¹⁰¹⁴ Cass. crim., 4 novembre 1948, Bull. n° 250.

¹⁰¹⁵ Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 7e édition, CUJAS, 2017, p. 727 ; V. également, Chantal Cutajar, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *D.*, 2008, p. 1081 : « Il serait souhaitable, à l'instar d'autres

Le corrompu n'est ni complice du corrupteur ni coauteur de celui-ci, et réciproquement. Dès lors, pour bénéficier de la procédure du repentir, la condition de l'identification de l'autre auteur ou complice est limitée au cas où le corrupteur a un coauteur ou complice dans l'infraction de corruption active ou au cas où le corrompu a un coauteur ou un complice dans l'infraction de corruption passive.

1141. Il valait ainsi mieux que le législateur français ne soit pas, en matière de corruption, fidèle aux limites de la définition de la procédure du repentir de l'article 132-78 du Code pénal pour plusieurs raisons. D'abord, cet article n'a pas d'application générale comme on l'a vu ci-dessus. Ainsi sa méconnaissance n'est pas grave. Ensuite, la définition de la procédure du repentir donnée par l'article 132-78 était et est centrée sur la lutte contre la criminalité organisée¹⁰¹⁶. Par conséquent, ce qui est adapté à la criminalité organisée ne l'est pas nécessairement à la corruption. Enfin, le législateur ne respecte pas, dans certains cas, la limite posée par l'article 132-78 en raison de la spécificité de certaines situations. C'est le cas par exemple de la poursuite pour association de malfaiteurs (article 450-1 du Code pénal). En la matière, si le législateur était fidèle à l'article 132-78, le mécanisme applicable au coauteur repentir serait la réduction de peine et non l'exemption de peine, parce que le champ d'application de cette dernière est valable au stade de la tentative alors qu'il n'y a pas de tentative en matière d'association de malfaiteurs. C'est pourquoi le législateur prend en compte cette spécificité en consacrant une modalité cohérente à l'article 450-2 du Code pénal qui prévoit que « toute personne ayant participé au groupement ou à l'entente définis par l'article 450-1 est exempte de peine si elle a, avant toute poursuite, révélé le groupement ou l'entente aux autorités compétentes et permis l'identification des autres participants ». Ainsi, il pourrait être possible que le législateur prenne en compte la spécificité de la corruption en matière de procédure du repentir comme ces exemples le montrent.

1142. L'adoption de la procédure du repentir est un peu différente en droit koweïtien.

systèmes, de distinguer celui qui a eu l'initiative et celui qui a cédé à un pacte de corruption. En l'état du droit, les parquets peuvent mettre en œuvre une politique des poursuites pénales qui permet, au moyen du principe de l'opportunité des poursuites, de distinguer entre ceux qui sont les acteurs principaux de la corruption et ceux qui ont adhéré, contraints au pacte et qui en réalité sont des victimes de la corruption. Cela permettrait d'ouvrir une brèche entre les différents coauteurs du pacte de corruption qui pourrait se traduire, au plan procédural, par l'adoption du mécanisme des repentis par lequel le coauteur qui dénonce une infraction de corruption peut en retirer un certain avantage, telles l'impunité totale ou partielle ou encore la possibilité d'obtenir réparation pour les fonds qu'il a versés, ce qui pourrait le motiver à agir pour dénoncer le pacte de corruption ».

¹⁰¹⁶ Alexis Mihman, « Exemption et réduction de peine pour les repentis : apports de la loi du 9 mars 2004 dite loi « Perben II » », *Procédures*, n° 4, Avril 2005, étude 5 ; V. aussi, Assemblée nationale, Rapport n° 856, Commission des lois, présenté par Jean-Luc Warsmann, 14 mai 2003.

§ 2. EN DROIT KOWEÏTIEN

- 1143.** En droit koweïtien, depuis l'apparition du Code pénal en 1960 et des lois modifiant ce code, le législateur a limité la procédure du repentir à un nombre réduit d'infractions. Il s'agit des infractions d'association de malfaiteurs, de contrefaçon de billets de banque, de contrefaçon de pièces de monnaie, de corruption, d'atteinte à la sûreté de l'État, de stupéfiant, d'atteinte aux fonds publics, de blanchiment.
- 1144.** Par ailleurs, la procédure du repentir adoptée n'a concerné que l'exemption de peine. La réduction de peine n'est pas adoptée. Néanmoins, dans certains cas, l'exemption de peine est tantôt obligatoire tantôt discrétionnaire. Elle est obligatoire parce que le juge doit l'appliquer alors qu'elle est discrétionnaire car le juge peut l'appliquer. Par exemple, en matière d'infractions d'atteinte à la sûreté de l'État, l'exemption de peine est obligatoire si l'auteur informe les autorités avant l'exécution de l'infraction ou le début de l'enquête, alors que l'exemption de peine est discrétionnaire si l'auteur, pendant l'enquête, a aidé les autorités à arrêter les autres auteurs de l'infraction concernée ou les auteurs d'une infraction de type et de dangerosité analogues. À ce titre, il convient de dire que l'exemption discrétionnaire de peine n'est pas nécessaire parce que le juge a en effet cette possibilité en vertu de l'article 81 du Code pénal koweïtien qui lui confère le pouvoir de prononcer une dispense de peine au regard de la personnalité du coupable.
- 1145.** La procédure du repentir n'a pas une norme du droit pénal général (A). L'exemption de peine pour le repentir en matière de corruption doit ainsi être adoptée par une norme du droit pénal spécial (B).

A. L'absence de norme générale

- 1146.** On peut dire que, dans la partie générale du Code pénal (1) et dans le Code de procédure pénale (2), aucune disposition générale n'aborde la question de la procédure du repentir ou collaborateur de justice en dépit de certaines dispositions qui le laissent entendre à tort.

1. Partie générale du Code pénal

- 1147.** Dans une section intitulée « l'élément matériel : la tentative et la pluralité de délinquants » sous le chapitre « responsabilité pénale », le législateur insère l'article 56 qui contient un alinéa dans lequel le coupable peut être exempté de peine. L'article 56 prévoit que « constitue une entente criminelle tout accord établi en vue de la commission, en s'y préparant de manière probablement irréversible, d'un crime ou d'un délit même si l'infraction préparée n'est pas commise. L'entente criminelle est punie de cinq ans d'emprisonnement au maximum lorsque l'infraction préparée est punie d'une peine de mort ou de réclusion criminelle à perpétuité. Si l'infraction préparée est punie d'au moins quinze ans, l'entente est punie d'emprisonnement ne dépassant pas le tiers de la peine de l'infraction préparée ou d'amende ne dépassant pas le tiers de l'amende de l'infraction préparée. Toute personne ayant participé à l'entente

criminelle est exempte de peine si elle a, avant toute recherche et poursuite, dénoncé l'entente aux autorités et identifié les autres participants. Si la dénonciation est faite après la recherche et poursuite, elle doit effectivement conduire à l'arrestation des autres participants ».

1148. En dépit de l'existence de cet article dans les dispositions générales du Code pénal, il n'a aucune influence sur les dispositions du droit pénal spécial. En effet, cet article traite la question de l'incrimination de l'association de malfaiteurs, c'est-à-dire une norme de droit pénal spécial. La justification de son existence dans la partie générale du Code pénal peut s'expliquer par sa spécificité¹⁰¹⁷. L'association de malfaiteurs ou l'entente criminelle échappe aux principes gouvernant la tentative de l'infraction et la participation criminelle¹⁰¹⁸. En considérant que l'entente criminelle se présente comme une dérogation, le législateur a donc voulu la réprimer dans la partie générale sous la section consacrée à la tentative et à la participation incriminées.

2. Code de procédure pénale

1149. L'article 160 du Code de procédure pénale énonce que « lorsque l'infraction est passible d'un emprisonnement dépassant sept ans, lorsque plusieurs personnes y sont impliquées et lorsque l'enquête nécessite des preuves suffisantes contre elles ou contre certaines d'entre elles, le chef de la police, sur une demande du ministère public, peut octroyer l'exemption de peine à toute personne soupçonnée de l'avoir commise si elle fournit des informations suffisantes pour arrêter les autres auteurs et des indices susceptibles d'aider à les condamner. Dans ce cas, cette personne est considérée comme étant témoin mais elle dépose sans serment. Elle peut être en détention provisoire. L'exemption de peine est exécutoire si la personne collaboratrice remplit sérieusement et de bonne foi les conditions précitées. Aucune poursuite pénale ne se déclenche contre elle ». À cet article succède l'article 161 qui prévoit quant à lui que « si la personne à qui l'exemption de peine est promise dissimule certaines informations importantes, fait des déclarations fausses ou induit la justice en erreur de quelque manière que ce soit, l'exemption de peine promise est considérée comme caduque. Dans ce cas, les déclarations qu'elle a faites sont retenues comme une preuve contre elle ».

¹⁰¹⁷ V. L'exposé des motifs du Code pénal koweïtien, JOK, n° 278, 11 juin 1960, p. 30.

¹⁰¹⁸ Pour ce sujet, nous renvoyons à la totalité de l'ouvrage de Raphaële 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*, L.G.D.J, 2010.

- 1150.** Nous ne trouvons, dans la jurisprudence et les décisions judiciaires, aucune application concernant ces deux articles¹⁰¹⁹. Nous pensons qu'ils ne sont pas applicables en raison de leur incompatibilité avec la Constitution.
- 1151.** En effet, la Constitution koweïtienne a été promulguée le 11 novembre 1961 et est entrée en vigueur le 29 janvier 1963 alors que le Code de procédure pénale était déjà appliqué puisqu'en vigueur depuis le 13 juin 1960¹⁰²⁰. L'article 180 de la Constitution qui traite des dispositions transitoires prévoit que « toutes les dispositions de lois, règlements et décrets qui sont en vigueur avant la date d'entrée en vigueur de la présente Constitution continuent à être applicables sauf modification ou abrogation conformément à la procédure prescrite dans la présente Constitution et à condition qu'elles ne soient contraires à aucune de ses dispositions ». Cette dernière condition est le motif de la non-conformité des articles 160 et 161 du Code de procédure pénale avec la Constitution. Ainsi, l'article 34 de la Constitution prévoit que « tout inculpé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie dans un procès équitable, dans lequel les garanties nécessaires pour l'exercice des droits de la défense ont été assurées ». Ce faisant, seule la juridiction de jugement peut constater la culpabilité. Elle détient donc exclusivement - et non les autorités policières - le pouvoir de l'exemption de peine car celle-ci suppose nécessairement la culpabilité de la personne collaboratrice avec la justice.
- 1152.** D'ailleurs, la démarche législative postérieure fait preuve de négligence par rapport à l'article 160 du Code de procédure pénale. Lorsque le législateur veut user de l'exemption de peine, il ne renvoie jamais aux dispositions de cet article bien que celui-ci puisse applicable en la matière. Par exemple, dans la loi n° 1/1993 relative à la protection des fonds publics¹⁰²¹, l'article 21 dispose que l'auteur est exempt de peine s'il dénonce avant la commission de l'infraction et il peut être exempt de peine si la dénonciation a lieu après que l'infraction a été commise mais avant l'enquête. Le tribunal compétent peut également exempter l'auteur de peine s'il aide les autorités à arrêter les autres auteurs ou à confisquer les fonds qui sont l'objet de l'infraction ou à arrêter les auteurs d'une autre infraction de type et de dangerosité analogues. Aussi, la loi n° 106/2013 relative au blanchiment d'argent et au financement du terrorisme¹⁰²² dispose dans son article 31 que « le tribunal peut octroyer l'exemption de peine à l'auteur s'il fournit aux autorités des informations qu'elles ne pouvaient pas trouver autrement dans le but de : 1- aider à

¹⁰¹⁹ Un prévenu forme le pourvoi en cassation parce que le juge de fond n'a pas répondu à sa demande de bénéficiaire de l'exemption de peine prévue à l'article 160 du Code de procédure pénale. La Cour de cassation rejette ce pourvoi en décidant que « l'exemption de peine prévue à l'article 160 ne relève pas du juge de fond mais elle relève du ministre de l'intérieur sur une demande du ministère public ». Koweït, Cass. crim., 15 novembre 1993, n° 64/1993.

¹⁰²⁰ *JOK*, n° 279, 13 juin 1960, p. 3.

¹⁰²¹ *JOK*, n° 90, 7 février 1993, p. 2.

¹⁰²² *JOK*, n° 1113, 26 mai 2013, p. 6.

empêcher le blanchiment d'argent ou le financement du terrorisme ; 2- arrêter les autres auteurs et les poursuivre judiciairement ; 3- trouver des preuves ; 4- limiter les effets de l'infraction ; 5- déposséder l'organisation terroriste ou les associations de malfaiteurs de tout financement ». On peut constater, dans ces deux exemples, que le législateur donne le pouvoir de l'exemption de peine au juge en respectant l'article 34 précité de la Constitution.

1153. Dès lors que le droit pénal koweïtien n'a pas de norme générale en matière de repentant ou collaborateur de justice, le législateur adopte cette matière dans la lutte contre la corruption par une norme spéciale.

B. La procédure du repentant en matière de corruption

1154. Les infractions de corruption sont l'objet de la procédure du repentant. Cette procédure est prévue par la loi n° 31/1970 portant certaines modifications du Code pénal¹⁰²³.

1155. Trois articles réglementent la procédure du repentant en matière de corruption. D'abord, l'article 37 prévoit que « sont punis de la même peine que le corrompu [de dix ans d'emprisonnement au maximum et d'une amende égale de double valeur de contrepartie] le corrupteur et l'intermédiaire. Ils sont punis de cinq ans d'emprisonnement au maximum et d'une amende de mille dinars au maximum ou de l'une de ces deux peines si l'accomplissement de l'acte de la fonction ou son non-accomplissement est légal. Dans tous les cas, le corrupteur et l'intermédiaire sont exempts de peine s'ils informent les autorités de l'infraction même après qu'elle a été commise ». Cet article aborde directement le cas complet de corruption. Il vise à faciliter la répression du corrompu par la déclaration du corrupteur ou de l'intermédiaire. Il facilite aussi l'incrimination du corrompu et du corrupteur par la déclaration de l'intermédiaire.

1156. Ensuite, l'article 40 de la loi n° 31/1970 dispose que « si le but du pacte de corruption est de commettre un fait puni par une peine plus grave que la peine de corruption, le corrompu, le corrupteur et l'intermédiaire sont punis de la peine grave et de l'amende prévues pour la corruption. Le corrupteur et l'intermédiaire sont exempts de peine s'ils ont, avant toute recherche et poursuite et avant la commission du fait visé, informé les autorités de l'infraction et identifié les autres participants. Si l'information est faite après la recherche et poursuite, elle doit effectivement conduire à l'arrestation des autres participants ». Cet article est consacré au traitement de la question du concours ou du cumul d'infractions dans laquelle la peine la plus grave est applicable¹⁰²⁴. Sans cet article, le corrupteur et l'intermédiaire ne

¹⁰²³ *JOK*, n° 787, 21 juillet 1971, p. 6.

¹⁰²⁴ L'article 84 du code pénal prévoit que « si une personne commet dans un même but un ensemble d'infractions qui sont inextricablement liées, la peine encourue pour l'infraction la plus grave est seule

bénéficient pas de la procédure du repentir et les autorités n'aboutissent pas à l'objectif recherché par l'adoption de la procédure du repentir.

- 1157.** Enfin, l'article 42 de la même loi prévoit que « dans tous les cas, le tribunal prononce la confiscation de ce qui est payé, à titre de contrepartie corromptive, par le corrupteur ou l'intermédiaire, sauf en cas d'exemption de peine ».
- 1158.** Force est de constater, d'une part, que le législateur koweïtien différencie les auteurs de corruption. Il adopte une politique selon laquelle l'indulgence législative par l'exemption de peine ne doit pas être étendue au corrompu. Car ce dernier altère concrètement la confiance et la probité envers les actes de fonction alors que le corrupteur et l'intermédiaire ne sont pas chargés des fonctions exigeant leur probité. Si le corrupteur ou l'intermédiaire informe les autorités de l'existence de corruption, l'exemption de peine doit automatiquement être prononcée par le juge.
- 1159.** D'autre part, l'information du corrupteur ou de l'intermédiaire ne doit pas, pour donner accès à l'exemption de peine, se situer avant toute enquête et recherche. Elle peut être présentée même après que les autorités identifient les auteurs et les complices parce que le but de la déclaration du corrupteur ou de l'intermédiaire est le renforcement et la corroboration des preuves contre le corrompu à condition que cette information soit exacte, claire et réelle, conformément aux circonstances de l'infraction commise¹⁰²⁵. L'exposé des motifs de la loi n° 31/1970 fait ainsi valoir que la déclaration du corrupteur ou de l'intermédiaire ouvrant droit à l'exemption de peines peut être une dénonciation ou même un plaidoyer de culpabilité avant le jugement définitif¹⁰²⁶. La jurisprudence semble contradictoire sur ce point. Tantôt elle considère que le plaidoyer de culpabilité produit l'exemption de peine, même s'il est réalisé dans l'instruction ou l'enquête¹⁰²⁷, tantôt elle le considère comme une déclaration n'exemptant pas de la peine car il est réalisé après la découverte de l'infraction par les autorités¹⁰²⁸. Dans ce dernier cas, la

prononcée. Cette disposition est également applicable lorsque le seul fait commis constitue une pluralité d'infractions ».

¹⁰²⁵ Faisal Alkandary et Gannam Mohamad Gannam, *Droit pénal spécial koweïtien*, 2e édition, 2011, p. 54 ; Hassan Sadiq Almorsafaoui, *Droit pénal spécial koweïtien*, Almaktab Alsharqui, 1969, p. 55 ; Abdulmohaimin Baker Salem, *Droit pénal spécial koweïtien*, 2e édition, 1983, p. 63 ; Yasser Alamir Farouq, *L'aveu exemptant la peine dans les infractions de corruption*, publication universitaire, 2006, Alexandria, Egypte, p. 22 : « le corrupteur et l'intermédiaire peuvent profiter de l'exemption de peine même lorsque l'aveu est constitué devant la Cour d'appel car la raison de l'exemption, qui est l'aveu, est réalisée. C'est pourquoi, il ne convient pas de confondre la raison de l'exemption, qui est l'aveu, et sa finalité, qui est la connaissance du corrompu d'autant que l'appréciation porte sur sa raison et non pas sur sa finalité ».

¹⁰²⁶ JOK, 26 juillet 1970, n° 787, p. 14.

¹⁰²⁷ Koweït, Cass. crim., 26 juin 2007, n° 590/2006.

¹⁰²⁸ Koweït, Cass. crim., 19 mai 2008, n° 652/2008 ; Koweït, Cass. crim., 24 décembre 2012, n° 478/2012.

jurisprudence repousse l'interprétation qui est prévue à l'exposé des motifs et, par conséquent, l'exemption de peine est limitée à la dénonciation et non au plaidoyer de culpabilité¹⁰²⁹.

1160. La procédure du repentir en matière de corruption a été l'objet d'un renforcement inopérant par la loi 2/2016 relative à la lutte contre la corruption. L'article 44 de cette loi énonce qu'« est exempt de peine l'auteur qui prend l'initiative d'informer l'Autorité publique anticorruption, le ministère public ou les autorités compétentes de l'existence d'une entente criminelle en vue de commettre l'une des infractions prévues à l'article 22 de cette loi [dont la corruption passive et active] et des personnes qui y participent avant le début de son exécution. Le tribunal peut prononcer l'exemption de peine lorsque la dénonciation a lieu après la commission de l'infraction et avant le début de l'enquête si l'auteur aide les autorités à arrêter les autres participants, à confisquer les fonds qui sont l'objet de l'infraction ou à arrêter les auteurs d'une autre infraction de type et de dangerosité analogues ».

1161. Cet article ne renforce pas la procédure du repentir en matière de corruption active et passive dans tous les cas. En ce qui concerne son premier alinéa relatif à l'entente criminelle, sa disposition est déjà consacrée dans l'article 56 du Code pénal¹⁰³⁰. La répétition de cette disposition n'est donc pas significative. De plus, les infractions de corruption sont des infractions formelles qui sont consommées même sans l'exécution de l'objet du pacte de corruption. En ce qui concerne le deuxième alinéa, étant donné qu'il prévoit une exemption de peine qui dépend du pouvoir discrétionnaire du juge de fond, cette disposition n'a pas d'effet réel. Car le juge peut, en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 81 du Code pénal koweïtien, prononcer une dispense de peine au regard de la personnalité du coupable. Mais la seule justification que l'on pourrait retenir est que le législateur incite le juge, lors la prononciation de peine, à prendre en compte la collaboration du repentir avec la justice.

¹⁰²⁹ Dans d'autres matières, le législateur précise que l'information doit se situer avant toute enquête et recherche comme par exemple en matière de la lutte contre la stupéfiants ou de protection de fonds publics. Dans ces cas, la jurisprudence estime qu'« en considérant que la déclaration de prévenu effectuée dans l'enquête ou l'instruction a été après que les autorités publiques entament la recherche des auteurs de l'infraction, elle ne produit donc pas l'exemption obligatoire de peine ». V. Koweit, Cass. crim., 15 mars 2005, n° 494/2004 ; Koweit, Cass. crim., 15 février 2005, n° 73/2004 ; Koweit, Cass. crim., 8 avril 2008, n° 468/2007.

¹⁰³⁰ L'article 56 prévoit que « constitue une entente criminelle tout accord établi en vue de la commission, en s'y préparant de manière probablement irréversible, d'un crime ou d'un délit même si l'infraction préparée n'est pas commise. L'entente criminelle est punie de cinq ans d'emprisonnement au maximum lorsque l'infraction préparée est punie d'une peine de mort ou de réclusion criminelle à perpétuité. Si l'infraction préparée est punie d'au moins quinze ans, l'entente est punie d'emprisonnement ne dépassant pas le tiers de la peine de l'infraction préparée ou d'amende ne dépassant pas le tiers de la peine de l'infraction préparée. Toute personne ayant participé à l'entente criminelle est exempte de peine si elle a, avant toute recherche et poursuite, dénoncé l'entente aux autorités et identifié les autres participants. Si la dénonciation est faite après la recherche et poursuite, elle doit effectivement conduire à l'arrestation des autres participants ».

1162. Malgré les critiques des modalités ou de l'efficacité de la procédure du repentir en matière de corruption en droit français et en droit koweïtien, les deux droits encadrent et adoptent une procédure de manière incertaine à l'aune des principes fondamentaux.

SECTION II.

L'INCERTITUDE DE LA SAUVEGARDE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX

1163. La procédure du repentir suscite une polémique juridique sur sa légitimité et sa conformité avec les principes fondamentaux. À plusieurs reprises, la Cour européenne de droits de l'homme estime que la déclaration du repentir pose un certain nombre de problèmes délicats car, de par sa nature, elle est susceptible d'être le résultat de manipulations, le repentir pouvant calculer en vue d'obtenir des avantages offerts en échange ou à titre de vengeance personnelle¹⁰³¹. Marie-Aude Beernaert a, dans plusieurs travaux¹⁰³², discuté les problèmes que rencontre la procédure du repentir. Elle présente un certain nombre d'incompatibilités entre le contenu des principes fondamentaux et la procédure du repentir. D'autres auteurs estiment que le recours aux repentis n'apparaît pas satisfaisant pour des raisons plus générales d'équité et d'égalité. Il s'agit quasiment de « la reproduction institutionnalisée du marchandage de la fonction publique qu'on entendait réprimer »¹⁰³³.
1164. Le Conseil constitutionnel français déclare que les dispositions sur les repentis intégrées dans la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière ne portent atteinte à aucune exigence constitutionnelle¹⁰³⁴. Cependant, si le Conseil a développé la conformité de ces dispositions avec les principes d'égalité et de procès équitable, il n'en va pas de même avec le principe d'individualisation des peines. De plus, il convient de noter que sa décision s'est inscrite dans le cadre du contrôle purement abstrait qu'il exerce, alors que la procédure du repentir peut susciter des problématiques dans les applications concrètes.
1165. À notre avis, la procédure du repentir en matière de corruption, malgré quelques divergences entre le droit français et le droit koweïtien, est discutable au regard de certains principes fondamentaux qui relèvent du droit pénal (§ 1) et du droit de procédure pénale (§ 2)¹⁰³⁵.

¹⁰³¹ CEDH, 24 août 1998, Contrada c. Italie, req. n° 27143/95 ; CEDH, 6 avril 2000, Labita c. Italie, req. n° 26772/95 ; CEDH, 3 mars 2009, Vladislav Atanasov c. Bulgarie, req. n° 20309/02 ; CEDH, 2 juin 2015, Shiman c. Roumanie, req. n° 12512/07 ; CEDH, 17 janvier 2017, Habran et Dalem c. Belgique, req. n° 43000/11 et 49380/11.

¹⁰³² Marie-Aude Beernaert, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal : analyse comparée et critique*, Bruylant, 2002, p. 405 et suiv. ; Marie-Aude Beernaert, « « Repentis » ou « collaborateurs de justice » : quelle légitimité dans le système pénal ? », *Droit et société*, Volume 55, n° 3, 2003, p. 693 ; Marie-Aude Beernaert, « De l'irrésistible ascension des « repentis » et « collaborateurs de justice » dans le système pénal », *Déviance et société*, Volume 27, n° 1, 2003, p. 77.

¹⁰³³ Mireille Delmas-Marty et Stefano Manacorda, « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, p. 696.

¹⁰³⁴ Cons. const., 4 décembre 2013, n° 2013-679 DC.

¹⁰³⁵ Cette subdivision s'inspire de travaux précités de Marie-Aude Beernaert.

§ 1. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT PENAL

1166. Mis à part le principe directeur du droit pénal, à savoir celui de la légalité criminelle qui ne soulève aucune interrogation, deux principes fondamentaux du droit pénal doivent néanmoins être particulièrement analysés à la lumière de l'utilisation de la procédure du repentir en matière de corruption. Il s'agit d'une part du principe d'égalité (A) et d'autre part du principe d'individualisation des peines (B).

A. L'égalité

1167. La procédure de repentir utilisée en droits français et koweïtien en matière de corruption met à l'épreuve le droit à l'égalité à deux. Le premier porte sur le champ d'application matériel (1), le second sur le champ d'application personnel (2).

1. Champ d'application matériel

1168. L'interrogation sur le principe d'égalité réside dans le fait que la procédure du repentir, qui est considérée comme une circonstance spéciale atténuante de peine, a isolé un ensemble d'infractions à l'exclusion des autres. En effet, elle est exclusivement utilisée pour certaines infractions dont la corruption alors que l'on ne peut l'appliquer dans une autre matière que par une norme spéciale. Cette interrogation peut également se poser en matière de corruption mais seulement en droit français. Le législateur français adopte l'atténuation de peine pour l'auteur ou le complice des infractions de corruption publique interne, étrangère et internationale et de corruption judiciaire interne, étrangère et internationale alors qu'il l'exclut pour l'auteur ou le complice des infractions de corruption privée.

1169. En effet, il faut rappeler que le droit français et le droit koweïtien consacrent, pour l'acceptation de l'égalité, l'égalité aristotélicienne, c'est-à-dire l'égalité par la différenciation. Cette acception apparaît dans plusieurs décisions constitutionnelles. La Cour constitutionnelle koweïtienne déclare ainsi que l'égalité ne signifie pas l'égalité absolue ou l'égalité arithmétique. Elle ne vise pas pour autant un traitement juridique égal entre des personnes se trouvant dans des situations juridiques différentes. Par ailleurs, la différence de traitement entre des personnes se trouvant dans des situations juridiques similaires n'est pas nécessairement une discrimination contraire au principe d'égalité dès lors qu'elle est justifiée directement et logiquement avec l'objet de la législation qui l'établit, et que la nécessité et les considérations d'intérêt général demandent ce traitement¹⁰³⁶. Le Conseil constitutionnel français déclare

¹⁰³⁶ Par exemple, Koweït, Cour const., 10 décembre 2008, n° 7/2007 ; Koweït, Cour const., 10 juin 2007, n° 4/2007.

l'égalité par différenciation en énonçant que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes¹⁰³⁷.

1170. Néanmoins, la doctrine critique l'acception d'égalité par différenciation qui présente un « inconvénient majeur »¹⁰³⁸. De la sorte, toute situation présente une part particulière de différence, ce qui peut conduire à adopter, pour chaque situation, un traitement différent, et par conséquent, conduire à un « foisonnement des réponses pénales »¹⁰³⁹.
1171. Les critères d'égalité imposés par la Cour constitutionnelle koweïtienne et par le Conseil constitutionnel français peuvent en quelque sorte donner une réponse compréhensible à la question de la justification de la consécration spéciale de la procédure du repentir en matière de corruption. On pourrait admettre que les infractions de corruption soient caractérisées occultes et par conséquent revêtent une situation particulière concernant la difficulté à les prouver et à les réprimer, ce qui exige une réponse particulière. En considérant que la procédure du repentir contribue à surmonter le caractère occulte et à faciliter la répression de la corruption, cette mesure distincte d'autres infractions peut ainsi être justifiée et adaptée au but de la répression.
1172. Cependant, les critères d'égalité ne donnent pas une réponse certaine à la non-consécration de la procédure du repentir pour la corruption privée en droit français. Ce type de corruption est ignoré par le législateur français qui intègre la procédure du repentir dans la répression de la corruption publique interne, étrangère et internationale. Tous ces types de corruptions ont un caractère occulte dont la preuve est difficile à rapporter. Pourquoi le législateur ignore-t-il la corruption privée bien que le but poursuivi de la loi consacrant le système du repentir pour la corruption soit la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière ? Est-ce qu'elle n'est pas concernée par ce but ? L'exclusion peut-elle être justifiée par le fait que le législateur veille se concentrer sur la corruption commise dans la vie publique ? Si oui, pourquoi étend-il la procédure du repentir à la corruption commise par un agent public étranger ou international ?

¹⁰³⁷ Par exemple, Cons. const., 23 juillet 1975, n° 75-56 DC ; Cons. const., 6 mars 1998, n° 98-397 DC ; Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

¹⁰³⁸ David Dechenaud, *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J., 2008, p. 17 ; V. également, Tatiana Potaszkin, « Retour sur le principe d'égalité devant la justice pénale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *D.*, 2012, p. 2910 ; Michel Danti-Juan, « Existe-t-il encore une égalité en droit pénal ? », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : mélanges offerts à Jean Pradel*, CUJAS, 2006, p. 85.

¹⁰³⁹ Michel Danti-Juan, « Existe-t-il encore une égalité en droit pénal ? », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit.

2. Champ d'application personnel

- 1173.** Le principe d'égalité soulève aussi la question des catégories des personnes concernées par la procédure du repentir. C'est-à-dire que le traitement réservé à l'auteur ou au complice repentir ou collaborateur est différent du traitement réservé au non-repentir pour une même infraction. La peine légale infligée au repentir est la moitié de celle infligée à l'auteur ou au complice non repentir bien que tous commettent la même infraction.
- 1174.** Cette différenciation de traitement est justifiée par le Conseil constitutionnel français. Il considère « qu'en retenant une diminution de moitié de la peine encourue, le législateur a entendu favoriser la coopération des auteurs d'infractions ou de leurs complices ; qu'il a également poursuivi l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public et de la recherche des auteurs d'infraction ; que les différences de traitement qui peuvent résulter des dispositions contestées entre des personnes ayant commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, des faits de même nature reposent sur des critères objectifs et rationnels en lien direct avec les objectifs poursuivis ; que, par suite, ces dispositions ne méconnaissent pas le principe d'égalité »¹⁰⁴⁰. Ce raisonnement vaut aussi en droit koweïtien.
- 1175.** Cependant, le droit koweïtien a un autre champ d'application personnel. Le législateur koweïtien adopte l'exemption de peine pour le corrupteur et l'intermédiaire alors que le corrompu est exclu de cette exemption. La doctrine koweïtienne justifie l'exclusion du corrompu de la procédure du repentir par le fait que le corrompu ayant l'obligation d'accomplir l'acte de la fonction est la personne principalement visée par l'incrimination de corruption car elle est soumise au devoir de probité. De plus, l'exemption de peine est prévue pour le corrupteur et l'intermédiaire pour que ceux-ci identifient l'agent corrompu. L'exemption de peine a ainsi pour but de protéger la fonction contre les agents corrompus. Le corrompu ne mérite pas donc l'exemption de peine¹⁰⁴¹.
- 1176.** En effet, la justification de la doctrine koweïtienne crée deux situations différentes. La première situation est celle de la personne ayant le devoir de probité, qui ne mérite pas l'exemption de peine, alors que la deuxième est celle de la personne n'ayant pas de devoir de probité, qui peut bénéficier de l'exemption de peine si elle avertit les autorités. Cependant, ce raisonnement ne justifie pas certains cas où le coupable ne peut pas bénéficier de l'exemption de peine même s'il n'est pas corrompu car il est tenu à la probité. Imaginons une personne qui commet un acte de complicité. Elle peut être complice du corrupteur, de

¹⁰⁴⁰ Cons. const., 4 décembre 2013, n° 2013-679 DC.

¹⁰⁴¹ Faisal Alkandary et Gannam Mohamad Gannam, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, 2e édition, 2011, p. 54 ; Hassan Sadiq Almorsafaoui, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, Almaktab Alsharqui, 1969, p. 55 ; Abdulmohaimin Baker Salem, *{Droit pénal spécial koweïtien}*, 2e édition, 1983, p. 63 ; Abdulwahab Homed, « {La corruption dans la législation koweïtienne} », *Revue de Droit*, Université de Koweït, 1977, le premier numéro, p. 11 et suiv.

l'intermédiaire ou du corrompu. Cette personne n'est pas tenue au devoir de probité et, en même temps, elle ne peut pas bénéficier de l'exemption de peine car elle n'entre pas dans la définition du corrupteur ou de l'intermédiaire qui peuvent être exemptés de peine. Ainsi, le complice de corruption ne bénéficie pas de l'indulgence législative alors qu'il est dans la même situation que ceux qui en bénéficient.

1177. Le système du repentir en matière de corruption peut remettre en cause le principe d'individualisation des peines.

B. L'individualisation des peines

1178. Le principe d'individualisation des peines suppose que le juge individualise la sanction pénale en fonction de la personnalité du délinquant et des circonstances de l'infraction. C'est ce que l'article 132-1 du Code pénal français et l'article 81 du Code pénal koweïtien prévoient. Ce principe a une valeur constitutionnelle en droits français¹⁰⁴² et koweïtien¹⁰⁴³.

1179. Au regard de la procédure du repentir, le législateur apprécie cette individualisation en réduisant ou en exemptant la peine. Il prend en compte la collaboration présentée par le repentir aux autorités. Cette possibilité de l'individualisation est réalisée en se fondant, de manière purement abstraite et objective, sur les faits¹⁰⁴⁴. Autrement dit, le législateur prend en compte les faits de la collaboration d'un repentir pour optimiser l'établissement de sa responsabilité pénale plus que sa personnalité¹⁰⁴⁵. La peine et ses modalités d'application fixées par le législateur sont alors forcément inadaptées à la personnalité et à la situation de chaque délinquant¹⁰⁴⁶.

1180. Dans notre sujet, l'exemption ou la réduction de peine pour le repentir en matière de corruption est une mesure qui oblige le juge à prononcer la moitié de la peine encourue (cas du droit français) ou à renoncer à prononcer la totalité de la peine encourue (cas du droit koweïtien). La dangerosité de cette mesure sur le principe d'individualisation de la peine réside ainsi dans le fait que le juge est contraint de l'appliquer même s'il considère que la personne poursuivie ne mérite pas, au regard de sa personnalité, cette indulgence législative.

¹⁰⁴² Par exemple, V. Cons. const., 22 juillet 2005, n° 2005-520 DC ; Cons. const., 9 août 2007, n° 2007-554 DC.

¹⁰⁴³ Koweït, Cour const., 21 octobre 2015, n° 41/2014 : « la peine est constitutionnellement légitime lorsque le juge apprécie son quantum et choisit sa modalité dans les limites fixées par le législateur en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ».

¹⁰⁴⁴ V. Sophie Hallot, *L'individualisation légale de la peine*, mémoire, Université Paris-Sud, 2012-2013, p. 12 et suiv.

¹⁰⁴⁵ V. Sophie Bouhnik-Lavagna, *Le pardon en droit pénal*, thèse, Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 387 et suiv.

¹⁰⁴⁶ Marie-Annick Agard-Péano, « Le principe de la légalité et la peine », *RPDP*, juillet 2011, n° 2, p. 289.

- 1181.** On peut citer deux exemples concrets pour illustrer la menace du système du repentir sur l'individualisation de la peine.
- 1182.** Le premier exemple concerne une condamnation de l'Italie par la Cour européenne des droits de l'homme. En l'espèce, un repentir a bénéficié de la semi-liberté qui lui avait été accordée pour avoir assassiné deux personnes. La Cour a jugé que les autorités italiennes « auraient dû se poser la question de savoir si le contact en milieu libre avec d'anciens détenus, des toxicomanes et, de manière générale, avec des personnes en situation de détresse sociale risquait d'offrir à I. la possibilité de commettre de nouvelles infractions pénales »¹⁰⁴⁷. La Cour a reproché aux autorités italiennes « un manquement au devoir de diligence qui découle de l'obligation de protéger la vie, imposée par l'article 2 de la Convention ».
- 1183.** Le deuxième exemple concerne directement le système du repentir en matière de corruption en droit égyptien, qui est identique au droit koweïtien. Dans une affaire médiatisée dite « la corruption du ministère de l'agriculture »¹⁰⁴⁸, le ministre de l'agriculture et son adjoint ont été condamnés, pour corruption passive, à dix ans d'emprisonnement et à une amende d'un million de livres pour le premier et un demi-million de livres pour le deuxième¹⁰⁴⁹. Le corrupteur et l'intermédiaire sont, selon l'article 107 du Code pénal égyptien, exempts de peine en raison de leurs plaidoyers de culpabilité pendant l'instruction et l'audience. Concernant cette exemption, le tribunal des crimes a déclaré qu'« il estime les motifs du législateur par lesquels il octroie l'exemption de peine au corrupteur et à l'intermédiaire déclarant leurs culpabilités pour faciliter la preuve de condamnation contre les corrompus. Cependant, au cours de ces dernières années, on constate que cette exemption devient une vraie protection contre la justice pour un bon nombre de malfaiteurs qui se livrent à corrompre les agents publics en sachant qu'ils sont exempts de peine grâce à l'article 107 du code pénal. Pour eux, le plaidoyer de culpabilité et la déclaration contre le corrompu ne se présentent pas comme une vraie repentance, mais seulement un moyen d'impunité. À ce titre, le tribunal sollicite le législateur pour remettre en cause l'article 107 en l'entourant de limites proportionnées »¹⁰⁵⁰.
- 1184.** La méconnaissance du principe d'individualisation des peines par le système du repentir peut, en matière de corruption, être discutable en droit français alors qu'il n'en va pas de même en droit koweïtien.

¹⁰⁴⁷ CEDH, 15 décembre 2009, *Maiorano et autres c. Italie*, req. n° 28634/06.

¹⁰⁴⁸ *Almasry Alyoum*, 28 octobre 2015, disponible sur : <http://www.almasryalyoum.com/news/details/834761>
Albawaba Nyouz, 9 avril 2017, disponible sur : <http://www.albawabhnews.com/2468036>

¹⁰⁴⁹ Egypte, Cass. crim., 9 avril 2017, n° 15977/2015, disponible sur : <http://www.dostor.org/1575976>

¹⁰⁵⁰ Egypte, Tribunal de crimes de Caire, 11 avril 2016, n° 804/2015. L'énoncé du verdict est filmé et disponible sur : <https://youtu.be/TDiW7u5CCJA>

- 1185.** En droit français, le législateur n'empêche pas le juge d'individualiser la peine. Il lui laisse une marge d'appréciation de sorte que le repentir de corruption reste puni à, un maximum, la moitié de la peine légale encourue. Néanmoins, il ne faut pas oublier le troisième alinéa de l'article 132-78 du Code pénal qui dispose que l'atténuation de peine est applicable « lorsque la personne a permis soit d'éviter la réalisation d'une infraction connexe de même nature que le crime ou le délit pour lequel elle était poursuivie, soit de faire cesser une telle infraction, d'éviter qu'elle ne produise un dommage ou d'en identifier les auteurs ou complices ». C'est-à-dire lorsque le but de corruption constitue un autre délit, le juge applique seulement la moitié de la peine encourue pour la corruption. Dans ce cas, le juge est probablement privé d'individualiser la peine car il est obligé de méconnaître la gravité causée par l'autre infraction.
- 1186.** En droit koweïtien, la méconnaissance du principe d'individualisation des peines semble claire. Le juge pénal ne peut jamais individualiser la peine. Le législateur koweïtien l'oblige à prononcer l'exemption de peine pour le corrupteur repentir ou l'intermédiaire repentir. Plus grave encore, il est obligé, selon l'article 40 de la loi n° 31/1970, de les exempter des peines même si le but de la corruption est de commettre un crime. Dans ce cas, on peut imaginer qu'une personne puisse être exemptée des peines si elle déclarait qu'elle corrompait un médecin afin de mettre en danger la vie d'un tiers traité par celui-ci.
- 1187.** Les critiques ci-dessus concernent le système du repentir parce qu'il constitue en effet une individualisation légale des peines. Cela peut en quelque sorte nous conduire à admettre l'affirmation de Saleilles qui a théorisé l'individualisation de la peine pour la première fois en 1899. Il écrivait qu'« en réalité, il n'y a pas d'individualisation légale. La loi ne peut en effet prévoir que des espèces, elle ne connaît pas les individus [...] ». C'est une fausse individualisation »¹⁰⁵¹.
- 1188.** L'incertitude en matière de sauvegarde des principes fondamentaux que suscite le système du repentir en matière de corruption porte également sur les principes gouvernant le procès pénal.

§ 2. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE PROCEDURE PENALE

- 1189.** Le système du repentir réside dans l'idée selon laquelle on doit encourager la personne ayant commis une infraction à avertir les autorités ou à collaborer avec elles. Cette idée ne peut théoriquement être efficace que si l'avertissement ou la collaboration sont récompensés par l'atténuation totale ou partielle des peines

¹⁰⁵¹ Raymond Saleilles, « L'individualisation de la peine », 3e édition, Alcan, 1927, texte reproduit in Reynald Offenhof (dir.), *L'individualisation de la peine : de Saleilles à aujourd'hui*, érès, 2001, p.141.

encourues. Le législateur offre ainsi à la personne repentie une promesse conditionnelle en échange de sa collaboration¹⁰⁵².

1190. Ce système peut menacer trois principes fondamentaux de procédure pénale. Il s'agit du principe de loyauté de la procédure pénale (A), de la présomption d'innocence (B) et de procès équitable (C).

A. La loyauté de la procédure pénale

1191. Le principe de loyauté suppose que la recherche de la preuve respecte la dignité de la justice¹⁰⁵³. À l'inverse, la déloyauté évoque la tromperie, les artifices, les promesses, les menaces et tous les agissements réduisant ou supprimant le libre-arbitre¹⁰⁵⁴.

1192. Le recours à la déclaration de l'auteur repentie afin d'obtenir la preuve contre son coauteur ou complice constitue, d'après certains auteurs¹⁰⁵⁵, un moyen portant atteinte à la loyauté. Lorsqu'on s'appuie sur la déclaration d'une personne repentie ayant été impliquée dans la criminalité, on accepte alors une déclaration « sale »¹⁰⁵⁶. De plus, on accepte l'utilisation d'un agissement immoral qui est la délation car le repentie dénonce ses coauteurs en vue d'obtenir la contrepartie de ce service qui est l'atténuation ou l'exemption de peine. Ainsi sa déclaration n'est pas neutre à l'égard de la personne dénoncée. Cette critique apparaît « traditionnelle »¹⁰⁵⁷. Déjà Beccaria écrivait à propos de l'impunité offerte à l'auteur d'un délit qui dénonce ses complices : « c'est en vain que je cherche à étouffer les remords qui me pressent, lorsque j'autorise les saintes lois, garants sacrés de la confiance publique, base respectable des mœurs, à protéger la perfidie, à légitimer la trahison »¹⁰⁵⁸.

1193. En matière de procédure du repentie de corruption en droits français et koweïtien, nous pensons que l'état actuel du principe de loyauté de procédure pénale ne peut pas être évoqué. En effet, le principe de loyauté

¹⁰⁵² A ce titre, la procédure du repentie consiste en l'aveu recherché. V. George Fournier, « Le sens contemporain de l'aveu en matière pénale », in Stéphane Lemaire (dir.), *L'aveu : la vérité et ses effets*, Presses universitaires de Rennes, 2014, pp. 15 et 33.

¹⁰⁵³ Pierre Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommage à Louis Hugueney*, Sirey, 1964, p. 155.

¹⁰⁵⁴ Jean Pradel, *Procédure pénale*, 19e édition, CUJAS, 2017, p. 413.

¹⁰⁵⁵ En droit italien : Titta Mazzuca, « Mafia, camorra, sequestro di persona : estensione della legge sui pentiti ? Bilancio di una esperienza e sue prospettive », *Giustizia penale*, 1984, I, p. 301 ; en droit néerlandais : Ties Prakken, « Over kroongetuigen en deals met criminelen », *Nederlands Juristenblad*, 1996, p. 1620 ; cités par Marie-Aude Beernaert, « « Repentis » ou « collaborateurs de justice » : quelle légitimité dans le système pénal ? », *Droit et société*, Volume 55, n° 3, 2003, p. 693.

¹⁰⁵⁶ Marie-Aude Beernaert, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal : analyse comparée et critique*, Bruylant, 2002, p. 431.

¹⁰⁵⁷ Marie-Aude Beernaert, « « Repentis » ou « collaborateurs de justice » : quelle légitimité dans le système pénal ? », *Droit et société*, op. cit.

¹⁰⁵⁸ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines* (1746), Traduit par Collin de Plancy, Boucher, 2002, p. 50.

est destiné aux autorités policière et judiciaire et non au législateur¹⁰⁵⁹. La loyauté prive ainsi les autorités administrant les preuves pénales de recourir à des méthodes déloyales destinées à réduire ou à supprimer le libre-arbitre de la personne pour obtenir la preuve, par exemple la contrainte, la provocation, l'artifice, le stratagème, la promesse. Mais concernant le législateur, la loyauté ne s'impose pas. Le législateur autorise ainsi la mise en œuvre de nombreuses dispositions dans lesquelles le libre-arbitre de la personne concernée est supprimé. Citons par exemple l'interception des correspondances, l'enquête sous pseudonyme, la sonorisation et la fixation d'images. La déloyauté peut, dans ces exemples, évoquer certains agissements immoraux qui sont l'espionnage et le stratagème. En somme, le principe de loyauté conduit à ce que l'on n'accepte pas l'agissement déloyal émis par les autorités de poursuite alors que l'on admet les agissements apparemment déloyaux parce qu'ils sont seulement validés par le législateur sous prétexte de la nécessité.

1194. Étant donné que les législateurs français et koweïtien autorisent le système du repentir en matière de corruption, l'état actuel du principe de loyauté admet, afin d'obtenir les preuves contre les coauteurs ou complices, le recours à des personnes impliquées dans la corruption qui collaborent avec les autorités en échange d'une atténuation ou d'une exemption de peine.
1195. Dès lors, l'incertitude relative à la loyauté du système du repentir doit porter sur la question de savoir si le principe de loyauté peut imposer au législateur français ou koweïtien une approche d'ordre éthique. Si oui, faut-il refuser le système du repentir au prétexte qu'il constitue, selon l'éthique déontologique, un acte moralement prohibé (la délation) ? Ou faut-il l'accepter car il présente, selon l'éthique téléologique, un avantage dans sa fin sans égard à son moyen ?
1196. Contrairement au principe de loyauté de procédure pénale, les législateurs français et koweïtien doivent respecter le principe de présomption d'innocence.

B. La présomption d'innocence

1197. La procédure du repentir en matière de corruption nécessite, pour sa mise en œuvre, une reconnaissance des faits par celui qui dénonce ses coauteurs. En droit français, lorsque le corrupteur ou le corrompu

¹⁰⁵⁹ En droit français, V. Serge Guinchard et Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 10e édition, LexisNexis, 2014, p. 504 ; Jean Pradel, *Procédure pénale*, op. cit., p. 413 ; Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 421 ; Emmanuel Molina, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2001, p. 459 ; Bertrand de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale : Brèves remarques sur l'application des règles de chevalerie à la procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : mélanges offerts à Jean Pradel*, CUJAS, 2006, p. 97 ; en droit koweïtien, V. Fadhel Nasrallah et Ahmed Alsammak, *{Procédure pénale}*, Université du Koweït, 2007, p. 56 ; Fadhel Nasrallah, *{Les garanties du suspect devant les autorités de recherche et d'instruction : étude comparée}*, 2000, p. 184.

identifie les coauteurs ou les complices, il reconnaît nécessairement sa culpabilité. Il en va de même en droit koweïtien lorsque le corrupteur ou l'intermédiaire dénonce le corrompu ou au moins plaide coupable avant le jugement définitif.

- 1198.** Cette reconnaissance des faits incriminés paraît traduire une renonciation au principe de présomption d'innocence par rapport à ses corollaires. Il s'agit d'une part du droit au silence et d'autre part du droit de ne pas s'auto-incriminer. En ce qui concerne le droit au silence, la renonciation réside dans le fait que la collaboration du repenté avec la justice résulte d'une contrainte. De la sorte, le coupable est menacé de ne pas bénéficier de l'indulgence accordée à celui qui dénonce ses coauteurs. On sanctionne le coupable au maximum de la peine encourue parce qu'il ne collabore pas avec les autorités. En ce qui concerne le droit de ne pas s'auto-incriminer, la renonciation est constituée lorsque la responsabilité pénale du repenté est établie par la reconnaissance des faits, c'est-à-dire la déclaration contre lui-même.
- 1199.** Nous pensons que le respect du principe de présomption d'innocence est satisfaisant, en droit français comme en droit koweïtien, par rapport au droit au silence (1) alors qu'il n'est pas certain par rapport au droit de ne pas s'auto-incriminer (2).

1. Droit au silence

- 1200.** Le refus de la personne impliquée dans la corruption d'avertir les autorités n'est pas considéré comme une contrainte contradictoire avec le droit au silence. Mais il implique tout simplement de renoncer à l'exemption ou à la réduction de peine accordée à celui qui veut librement collaborer avec les autorités. Autrement dit, le système de l'atténuation de peine est destiné à récompenser le repenté collaborateur avec la justice et n'est pas destiné à sanctionner celui qui refuse de collaborer.
- 1201.** La procédure du repenté est prévue par la loi de manière claire. Ainsi, toute personne impliquée dans la corruption est libre de bénéficier de ce système tant qu'elle en remplit les conditions d'application. Si elle ne veut pas en bénéficier, aucune sanction n'est applicable et la peine encourue ne dépasse pas le maximum fixé par la loi. Cette liberté de choix nie ainsi la contrainte en vue de renoncer à la présomption d'innocence et au droit au silence. Proche de ce raisonnement, le Conseil constitutionnel français estime, à propos de la procédure de la transaction pénale¹⁰⁶⁰, que le principe de présomption d'innocence ne fait pas obstacle à ce qu'une personne suspectée d'avoir commis une infraction reconnaisse librement sa culpabilité et consente à exécuter une peine, s'acquitter d'une amende transactionnelle ou exécuter des mesures de nature à faire cesser l'infraction ou à en réparer les conséquences.

¹⁰⁶⁰ Cons. const., 26 septembre 2014, n° 2014-416 QPC ; Cons. const., 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC ; V. également, Bertrand de Lamy, « La transaction pénale n'est (toujours) pas (totalement) pénale », *RSC*, 2017, p. 389.

1202. De plus, l'application de la peine encourue à la personne n'ayant pas collaboré avec les autorités n'est que l'application d'une peine qui a un fondement légal¹⁰⁶¹. Le juge n'applique que ce qui est prévu par la loi. Il n'est ainsi pas possible de prétendre que l'application d'une procédure pénale constitue une contrainte à renoncer au droit au silence. Cet argument conduit à considérer comme étant contraintes la détention provisoire, la garde à vue, le contrôle judiciaire, etc. À ce titre, la Cour de cassation koweïtienne estime, concernant un aveu déclaré dans l'enquête et l'instruction, que ne constitue pas un motif pertinent d'annulation de l'aveu la prétention du requérant que sa déclaration est engendrée par la peur et le désarroi en raison de la mise en garde à vue et notamment de l'absence de précédents¹⁰⁶².

2. Droit de ne pas s'incriminer

1203. Lorsque la personne renonce à son droit au silence en identifiant ses coauteurs et ses complices pour bénéficier de la réduction de peine, elle avoue en effet la commission de l'infraction. Elle présente ainsi une preuve qui est l'aveu contre soi-même de sorte que l'aveu consiste en des « déclarations par lesquelles l'intéressé reconnaît en totalité ou en partie le bien-fondé des accusations portées contre lui »¹⁰⁶³.

1204. De manière générale, l'aveu n'est plus considéré comme la reine des preuves en droits français et koweïtien et n'a aucune valeur particulière même s'il reste un élément utile. L'article 428 du Code de procédure pénale français prévoit que « l'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges ». C'est la même disposition dans l'article 156 du Code de procédure pénale koweïtienne.

1205. Néanmoins, l'aveu découlant de la déclaration du repentir tient une place privilégiée. Lorsque l'intéressé remplit les conditions de l'exemption ou de la réduction de peine consacrée pour le repentir, le juge ne peut jamais apprécier cette déclaration à l'égard de l'intéressé. Son pouvoir est limité à vérifier l'applicabilité des conditions de l'exemption ou de la réduction de peine à la déclaration faite par le repentir. À ce titre, à l'instar de modes alternatifs de poursuite pénale qui se fondent sur la reconnaissance de culpabilité et qui sont des modes de négociation entre l'auteur présumé et les autorités judiciaires¹⁰⁶⁴, nous pouvons dire que la déclaration du repentir est en quelque sorte un mode de négociation, mais, cette

¹⁰⁶¹ Contrairement à la mise en détention provisoire d'une personne au motif d'un refus de parler ou de s'expliquer qui n'a pas un fondement. V. Bernard Bouloc, « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention », *D.*, 1995, p. 315.

¹⁰⁶² Koweït, Cass. crim., 19 octobre 1987, n° 159/1987.

¹⁰⁶³ Association d'études et de recherches de l'École Nationale de la Magistrature (Bordeaux), *L'aveu en matière pénale*, 1987, p. 3.

¹⁰⁶⁴ V. Coralie Ambroise-Castérot, « Aveu », *Rép. pén.*, septembre 2014 (actualisation : janvier 2016), n° 113.

fois, entre le législateur et le repentant. Le rôle du juge n'est ainsi qu'une validation de la régularité de la procédure.

1206. Jusqu'à cette étape, le droit de ne pas s'incriminer n'est pas remis en cause car le repentant choisit librement d'avouer contre lui-même. Mais ce droit peut risquer de porter atteinte au repentant lorsque la déclaration qu'il fait ne remplit pas les conditions nécessaires pour pouvoir bénéficier de l'atténuation de peine. Dans ce cas, est-il possible, sans porter atteinte au droit de ne pas s'incriminer, que cette déclaration puisse être utilisée contre le repentant sans que celui-ci puisse bénéficier de l'atténuation de peine bien que cette atténuation soit la raison de sa déclaration ?

1207. Un exemple de la jurisprudence koweïtienne illustre ce risque sur le droit de ne pas s'incriminer. En l'espèce, une personne condamnée à la réclusion criminelle a pu s'échapper de la prison et put sortir des frontières nationales par voie maritime. Quatre mois plus tard, elle a été arrêtée par les autorités des Émirats arabes unis. Selon une commission rogatoire émise au ministère public émirati, le prisonnier a, devant cette autorité, reconnu qu'il avait pu prendre la fuite en offrant six cent mille dinars, dont cent cinquante mille déjà payés avant sa fuite, au directeur général de l'établissement pénitentiaire koweïtien avec qui il avait une relation amicale. Les deux sont renvoyés devant le tribunal des crimes qui a relaxé le chef de corruption passive et de complicité d'évasion le directeur de l'établissement pénitentiaire après qu'il avait prouvé la malveillance de la déclaration du prisonnier et l'origine licite de ses revenus, présentés comme illicites par le procureur. Le prisonnier a été condamné à cinq ans d'emprisonnement et à un million deux cent mille dinars pour évasion et corruption active d'un fonctionnaire inconnu en se fondant sur la déclaration du prisonnier dans la phase de l'instruction et du jugement. La Cour de cassation a validé cette condamnation¹⁰⁶⁵ bien que l'article 40 de la loi n° 31/1970 prévoit l'exemption de peine même si la déclaration du corrupteur ou de l'intermédiaire est faite après la recherche et poursuite tant que cette déclaration conduit à l'arrestation des autres participants. En l'espèce, cet article aurait dû être appliqué.

1208. Nous pensons que l'utilisation de la déclaration du repentant ne doit pas lui être défavorable, notamment en sachant que sa déclaration et sa collaboration avec la justice ne seront pas exploitées s'il ne bénéficie pas de la réduction ou de l'exemption de peine. Autrement dit, lorsque la déclaration du repentant échoue à l'exempter ou à réduire sa peine, sa condamnation ne doit pas se fonder sur sa déclaration. À titre de comparaison, on trouve cette solution en matière de comparution sur la reconnaissance préalable de culpabilité. Le deuxième alinéa de l'article 495-14 du Code de procédure pénale français prévoit que « lorsque la personne n'a pas accepté la ou les peines proposées ou lorsque le président du tribunal de

¹⁰⁶⁵ Koweït, Cass. crim., 19 mai 2008, n° 652/2008.

grande instance ou le juge délégué par lui n'a pas homologué la proposition du procureur de la République, le procès-verbal ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le ministère public ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure »¹⁰⁶⁶.

- 1209.** En matière de procédure du repentir de corruption, si cette crainte de ne pas respecter le droit de ne pas s'incriminer peut se justifier en droit koweïtien parce qu'il n'y a aucune solution législative et que la jurisprudence utilise la déclaration du repentir de manière défavorable à celui-ci, elle est discutable en droit français.
- 1210.** Le dernier alinéa de l'article 132-78 du Code pénal français, qui s'applique à toutes les dispositions de procédures de réduction ou d'exemption de peine, dont la corruption, prévoit qu'« aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations émanant de personnes ayant fait l'objet des dispositions du présent article ». Mais nous ne sommes pas certain que cette disposition s'applique à l'utilisation de la déclaration du repentir contre lui-même ou seulement si elle concerne l'appréciation de la valeur probatoire de la déclaration du repentir contre ses coauteurs ou complices.
- 1211.** En effet, deux réponses contradictoires sont possibles.
- 1212.** D'un côté, la généralité des termes de l'alinéa précité ne permet pas de faire de distinction entre la valeur probatoire de la déclaration du repentir contre lui-même et celle contre autrui. Ainsi, aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations émanant d'une personne repentie contre elle-même s'il ne remplit pas les conditions de la réduction de peine. Il faut des preuves supplémentaires à ces déclarations.
- 1213.** D'un autre côté, cet alinéa ne peut pas s'appliquer à la déclaration du repentir contre lui-même. Il concerne seulement la réduction de crédibilité de la déclaration du repentir contre autrui. Car ce dernier est nécessairement touché par la déclaration de son coauteur repentir. En conséquence, la crédibilité de cette déclaration doit être réduite à l'égard d'autrui parce que la collaboration du repentir avec les autorités est faite seulement pour profiter de la réduction de peine. Ainsi, la réduction de la crédibilité de la déclaration vise à protéger le principe de procès équitable d'autrui. Cette interprétation du dernier alinéa de l'article 132-78 trouve son fondement dans les rapports de deux chambres parlementaires sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui l'a créé¹⁰⁶⁷. De plus, au sein du Code

¹⁰⁶⁶ V. François Molins, « Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *Rép. pén.*, janvier 2013 (actualisation : janvier 2014), n° 48.

¹⁰⁶⁷ Sénat, Rapport n° 441, Commission des lois, présenté par François Zocchetto, 24 septembre 2003, p. 105 ; Assemblée nationale, Rapport n° 856, Commission des lois, présenté par Jean-Luc Warsmann, 14 mai 2003, p. 103. Il semble que le législateur français prévoit cette disposition conformément aux

de procédure pénale, il existe des dispositions similaires réduisant la crédibilité de la déclaration afin de protéger le principe de procès équitable d'autrui. Il s'agit de la déclaration du témoin anonyme¹⁰⁶⁸ et de la déclaration de l'agent infiltré¹⁰⁶⁹. Ainsi, le juge peut condamner le repentir en se fondant sur la seule déclaration contre lui-même sans réduire la peine au cas où le repentir échoue à remplir les conditions de la réduction de peine.

- 1214.** En conséquence, la deuxième interprétation conduit à porter atteinte au droit de ne pas s'incriminer. Quant à la première interprétation, elle n'est pas totalement satisfaisante. Car elle envisage seulement la non-condamnation en se fondant sur la seule déclaration alors qu'il est possible que le repentir corrobore cette déclaration par d'autres preuves. Dans ce cas, le juge peut-il le condamner même si les autres preuves sont aussi présentées par le repentir ?
- 1215.** Par ailleurs, le sujet de la valeur probatoire de la déclaration du repentir contre autrui est très important pour le principe du procès équitable.

C. Le procès équitable

- 1216.** Malgré sa valeur constitutionnelle¹⁰⁷⁰, la notion de procès équitable est « complexe »¹⁰⁷¹ et « malaisée à définir de façon générale »¹⁰⁷² en droit français comme en droit koweïtien.
- 1217.** L'article 34 de la Constitution koweïtienne prévoit que « tout inculpé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie dans un procès équitable, dans lequel les garanties nécessaires pour l'exercice des droits de la défense ont été assurées ». La Cour constitutionnelle définit de manière assez floue le procès équitable comme étant les règles qui visent dans leur ensemble à sauvegarder la dignité humaine et ses droits fondamentaux et à interdire le non-respect des objectifs de la punition¹⁰⁷³. Le Conseil constitutionnel français fonde le droit au procès équitable sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen qui dispose que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas

standards posés par la jurisprudence européenne. V. par exemple, C.E.D.H, 17 janvier 2017, Habran et Dalem c. Belgique, note Nelly Devouèze, Dalloz actualité 9 février 2017.

¹⁰⁶⁸ Article 706-62 du Code de procédure pénale. V. aussi, Cass. crim., 15 avril 2015, note Julie Gallois, *Dalloz actualité*, 28 mai 2015.

¹⁰⁶⁹ Article 706-87 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁷⁰ V. Fallon Damien, « Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable : à propos de la décision du Conseil constitutionnel 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 Consorts C. et a. », *RFDC*, 2011/2, n° 86, p. 265.

¹⁰⁷¹ Jean Barthélemy et Louis Boré, « Constitution et procès équitable », *Constitutions*, n° 1, 2010, p. 67.

¹⁰⁷² Jean Pradel, *Procédure pénale*, 19e édition, CUVAS, 2017, p. 70.

¹⁰⁷³ Koweït, Cour const., 31 décembre 2002, n° 4/2002 ; Koweït, Cour const., 22 juillet 2005, n° 2/2005.

assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »¹⁰⁷⁴. Mais il ne l'a pas défini. C'est pourquoi certains proposent de « comprendre le “droit à un procès équitable” comme un terme générique »¹⁰⁷⁵.

- 1218.** Sans chercher si l'on peut condamner une personne mise en cause sur le fondement de la déclaration de repentir tout en respectant le droit au procès équitable, la Cour européenne des droits de l'homme a explicitement mis en cause la fiabilité de déclarations fournies par le repentir à l'égard du droit au procès équitable. Elle estime que ces déclarations sont susceptibles d'être « le résultat de manipulations », de « poursuivre uniquement le but d'obtenir les bénéfices que la loi [...] accorde aux repentis ou encore de viser des vengeances personnelles ». Par conséquent, la « nature parfois ambiguë de ces déclarations et le risque qu'une personne puisse être mise en accusation et arrêtée sur la base d'allégations non contrôlées et pas forcément désintéressées ne doivent dès lors pas être sous-estimés »¹⁰⁷⁶. Autrement dit, de telles déclarations n'expriment pas nécessairement la manifestation de la vérité. Depuis lors, la Cour de Strasbourg en a tiré la conclusion suivante : « les déclarations des repentis doivent être corroborées par d'autres éléments »¹⁰⁷⁷.
- 1219.** Cette exigence du respect du droit au procès équitable est prise en compte par le droit français, alors que le droit koweïtien semble loin d'être satisfaisant en la matière.
- 1220.** En droit français, les articles qui consacrent la procédure du repentir en matière de corruption n'exigent pas que la déclaration du repentir soit corroborée par d'autres éléments. Cependant, cette exigence trouve son fondement dans le dernier alinéa de l'article 132-78 du Code pénal qui dispose qu'aucune condamnation ne peut être prononcée sur la seule déclaration émanant de personnes ayant fait l'objet des dispositions de l'atténuation de peine en raison de leur collaboration avec les autorités. En conséquence, le Conseil constitutionnel décide que cette exigence rend le recours à la procédure du repentir en matière de corruption compatible avec le droit au procès équitable¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁴ V. par exemple Cons. const., 20 janvier 2005, n° 2004-510 DC ; Cons. const., 22 octobre 2009, n° 2009-590 DC ; Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC.

¹⁰⁷⁵ Jacques Le Calvez et Emmanuel Breen, « Droit constitutionnel répressif », *J.-Cl. Administratif*, Fasc. 1458, mise à jour novembre 2013, n° 124 ; V. aussi dans ce sens, Patrice Spinosi, « Quel regard sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le procès équitable », *Cah. Cons. const.*, juin 2014, n° 44, p. 23 ; Serge Guinchard, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Frison-Roche, 1999, p. 139.

¹⁰⁷⁶ CEDH, 6 avril 2000, Labita c. Italie, req. n° 26772/95 ; CEDH, 3 mars 2009, Vladislav Atanasov c. Bulgarie, req. n° 20309/02 ; CEDH, 2 juin 2015, Shiman c. Roumanie, req. n° 12512/07 ; CEDH, 17 janvier 2017, Habran et Dalem c. Belgique, req. n° 43000/11 et 49380/11.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.* V. aussi, Marie-Aude Beernaert, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007/69, p. 81.

¹⁰⁷⁸ Cons. const., 4 décembre 2013, n° 2013-679 DC.

- 1221.** En effet, l'exigence de la corroboration de la déclaration du repentant pour la condamnation est considérée comme une exception à la règle de l'intime conviction qui gouverne en droit français l'appréciation de la preuve¹⁰⁷⁹.
- 1222.** Malgré cette exigence, la Commission nationale consultative des droits de l'homme considère que la précision selon laquelle aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations d'un repentant ne constitue qu'une garantie sans portée suffisante¹⁰⁸⁰. De plus, il semble que cette précision ne réponde pas à une hésitation possible : que faire en cas de témoignage d'un agent infiltré anonyme ou d'un témoin anonyme ou encore de déclarations de deux repentants, notamment en sachant que chaque déclaration de ces personnes ne peut pas, en tant que telle, constituer un seul fondement de condamnation¹⁰⁸¹ ? Autrement dit, peut-on condamner une personne par deux ou plusieurs déclarations considérées comme législativement faibles ? Jean Pradel estime que la preuve n'est pas faite dans ce cas¹⁰⁸².
- 1223.** En droit koweïtien, si le Code de procédure pénale ne donne aucune force probante à l'aveu, il apporte néanmoins au juge pénal une appréciation essentielle sur la valeur probatoire des éléments oraux dont la déclaration de repentants fait partie.
- 1224.** L'article 157 prévoit ainsi que « l'effet de l'aveu de l'accusé est seulement limité à lui-même sans être étendu aux autres accusés. L'aveu est le fait qu'un accusé plaide coupable de manière libre, consciente, explicite et déterminante sans que cela nécessite une interprétation, une divisibilité ou une élimination partielle. En dehors de ce cas, la déclaration de l'accusé est, au stade du procès ou au stade de la procédure préalable au procès, soumise à la libre appréciation des juges. Ils peuvent en tirer des indices et présomptions à charge ou à décharge soit à l'égard de l'accusé déclarant soit à l'égard des autres accusés.

¹⁰⁷⁹ Jean Pradel, *Procédure pénale*, 19^e édition, CUJAS, pp. 879 et 880.

¹⁰⁸⁰ Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis sur l'avant-projet de loi portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité, adopté le 27 mars 2003, p. 6, disponible sur : http://www.cncdh.fr/sites/default/files/03.03.27_avis_portant_adaptation_moyens_de_la_justice.pdf

¹⁰⁸¹ L'article 706-87 du Code de procédure pénale prévoit qu'« aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations faites par les officiers ou agents de police judiciaire ayant procédé à une opération d'infiltration. Les dispositions du présent article ne sont cependant pas applicables lorsque les officiers ou agents de police judiciaire déposent sous leur véritable identité ». L'article 706-62 du Code de procédure pénale dispose qu'« aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations recueillies dans les conditions prévues par les articles 706-58 et 706-61 {témoin anonyme} ».

¹⁰⁸² Jean Pradel, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 880 ; Jean Pradel, « Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité : apports de la loi du 9 mars 2004 dite Perben II, seconde partie », *JCP*, 2004, p. 134.

La déclaration de l'accusé peut être considérée comme un élément de la preuve même si elle est constituée dans un autre procès ou une procédure ».

- 1225.** Cette position législative ainsi que le principe de l'intime conviction conduisent à ce que la Cour de cassation n'impose aucune limite à l'appréciation du juge sur les déclarations, même entachées de fiabilité. Ainsi, la Cour considère constamment que la juridiction de jugement a le pouvoir discrétionnaire de considérer que la déclaration de l'accusé contre lui-même et contre d'autres accusés constitue une preuve, même si l'accusé déclarant rétracte ses déclarations¹⁰⁸³.
- 1226.** En conséquence, le droit koweïtien n'introduit pas de garde-fous qui rendraient la procédure du repentir compatible avec l'exigence de procès équitable.

¹⁰⁸³ Koweit, Cass. crim, 8 février 2005, n° 72/2004 ; Koweit, Cass. crim, 4 janvier 2005, 175/2004 ; Koweit, Cass. crim, 26 juin 2007, n° 620/2006 ; Koweit, Cass. crim, 10 novembre 2014, n° 372/2014 Koweit, Cass. crim, 6 avril 2015, n° 114/2013.

Conclusion du chapitre II

- 1227.** La procédure du repentir n'est généralement ni une tradition française ni une tradition koweïtienne en raison de son absence dans les dispositions générales des codes pénaux français et koweïtien ainsi que dans les dispositions des codes de procédure pénale. De plus, même dans les normes de droit pénal spécial qui consacrent une réduction ou une exemption de peine pour celui qui collabore avec la justice, l'absence de jurisprudence dans cette matière conduit à dire que les institutions d'enquête et de recherche ne sont pas intéressées par cette procédure¹⁰⁸⁴.
- 1228.** Cette conclusion est très claire en droit français qui réduit la peine privative de liberté pour le repentir en matière de corruption. Le droit français adopte une procédure du repentir qui n'est pas totalement cohérente avec la spécificité de l'incrimination de corruption. De la sorte, il applique la procédure du repentir destinée aux infractions continues, aux infractions de corruption qui sont des infractions instantanées.
- 1229.** En droit koweïtien, bien que le législateur tienne compte de la spécificité de l'incrimination de corruption depuis longtemps en adoptant une procédure du repentir orientée contre les corrompus, l'application jurisprudentielle est très modeste et ne permet pas concrètement d'évaluer l'efficacité de cette procédure et de préciser ses critères.
- 1230.** Au niveau des principes fondamentaux, la procédure de repentir constitue un dilemme. Car le législateur est dans une nécessité où la procédure de repentir constitue une procédure efficace, au moins théoriquement, pour faciliter la preuve de corruption. Mais, si le législateur l'adopte, cette procédure constitue une incertitude vis-à-vis de la sauvegarde des principes fondamentaux.

¹⁰⁸⁴ Ou peut-être qu'elles s'en occupent en considérant que les repentis comme des indicateurs. V. Gaëtan Di Marino, « L'indicateur », in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, III, P.U.A.M, 1990, p. 63.

CONCLUSION DU TITRE II

- 1231.** Une fois qu'un phénomène criminel a sa propre spécificité en matière de répression, les autorités de recherche et de poursuite ne doivent pas hésiter à prendre une position adaptée à cette spécificité. À ce titre, le rôle du législateur et de la jurisprudence consiste en l'harmonisation des mesures nécessaires à la répression avec les principes fondamentaux. Le caractère occulte, spécificité du phénomène de corruption, enrichit cette matière. Les jurisprudences française et koweïtienne contrôlent la technique de provocation policière pour respecter la loyauté de la preuve pénale. Le législateur français légalise suffisamment certaines méthodes de preuve intrusives pour respecter la légalité de la preuve pénale alors que le législateur koweïtien est en retard dans ce domaine. D'ailleurs, la difficulté probatoire de corruption conduit les législateurs koweïtien et français à allécher les personnes impliquées dans la corruption par l'atténuation de la peine. Néanmoins ce mécanisme dit « procédure du repentir » n'est pas, de manière certaine, harmonieux avec les principes fondamentaux en matière pénale. La gravité de la corruption ou d'un autre phénomène criminel peut-elle justifier que la plupart des principes de droit pénal et de procédure pénale soient remis en cause pour adopter la procédure du repentir ?
- 1232.** En conclusion, si la corruption nécessite des techniques particulières d'investigation pour surmonter l'obstacle de son caractère occulte, l'harmonisation de ces techniques avec les principes fondamentaux reste cependant sujet à perfectionnement.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

- 1233.** Les droits français et koweïtien consacrent deux stratégies pour appréhender le caractère occulte du phénomène de corruption et, par conséquent, pour faciliter sa répression par le biais de la facilitation du régime probatoire.
- 1234.** La première stratégie réside dans la collecte des informations susceptibles d'être utiles à la découverte des infractions de corruption avant même que celles-ci soient commises. Cette stratégie est alors un moyen pour constituer une banque de données que les autorités pourront analyser en vue de constituer des indices et des preuves. Étant donné que cette stratégie est réalisée hors du procès pénal, les droits français et koweïtien ont réussi à surmonter la plupart des obstacles qui peuvent résulter des principes directeurs de la procédure pénale. Néanmoins, pour les autres principes qui ne sont pas directement relatifs au procès pénal, c'est-à-dire dans notre étude celui de la séparation des pouvoirs, du respect de la vie privée et du respect du secret des affaires, les législateurs et les juridictions constitutionnelles en France et au Koweït n'ont pas hésité à adopter une position souple. Autrement dit, l'exigence de probité et celle de la lutte préventive contre la corruption méritent d'être fondamentales dans un État de droit. En conséquence, il faut trouver un équilibre entre cette exigence et les autres principes fondamentaux.
- 1235.** La seconde stratégie consiste en la réaction contre le caractère occulte de l'une des infractions de corruption commises. On est ainsi au cœur de la procédure pénale où les principes de la liberté individuelle, de la présomption d'innocence, de la loyauté et de la légalité de la procédure doivent être pris en compte. De manière générale, les droits français et koweïtien visent à trouver une harmonisation entre les principes fondamentaux et les moyens facilitant la preuve d'un phénomène caractérisé comme occulte. Les jurisprudences française et koweïtienne limitent la technique policière de la provocation à la preuve en respectant la loyauté. En ce qui concerne les législateurs, le Français légalise certaines techniques dissimulées pour respecter la légalité de la procédure tandis que le Koweïtien ne remplit pas toutes les exigences de légalité. De plus, les deux législateurs ont adopté la procédure du repentir, qui est un moyen peu familier avec leur tradition. Il en résulte que cette adoption manque de rigueur dans le respect des principes fondamentaux.

CONCLUSION GENERALE

- 1236.** La lutte contre la corruption en droit français et en droit koweïtien est renforcée dans son incrimination, sa prévention et sa détection. Nous pouvons également dire qu'elle surmonte les obstacles potentiels de la répression découlant des caractères occulte et évolutif du phénomène de corruption. Cependant, ce renforcement n'est pas accompli de manière respectueuse des principes fondamentaux.
- 1237.** Du point de vue de l'incrimination, l'établissement d'infractions de favoritisme, la prise illégale d'intérêts et l'enrichissement illicite constituent un contournement de l'incrimination de corruption parce que ces infractions sont plus faciles à prouver que la corruption. Mais, comme nous l'avons analysé, ce contournement néglige certains principes fondamentaux : le principe de la nécessité de l'incrimination et celui de la présomption d'innocence. En effet, à l'égard des dispositions de la transparence et des procédures pénales spécifiques en matière de corruption, nous pouvons nous interroger sur l'utilité de la préservation, dans leur état actuel, de ces infractions négligeant les principes fondamentaux.
- 1238.** Dans deux décisions récentes, le Conseil constitutionnel français donne une indication que nous pouvons transposer en matière de corruption. Il déclare l'inconstitutionnalité du délit de consultation habituelle de sites terroristes. Certains des motifs de cette abrogation résident dans le fait que « les magistrats et enquêteurs disposent de pouvoirs étendus pour procéder à des mesures d'interception de correspondances émises par voie de communication électronique, de recueil des données techniques de connexion, de sonorisation, de fixation d'images et de captation de données informatiques [...] ». Par ailleurs, le législateur a conféré à l'autorité administrative de nombreux pouvoirs afin de prévenir la commission d'actes de terrorisme »¹⁰⁸⁵. Le Conseil constitutionnel semble ici rappeler le caractère subsidiaire et nécessaire du droit pénal qui signifie que celui-ci n'intervient qu'en dernier ressort lorsque les autres mécanismes de régulation n'ont pas réussi à prévenir l'atteinte grave à un bien juridique.
- 1239.** En effet, ne pourrait-on appliquer ce raisonnement au domaine de la corruption ? Les législateurs français et koweïtien ont des mesures de transparence qui pourraient remplacer les infractions contournant la corruption. Si ce n'était pas le cas, serait-il possible de renforcer les mesures existantes de transparence ?
- 1240.** En l'état actuel du droit koweïtien, l'infraction d'enrichissement illicite qui porte atteinte à la présomption d'innocence est-elle nécessaire bien qu'il existe des infractions qui incriminent le non-respect de la sincérité et l'exhaustivité de la déclaration de situation de patrimoine ? Ces infractions visent à la fois l'incrimination de l'enrichissement non déclaré et la facilitation de recherche de l'origine illicite de l'enrichissement déclaré ou non, sans porter atteinte au principe de présomption d'innocence.

¹⁰⁸⁵ Cons. const., 10 février 2017, *JCP*, n° 13, 27 Mars 2017, note Amame Gogorza et Bertrand de Lamy, p. 343 ; Cons. const., 15 décembre 2017, *JCP*, n° 5, 29 Janvier 2018, note Amame Gogorza et Bertrand de Lamy, p. 109.

- 1241.** En l'état actuel du droit français, l'incrimination de prise illégale d'intérêts, qui porte atteinte au principe de nécessité d'incrimination, ne serait-elle pas utile alors que la loi relative à la transparence de la vie publique institue les obligations de déclaration d'intérêts et l'abstention de toute situation de conflit d'intérêts ?
- 1242.** Ces interrogations illustrent le fait que le recours aux autres mécanismes est possible pour faciliter la répression de la corruption. La transparence peut ainsi servir la lutte contre la corruption dans la question de la preuve. Il est vrai que celle-ci porte atteinte aux principes de confidentialité, du respect de la vie privée et du respect du secret des affaires. Mais ces principes sont souples, c'est-à-dire qu'ils peuvent être adaptés et modérés si un objectif légitime ou un intérêt légitime est apparu.
- 1243.** Les principes fondamentaux n'existent pas pour faire obstacle à telle ou telle incrimination, mais pour garantir que l'État n'exagère pas dans sa réaction contre la criminalité. Ainsi, les techniques dissimulées pour rechercher la preuve de corruption sont soumises à une rationalisation pour qu'elles soient cohérentes avec les principes fondamentaux.
- 1244.** L'étude de la lutte contre la corruption que nous analysons a eu pour but d'éviter la difficulté probatoire. Ce but nous permet aussi de prendre connaissance d'autres criminalités dans lesquelles la difficulté probatoire est apparue. Nous observons un constat méritant d'être étudié. Lorsque le législateur veut faciliter la répression d'un phénomène, il fait cela au risque du non-respect des principes fondamentaux. Nous citons par exemple l'infraction de consultation habituelle de sites terroristes et l'intégration de la présomption de culpabilité dans l'incrimination de blanchiment d'argent. En revanche, lorsque le législateur remet en cause les procédures pour faciliter la répression, il trouve une grande liberté d'agir. Nous citons par exemple les obligations de déclaration en matière de blanchiment, la spécialisation des acteurs administratifs, la création des moyens spéciaux de preuve (sonorisation, fixation d'images et captation de données informatiques, *testing* en matière de discrimination, etc.). À ce titre, comment assurer que le législateur ne surestime pas l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux ?
- 1245.** En conclusion, si la corruption est un fléau capable de détruire l'État de droit et ses principes fondamentaux, il ne faut pas que la lutte contre ce fléau s'y substitue dans ce rôle.

ANNEXE

**LES INSTITUTIONS ANTICORRUPTION
EN FRANCE ET AU KOWEÏT**

	En France		Au Koweït
	Haute Autorité de transparence de la vie publique (HATVP)	Agence française anticorruption (AFA)	Autorité Publique anticorruption (APA)
Identité	Autorité administrative indépendante	Service à compétence nationale placé auprès du ministre de la justice et du ministre chargé du budget	Autorité publique indépendante supervisée par le ministère de la justice
Désignation	<p>- Le président est nommé par décret du président de la République.</p> <p>— Outre son président, la Haute Autorité comprend :</p> <p>1° Deux conseillers d'État élus par l'Assemblée générale du Conseil d'État ;</p> <p>2° Deux conseillers à la Cour de cassation élus par l'ensemble des magistrats du siège hors hiérarchie de la cour ;</p> <p>3° Deux conseillers-maîtres à la Cour des comptes élus par la chambre du conseil ;</p> <p>4° Une personnalité qualifiée nommée par le Président de l'Assemblée nationale, après avis conforme de la commission permanente de l'Assemblée nationale chargée des lois constitutionnelles, rendu à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés ;</p> <p>5° Une personnalité qualifiée nommée par le Président du Sénat, après avis conforme de la commission permanente du Sénat chargée des lois constitutionnelles, rendu à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés.</p>	<p>- La <u>direction</u> :</p> <p>Magistrat hors hiérarchie de l'ordre judiciaire nommé par décret du Président de la République</p> <p>— La <u>Commission des sanctions</u> :</p> <p>1° Deux conseillers d'État désignés par le vice-président du Conseil d'État ;</p> <p>2° Deux conseillers à la Cour de cassation désignés par le premier président de la Cour de cassation ;</p> <p>3° Deux conseillers maîtres à la Cour des comptes désignés par le premier président de la Cour des comptes.</p>	<p>Les sept membres du Conseil d'administration sont nommés par décret de l'Émir sur proposition du Ministre de la Justice.</p>

	En France		Au Koweït
	Haute Autorité de transparence de la vie publique (HATVP)	Agence française anticorruption (AFA)	Autorité Publique anticorruption (APA)
Durée du mandat	<p>- Durée de six ans non renouvelable.</p> <p>— En cas d'un manquement grave ou d'une incapacité définitive empêchant la poursuite de son mandat, il peut être mis fin au mandat d'un membre dans les formes prévues pour sa nomination soit par sa démission, soit, sur proposition du président ou d'un tiers des membres du collège, après délibération, à la majorité des trois quarts des autres membres.</p>	<p>- La <u>direction</u> :</p> <p>Durée de six ans non renouvelable.</p> <p>Il ne peut être mis fin aux fonctions du directeur que sur sa demande ou en cas d'empêchement ou en cas de manquement grave.</p> <p>— La <u>Commission des sanctions</u> :</p> <p>Durée de cinq ans renouvelable.</p> <p>La procédure de révocabilité est imprécise.</p>	<p>- Durée de quatre ans renouvelable une fois.</p> <p>— En cas d'un manquement grave, le Ministre de la Justice peut mettre fin au mandat sur la base d'une suggestion de la majorité des membres du Conseil d'administration et après avoir effectué une enquête administrative.</p>
Mission	<p>1° Elle reçoit des assujettis leurs déclarations de situation patrimoniale et leurs déclarations d'intérêts, en assure la vérification, le contrôle et, le cas échéant, la publicité ;</p> <p>2° Elle se prononce sur les situations pouvant constituer un conflit d'intérêts ;</p> <p>3° Elle répond aux demandes d'avis de certaines personnes sur les questions d'ordre déontologique qu'elles rencontrent dans l'exercice de leur mandat ou de leurs fonctions ;</p> <p>4° À la demande du Premier ministre ou de sa propre initiative, elle émet des recommandations pour l'application de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, qu'elle adresse au Premier ministre et aux autorités publiques intéressées qu'elle détermine ;</p> <p>5° Elle se prononce sur la compatibilité de l'exercice d'une activité libérale ou d'une activité rémunérée au sein d'un organisme ou d'une entreprise avec des fonctions gouvernementales ou des fonctions exécutives locales ;</p> <p>6° Elle répond aux demandes d'avis de certaines personnes</p>	<p>La <u>direction</u> :</p> <p>1° Elle participe à la coordination administrative, centralise et diffuse les informations permettant d'aider à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme ;</p> <p>2° Elle élabore des recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme ;</p> <p>3° Elle contrôle, de sa propre initiative ou à la demande du président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, du Premier ministre, des ministres ou suite à un signalement par une association agréée dans les conditions prévues à l'article 2-23 du code de procédure pénale, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics</p>	<p>1° Elle établit les principes de transparence et probité dans les transactions économiques et de gestion afin d'assurer la réalisation de la bonne gouvernance des fonds et des ressources et des biens de l'État et leurs utilisations optimales ;</p> <p>2° Elle veille à l'application des dispositions en vigueur de la Convention des Nations unies de la lutte contre la corruption ;</p> <p>3° Elle travaille pour faciliter la lutte contre la corruption et la prévention de ses risques et impacts, et engager des poursuites judiciaires, ainsi que la saisie et le recouvrement des fonds et des produits qui en sont issus ;</p> <p>4° Elle travaille sur la protection des administrations d'État contre la corruption et le trafic d'influence ainsi que les abus de pouvoir et empêcher le favoritisme et le népotisme ;</p> <p>5° Elle protège les lanceurs d'alerte ;</p> <p>6° Elle renforce le principe de coopération et de la collaboration avec d'autres pays et des organisations régionales ou internationales en matière de lutte contre la corruption ;</p> <p>7° Elle encourage le rôle des institutions et des organisations de la société civile dans la lutte contre la corruption. Elle sensibilise la communauté à ces dangers et</p>

	En France		Au Koweït
	<p align="center">Haute Autorité de transparence de la vie publique (HATVP)</p>	<p align="center">Agence française anticorruption (AFA)</p>	<p align="center">Autorité Publique anticorruption (APA)</p>
	<p>sur les questions relatives à leurs relations avec les représentants d'intérêts ;</p> <p>7° Elle rend public un répertoire numérique qui assure l'information des citoyens sur les relations entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics ;</p> <p>8° Elle assure le respect des obligations des représentants d'intérêts ;</p> <p>9° Elle remet chaque année au président de la République, au Premier ministre et au Parlement un rapport public rendant compte de l'exécution de ses missions.</p>	<p>et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme ;</p> <p>4° Elle veille, à la demande du Premier ministre, au respect de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, dans le cadre de l'exécution des décisions d'autorités étrangères imposant à une société dont le siège est situé sur le territoire français une obligation de se soumettre à une procédure de mise en conformité de ses procédures internes de prévention et de détection de la corruption ;</p> <p>5° Elle avise le procureur de la République compétent des faits dont elle a eu connaissance dans l'exercice de ses missions et qui sont susceptibles de constituer un crime ou un délit ;</p> <p>6° Elle saisit la Commission des sanctions au cas où une entité ne respecte pas les obligations de mettre en place les mesures de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence et à la lutte contre la corruption destinées à prévenir et à détecter la commission de faits de corruption ou de trafic d'influence ;</p> <p>7° Elle élabore chaque année un rapport d'activité rendu public.</p> <p>La <u>Commission</u> des</p>	<p>développe la connaissance des moyens et des méthodes de prévention de la corruption ;</p> <p>8° Elle élabore une stratégie nationale globale pour la probité, la transparence et les mécanismes de lutte contre la corruption ainsi que la préparation des plans et programmes mis à exécution et le suivi avec les autorités concernées ;</p> <p>9° elle reçoit les rapports, les plaintes, et les informations qui lui sont soumis concernant d'éventuelles infractions de corruption et dans le cas où elle soupçonne une infraction, elle saisit l'autorité compétente pour déclencher l'action publique ;</p> <p>10° Elle reçoit et contrôle les déclarations de situation patrimoniale ;</p> <p>11° Elle informe les autorités compétentes afin de prendre, en coordination avec elle, les mesures juridiques nécessaires pour résilier un contrat auquel l'État est partie, ou retirer une concession ou d'autres liens, s'il est constaté que la conclusion avait eu lieu en violation de la loi, ou que la mise en œuvre avait violé les dispositions contractuelles ;</p> <p>12° Elle poursuit les actions et les mesures entreprises par les administrations compétentes pour récupérer les fonds et les produits des infractions de corruption ;</p> <p>13° Elle étudie la législation et les instruments juridiques relatifs à la lutte contre la corruption sur une base régulière pour proposer les modifications nécessaires à une meilleure cohérence avec les conventions et traités internationaux que le Koweït a ratifiés ou auquel il a adhéré ;</p> <p>14° Elle remet un rapport semestriel au Parlement et au Conseil des ministres contenant les activités de l'Autorité et les difficultés auxquelles elle se heurte.</p> <p>15° Elle élabore chaque année un rapport d'activité rendu public.</p>

	En France		Au Koweït
	Haute Autorité de transparence de la vie publique (HATVP)	Agence française anticorruption (AFA)	Autorité Publique anticorruption (APA)
		<p><u>sanctions :</u></p> <p>Elle statue sur le non-respect des obligations prévues à la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence et à la lutte contre la corruption saisi par la direction.</p>	
Attributions et prérogatives	<p>1° Elle peut demander aux personnes assujetties aux obligations de déclarations toute explication ou tout document nécessaire à l'exercice de ses missions de contrôle ;</p> <p>2° Elle peut entendre ou consulter toute personne dont le concours lui paraît utile ;</p> <p>3° Elle peut charger un ou plusieurs de ses membres ou rapporteurs de procéder ou de faire procéder par les agents de ses services à des vérifications portant sur le contenu des déclarations et sur les informations dont elle dispose ;</p> <p>4° Lorsque son président n'a pas reçu les déclarations de situation patrimoniale ou d'intérêts dans les délais prévus à la loi, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique adresse à l'intéressé une injonction tendant à ce qu'elles lui soient transmises dans un délai d'un mois à compter de la notification de l'injonction ;</p> <p>5° Elle peut transmettre au parquet l'évolution de la situation patrimoniale pour laquelle elle ne dispose pas d'explications suffisantes ;</p> <p>6° Elle peut se faire communiquer, sur pièce, par les représentants d'intérêts, toute information ou tout document nécessaire à l'exercice de sa mission, sans que le secret professionnel puisse lui être opposé.</p> <p>7° Elle peut procéder à des vérifications sur place dans les</p>	<p>La <u>direction</u> :</p> <p>1° Elle peut se faire communiquer par les représentants de l'entité contrôlée tout document professionnel, quel qu'en soit le support, ou toute information utile. Le cas échéant, elle peut en faire une copie ;</p> <p>2° Elle peut procéder sur place à toute vérification de l'exactitude des informations fournies. Elle peut s'entretenir avec toute personne dont le concours leur paraît nécessaire ;</p> <p>3° En cas de manquement constaté au respect des mesures et procédures mentionnées dans la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence et à la lutte contre la corruption :</p> <p>— elle peut adresser un avertissement aux représentants de la société ;</p> <p>— elle peut saisir la commission des sanctions afin que soit enjoint à la société et à ses représentants d'adapter les procédures de conformité internes destinées à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence ;</p> <p>— elle peut également saisir la commission des sanctions afin que soit infligée une sanction pécuniaire.</p> <p>La <u>Commission des Sanctions</u> :</p> <p>1° Elle peut enjoindre à la société et à ses représentants d'adapter les procédures de</p>	<p>1° Elle peut demander aux personnes assujetties aux obligations de déclarations toute explication ou tout document nécessaire à l'exercice de ses missions de contrôle ;</p> <p>2° Elle peut entendre ou consulter toute personne dont le concours lui paraît utile ;</p> <p>3° Elle a toutes les attributions confiées à la police judiciaire sous contrôle du Ministère public. Ainsi :</p> <p>— elle peut recueillir les informations et les preuves relatives à cette infraction ;</p> <p>— elle peut accéder aux dossiers et aux documents nécessaires dans les différentes administrations ;</p> <p>— elle peut demander au Ministère public l'autorisation nécessaire pour obtenir les documents protégés par le secret financier ou y accéder ;</p> <p>— elle peut convoquer quiconque aux fins d'audition sur l'une des infractions de corruption.</p>

	En France		Au Koweït
	Haute Autorité de transparence de la vie publique (HATVP)	Agence française anticorruption (AFA)	Autorité Publique anticorruption (APA)
	<p>locaux professionnels des représentants d'intérêts, sur autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris.</p>	<p>conformité internes à la société destinées à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence, selon les recommandations qu'elle leur adresse à cette fin, dans un délai qu'elle fixe et qui ne peut excéder trois ans.</p> <p>2° Elle peut prononcer une sanction pécuniaire dont le montant ne peut excéder 200 000 € pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales.</p>	

BIBLIOGRAPHIE

I. DICTIONNAIRES

1. EN FRANÇAIS

- **Cabrilac Rémy** (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 2002.
- **Cornu Gérard**, *Vocabulaire juridique*, 11^e édition, PUF, 2016.
- Le Petit Larousse, Larousse, 2003.
- **Littré Émile**, *Le nouveau petit Littré : le dictionnaire usuel de la langue française*, Littré, 2005.
- **Robert Paul**, *Le nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2009.

2. EN ARABE

- *AL Mu'jam Al Wassit [Dictionnaire arabe-arabe]*, 4^e édition, Maktabat Alshorouk Aldawliyah, Caire, 2004.

المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ٢٠٠٤.

II. MANUELS, OUVRAGES GENERAUX ET TRAITES

1. EN FRANÇAIS

- **Auby Jean-Bernard, Didier Jean-Pierre, Taillefait Antony et Auby Jean-Marie**, *Droit de la fonction publique*, 6^e édition, Précis Dalloz, 2009.
- **Beccaria Cesare**, *Des délits et des peines (1746)*, Traduit par Collin de Plancy, Boucher, 2002.
- **Blanche Antoine**, *Etude pratique sur le code pénal*, Tome III, Cosse, Marchal et Ce, Imprimeurs-Éditeurs, 1867.
- **Bonfils Philippe**, *Droit pénal des affaires*, Montchrestien, 2009.
- **Chauveau Adolphe et Hélie Faustin**, *Théorie du code pénal*, Tome II, 3^e édition, 1852.
- **Collet Martin et Colin Pierre**, *Procédures fiscales : Contrôle, contentieux et recouvrement de l'impôt*, 3^e édition, PUF, 2017.
- **Conte Philippe et Maistre Du Chambon Patrick**, *Droit pénal général*, 6^e édition, Armand Colin, 2002.
- **Dal Farra Thierry, Gaudemet Yves, Rolin Frédéric et Stirn Bernard**, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3^e édition, Dalloz, 2008.
- **De Valkeneer Christian**, *Manuel de l'enquête pénale*, 3^e édition, Larcier, 2006.
- **Décima Olivier, Detraz Stéphane et Verny Edouard**, *Droit pénal général*, L.G.D.J, 2014.
- **Delmas-Marty Mireille et Giudicelli-Delage Geneviève**, *Droit pénal des affaires*, 4^e édition, 2000, PUF.
- **Desportes Frédéric et Lazerges-Cousquer Laurence**, *Traité de procédure pénale*, 4^e édition, Economica, 2015.
- **Desportes Frédéric et Le Gunehec Francis**, *Droit pénal général*, 15^e édition, Economica, 2008.
- **Dreyer Emmanuel**, *Droit pénal général*, 4^e édition, LexisNexis, 2016.
- **Dreyer Emmanuel**, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2008.

- **Garçon Émile**, *Code pénal annoté*, Tome 1, Art. 1 à 294, Recueil Sirey, 1952.
- **Garraud René**, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome IV, 2^e édition, Librairie de la société du recueil général, des lois et des arrêts, 1900.
- **Gaudemet Yevs**, *Droit administratif*, 21^e édition, L.G.D.J, 2015.
- **Gaudemet Yevs**, *Traité de droit administratif*, Tome 5, 1^e édition, L.G.D.J, 2011.
- **Guinchard Serge et Buisson Jacques**, *Procédure pénale*, 10^e édition, LexisNexis, 2014.
- **Hélie Faustin et Brouchet Jean**, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, Tome II, 5^e édition, Éditions Techniques, 1948.
- **Jeandidier Wilfrid**, *Droit pénal des affaires*, 5^e édition, Dalloz, 2003.
- **Jèze Gaston**, *Les principes généraux du droit administratif : La notion du service public, Les individus au service public, Le statut des agents publics*, Tome II, Dalloz, Réimpression de la 3^e édition de 1930, 2003.
- **Lachaume Jean-François, Pauliat Hélène, Boiteau Claudie et Deffigier Clotide**, *Droit des services publics*, LexisNexis, 2012.
- **Lambert Thierry**, *Procédures fiscales*, Montchrestien, 2013.
- **Lazerges Christine**, *La politique criminelle*, PUF, 1987.
- **Levinet Michel**, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, Que sais-je ?, 2010.
- **Mathieu Bertrand et Verpeaux Michel**, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2002
- **Melleray Fabrice**, *Droit de la fonction publique*, 3^e édition, Economica, 2013.
- **Nézard Henry**, *Éléments de droit public*, 6^e édition, Librairie Arthur Rousseau, 1938.
- **Pradel Jean et Danti-Juan Michel**, *Droit pénal spécial*, 7^e édition, CUJAS, 2017.
- **Pradel Jean**, *Droit pénal comparé*, 4^e édition, Dalloz, 2016.
- **Pradel Jean**, *Droit pénal général*, 21^e édition, CUJAS, 2016.
- **Pradel Jean**, *Procédure pénale*, 18^e et 19^e édition, CUJAS, 2015 et 2017.
- **Rassat Michèle-Laure**, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, 6^e édition, Précis Dalloz, 2011.
- **Rassat Michèle-Laure**, *Procédure pénale*, 2^e édition, PUF, 1995.
- **Roubier Paul**, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e édition, Sirey, 1951.
- **Rousseau François**, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009.
- **Roux Jean-André**, *Cours de droit criminel*, Tome I, Sirey, 1927.
- **Stasiak Frédéric**, *Droit pénal des affaires*, 2^e édition, L.G.D.J, 2009.
- **Sudre Frédéric (dir.)**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 8^e édition, 2017.
- **Véron Michel**, *Droit pénal spécial*, 16^e édition, Sirey, 2017.
- **Vitu André et Merle Roger**, *Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 7^e édition, CUJAS, 1997.
- **Vitu André et Merle Roger**, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial par André Vitu*, Tome I, CUJAS, 1982.

2. EN ARABE

- **Alkandary Faisel et Gannam Gannam Mohamad**, *[Droit pénal spécial koweïtien]*, 2^e édition, 2011.

غنام محمد غنام وفيصل الكندري، قانون الجزاء الكويتي-« القسم الخاص »، الطبعة الثانية، ٢٠١١.

- **Almoqatei Mohamed**, [*Le système constitutionnel koweïtien et ses institutions politiques*], Université de Koweït, 2006.
محمد المقاطع، النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، جامعة الكويت، ٢٠٠٦.
- **Almorsafaoui Hassan Sadiq**, [*Droit pénal spécial koweïtien*], Almaktab Alsharqui, Liban, 1969.
حسن صادق المرصفاوي، قانون الجزاء الخاص الكويتي، المكتب الشرقي، لبنان، ١٩٦٩.
- **Alnouibet Mobarak**, [*Les dispositions générales de procédure pénale*], Université de Koweït, 1998.
مبارك النويبت، المبادئ العامة في قانون الاجراءات الجزائية، جامعة الكويت، ١٩٩٨.
- **Alsaleh Otman Abdelmalek**, [*Le système constitutionnel et les institutions politiques au Koweït*], 1987.
عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ١٩٨٧.
- **Altabtabaei Adel**, [*Droit de la fonction publique*], 3^e édition, Université de Koweït, 1998.
عادل الطبطبائي، قانون الخدمة المدنية، الطبعة الثالثة، جامعة الكويت، ١٩٩٨.
- **Nasserallah Fadel**, [*Droit pénal général koweïtien : l'infraction*], 2^e édition, 2006.
فاضل نصر الله، قانون الجزاء العام الكويتي « الجريمة »، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦.
- **Nasserallah Fadhel et Alsammak Ahmed**, [*Procédure pénale*], Université de Koweït, 2007.
فاضل نصر الله واحمد السماك، قانون الاجراءات الجزائية، جامعة الكويت، ٢٠٠٧.
- **Salem Abdulmohaimin Baker**, [*Droit pénal spécial koweïtien*], 2^e édition, 1983.
عبدالمهيمن بكر سالم، قانون الجزاء الخاص الكويتي، الطبعة الثانية، ١٩٨٣.
- **Sourour Ahmad Fathi**, [*Le droit pénal constitutionnel : La légalité constitutionnelle de droit pénal, La légalité constitutionnelle de droit de procédure pénale*], 2^e édition, Dar Alshourouq, Égypte, 2002.
احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، مصر، ٢٠٠٢.
- **Sourour Ahmed Fethi**, [*Droit des peines, partie spéciale : des atteintes à l'intérêt général*], 1968.
احمد فتحي سرور، قانون العقوبات « القسم الخاص »، الاعتداء على المصلحة العامة، ١٩٦٨.

III. OUVRAGES SPECIALISES

1. EN FRANÇAIS

- **Akandji-Kombe Jean-François**, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, Conseil de l'Europe, 2006.
- **Alt Eric et Luc Irène**, *La lutte contre la corruption*, PUF, que sais-je, 1997.
- **Ance Marc**, *Utilité et méthode du droit comparé : Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel Editions Ides et calendes, 1971.
- **Anoussamy David**, *Le droit indien en marche*, Société de législation comparée, 2001.
- **Avrillier Raymond et Descamps Philippe**, *Le système Carrignon*, La Découverte, Enquêtes, 1995.
- **Beernaert Marie-Aude**, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal : analyse comparée et critique*, Bruylant, 2002.
- **Bnou-Nouçair Radouane**, *La lutte mondiale contre la corruption*, L'Harmattan, 2007.
- **Bon Pierre-André**, *La causalité en droit pénal*, L.G.D.J, 2006.

- **Brault-Jamin Vincent**, *Les élus et fonctionnaires territoriaux devant la justice pénale*, Presse universitaire de Grenoble, 2001.
- **Brignant Jean-Marie**, *Contribution à l'étude de la probité*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2012.
- **Bück alentine**, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale : étude comparée France – Espagne*, L.G.D.J, 2002.
- **Cartier-Bresson Jean** (dir.), *Pratiques et contrôle de corruption*, Montchrestien, 1997.
- **Cazalbou Paul**, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence: contribution à une théorie des infractions conditionnées*, L.G.D.J, 2016.
- **Coulon Jean-Marie** (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, La documentation française, 2008.
- **Dana Adrien Charles**, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, L.G.D.J, 1982.
- **Danet Jean, Grunvald Sylvie, Herzog-Evans Martine et Le Gall Yvon**, *Prescription, amnistie et grâce en France*, Dalloz, 2008.
- **Daridan Marie-Laure et Luneau Aristide**, *Lobbying: les coulisses de l'influence en démocratie*, Pearson Education France, 2012.
- **De Valkeneer Christian**, *La tromperie dans l'administration de preuve pénale : analyse en droit belge et international complétée par des éléments de droits français et néerlandais*, Larcier, 2000.
- **De Valkeneer Christian**, *Le droit de la police*, De Boeck-Wesmael, 1991.
- **Dechenaud David**, *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J, 2008.
- **Decocq André, Montreuil Jean et Buisson Jacques**, *Le droit de la police*, 2^e édition, Litec, 1998.
- **Defferrard Fabrice**, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J, 2005.
- **Delmas-Marty Mireille (dir.)**, *Criminalité économique et atteinte à la dignité de la personne*, Editions de Maison des Sciences de l'Homme, 2001.
- **Djouhri Medhi**, *L'évolution du contrôle fiscal depuis 1945 : aspects juridiques et organisationnels*, L.G.D.J, 2012.
- **Duclercq Jean-Baptiste**, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, L.G.D.J, 2015.
- **Dumas Romain**, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, L'Harmattan, 2008.
- **Gramatica Filippo**, *Principes de défense sociale*, CUJAS, 1964.
- **Kuty Franklin**, *Justice pénale et procès équitable : exigence de délai raisonnable – présomption d'innocence – droits spécifiques du prévenu*, Volume II, Larcier, 2006.
- **Lacaze Marion**, *Réflexion sur le concept du bien juridique protégé par le droit pénal*, L.G.D.J, 2009.
- **Lascoumes Pierre**, *Elites irrégulières. Essai sur la délinquance d'affaires*, Gallimard, 1997.
- **Lascoumes Pierre**, *Corruption*, Presse de Sciences politiques, 1999.
- **Lascoumes Pierre et Poncela Pierrette**, *Réformer le Code pénal: où est passé l'architecte?*, PUF, 1998.
- **Mény Yves**, *La corruption de la République*, Fayard, 1992.
- **Molina Emmanuel**, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2001.
- **Muzila Lindy, Morales Michelle, Mathias Marianne et Berger Tammar**, *Les profiteurs : incriminer l'enrichissement illicite pour combattre la corruption*, STAR et UNODC, 2014.

- **Ofosu-Amaah Paatii, Soopramanien Raj et Uprety Kishor**, *Combattre la corruption : étude comparative des aspects légaux de la pratique des États et des principales initiatives internationales*, Banque Mondiale, Edition ESKA, 2001.
- **Parizot Raphaële**, *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*, L.G.D.J, 2010.
- **Pellerin Albert**, *Commentaire de la loi des 18 avril et 13 mai 1863 portant modification de soixante-cinq articles du Code pénal*, Auguste Durand, 1863.
- **Philippe Xavier**, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, 1990.
- **Pradel Jean et Varinard André**, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 9^e édition, Dalloz, 2016.
- **Ripert George**, *Les forces créatrices du droit*, 2^e édition, L.G.D.J, 1955.
- **Thellier de Poncheville Blandine**, *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010.
- **Nicolet Claude**, *Le métier de citoyen dans la Rome Républicaine*, Gallimard, 1976.

2. EN ARABE

- **Alamir Farouq Yasser**, *[L'aveu exemptant la peine dans les infractions de corruption]*, Publication universitaire, Alexandria, 2006.
فاروق ياسر الامير، الاعتراف المعفي من العقاب في جرائم الرشوة، منشورات جامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- **Aljourani Nasser**, *[La théorie de la repentance en droit pénal]*, Dar Alhamid, Amman, 2009.
ياسر الجوراني، نظرية التوبة في القانون الجنائي، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٩.
- **Alsharif Azizah**, *[Responsabilité de l'agent public au Koweït]*, 1^e édition, Université de Koweït, 1997.
عزيزة الشريف، مسؤولية الموظف العام في الكويت، الطبعة الاولى، جامعة الكويت، ١٩٩٧.
- **Alzafiri Fayez**, *[La protection pénale pour les biens publics]*, Université de Koweït, 2006.
فايز الظفيري، الحماية الجنائية للاموال العامة، جامعة الكويت، ٢٠٠٦.
- **Nasrallah Fadhel**, *[Les garanties du suspect devant les autorités de recherche et d'instruction : étude comparée]*, 2000.
فاضل نصر الله، ضمانات المتهم امام سلطات التحري والتحقيق "دراسة مقارنة"، ٢٠٠٠.
- **Tohmah Khaled**, *[L'histoire du droit au Koweït]*, 2008.
خالد طعمة، تاريخ القانون في الكويت، ٢٠٠٨.

IV. THESES ET MEMOIRES

1. EN FRANÇAIS

- **Bouhnik-Lavagna Sophie**, *Le pardon en droit pénal*, thèse, Universitaires d'Aix-Marseille, 2012.
- **Bourdier Aurélien**, *Le lobbying et la responsabilité pénale*, mémoire, Université de Poitiers, 2007.
- **Dion Remy**, *La protection contre l'auto-incrimination*, mémoire, Université de Poitiers, 2015.
- **Farouz-Chopin Frédérique**, *La lutte contre la corruption*, thèse, universitaires de Perpignan, 1998.

- **Ferot Patrick**, *La présomption d'innocence : essai d'interprétation historique*, thèse, Université Lille II, 2007.
- **Foegle Jean-Philippe**, *Les lanceurs d'alerte : Etude comparée France-Etats-Unis*, mémoire, Université de Paris X- Nanterre ouest la Défense, 2014.
- **Graf Olivier**, *La personne morale : un non-professionnel ?*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2015.
- **Hallot Sophie**, *L'individualisation légale de la peine*, mémoire, Université Paris-Sud, 2012-2013.
- **Karimov Inam**, *Le rôle de transparence dans la lutte contre la corruption à travers l'expérience du Conseil de l'Europe*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013.
- **Loutaya Isis Mabiala**, *La lutte contre la corruption en droits interne, européen et international*, thèse, Université de Poitiers, 2013.
- **Mathieu Chloé**, *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Université de Montpellier, 2015.
- **Monceaux Elsa**, *Quel droit au silence en procédure pénale ?*, mémoire, Université de Panthéon-Assas, 2011.
- **Pandelon Gérald**, *La question de l'aveu en matière pénale*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2012.
- **Platon Sébastien**, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, thèse, Université de Bordeaux, 2007.
- **Pouit Marine**, *Les atteintes à la présomption d'innocence en droit pénal de fond*, mémoire, Université de Paris II Panthéon – Assas, 2013.
- **Ragnolo-Rault Sandy**, *Le traitement pénal de la dangerosité*, thèse, Université de Côte d'Azur, 2016.
- **Roland Paul**, *Les contradictions du droit pénal et du droit civil : Essai de solution du problème de l'autonomie du droit pénal*, thèse, Université de Lyon II, 1958.
- **Roth Stéphanie**, *Clandestinité et prescription de l'action publique*, thèse, Université de Strasbourg, 2013.
- **Rousvoal Laurent**, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, thèse, Université de Rennes I, 2011.
- **Thellier de Poncheville Blandine**, *La condition préalable de l'infraction*, thèse, Université de Jean Moulin (Lyon III), 2006.

2. EN ARABE

- **Alkandary Ali Mohamed**, *[La corruption dans la fonction publique : étude comparée de droit islamique et droit saoudien]*, mémoire, Université islamique d'Imam Mohamed ibn Saud, 1995.

علي محمد الكندري، الرشوة في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظام السعودي، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، ١٩٩٥.

- **Souïad Layla**, *[La repentance en droit pénal]*, thèse, Université de Batna 1, 2013-2014.

ليلي سويد، التوبة في القانون الجنائي، رسالة دكتوراة، جامعة باتنة ٢، ٢٠١٣ - ٢٠١٤.

V. ARTICLES ET CHRONIQUES

1. EN FRANÇAIS

- **Acar Thomas et Gelblat Antonin**, « Transparence de la vie publique (Constitution): Validation partielle des lois organique et ordinaire du 11 octobre 2013 », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 21 octobre 2013, disponible sur : <https://revdh.files.wordpress.com/2013/10/lettre-adl-du-credof-21-octobre-2013.pdf>.
- **Agard-Péano Marie-Annick**, « Le principe de la légalité et la peine », *RPDP*, juillet 2011, n° 2, p. 289.
- **Alt Eric**, « De nouvelles protections pour les lanceurs d’alerte : À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », *JCP*, 2017, p. 90.
- **Ambroise-Castérot Coralie**, « La preuve: une question de loyauté? », *AJ pénal*, 2005, p. 261.
- **Arroyo Edward B.**, « Les lobbies dans la démocratie », *Revue Projet*, 2004/2, n° 279, p. 60.
- **Baillet Francis**, « Corruption et trafic d’influence en droit pénal des affaires : État des risques - Moyens de les prévenir », *Gaz. pal.*, 25 mars 2006.
- **Barthélemy Jean et Boré Louis**, « Constitution et procès équitable », *Constitutions*, n° 1, 2010, p. 67.
- **Beaussonie Guillaume**, « Quelques observations à partir de (et non sur) ‘l’auto-blanchiment’ », *AJ pénal*, 2016, p. 192.
- **Beernaert Marie-Aude**, « « Repentis » ou « collaborateurs de justice » : quelle légitimité dans le système pénal ? », *Droit et société*, Volume 55, n° 3, 2003, p. 693.
- **Beernaert Marie-Aude**, « De l’irrésistible ascension des « repentis » et « collaborateurs de justice » dans le système pénal », *Déviante et société*, Volume 27, n° 1, 2003, p. 77.
- **Beernaert Marie-Aude**, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *RTDH*, 2007/69, p. 81.
- **Belloir Philippe**, « La corruption de paris sportifs », *AJ pénal*, 2013, p. 314.
- **Bénéjat Murielle**, « La détection des fraudes fiscales: les nouveaux acteurs », *Droit fiscal*, 2014, n° 46, p. 617.
- **Benneti Julie**, « Les lois du 11 Octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique », *AJDA*, 2014, p. 157.
- **Bergeaud-Wetterwald Aurélie**, « Les nouvelles techniques d’investigation face au principe de légalité de la preuve », in Aurélie Bergeaud-Wetterwald et Jean-Christophe Saint-Pau (dir.), *La preuve pénale, Problèmes contemporains en droit comparé*, Actes du 2^e congrès du Comité international des pénalistes francophones, L’Harmattan, 2013, p. 9.
- **Bigot Christophe**, « La Cour de cassation conforte la prescription trimestrielle en matière de presse », *D.*, 2012, p.1588.
- **Blundo Giorgi**, « la corruption entre scandales politiques et pratiques quotidiennes », in Giorgi Blundo (dir.), *Monnayer les pouvoirs : espaces, mécanismes et représentations de la corruption*, PUF, Collection Enjeux, 2000, p. 11.
- **Bobbio Norberto**, « Sur le principe de légitimité », in *L’idée de légitimité, Annales de philosophie politique VII*, PUF, 1967, p. 47.
- **Bonfils Philippe**, « L’autonomie du juge pénal », in *Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 47.
- **Bonfils Philippe**, « La corruption en droit pénal », in *La corruption, Actes du XI^{ème} colloque d’éthique économique, 1 et 2 juillet 2004*, Librairie de l’Université d’Aix-en-Provence, 2005, p. 223.

- **Bonfils Philippe**, « Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption », *RSC*, 2008, p. 377.
- **Bosly Henri**, « La fonction de police judiciaire: de la dépendance vers l'autonomie ? », in *Liber Amicorum José Vanderveeren*, Bruylant, 1997, p. 22.
- **Bouloc Bernard**, « De quelques aspects du délit de blanchiment », *RDBF*, 2002, p.152.
- **Bouloc Bernard**, « Le problème des repentis : La tradition française relativement au statut des repentis », *RSC*, 1986.
- **Bouloc Bernard**, « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention », *D.*, 1995, p. 315.
- **Bouloc Bernard**, « Remarques sur l'évolution de la prescription de l'action publique », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélange en l'honneur de Christian Gavalda*, 2001, Dalloz, p. 57.
- **Bousta Rhita**, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité : La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, Volume 88, n° 4, 2011, p. 913.
- **Bouzat Pierre**, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommage à Louis Huguency*, Sirey, 1964, p. 155.
- **Brigant Jean-Marie**, « Affaires, conflits d'intérêts, probité,... Cachez cette prise illégale d'intérêts que je ne saurais voir », *Dr. pénal*, 2012, n° 1, étude 3.
- **Brunet François**, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, p. 113.
- **Bui-Xuan Olivia**, « La moralisation de la vie publique », *Dr. adm.*, n° 1, Janvier 2014, étude 1.
- **Burgogue-Larsen Laurence**, « L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe (Analyse croisée des systèmes constitutionnels allemand, espagnol et français) », in Frédéric Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, n° 63, 2005, p. 69.
- **Capdeville Jérôme Lasserre**, « Précisions utiles sur l'autonomie du délit de blanchiment », *AJ pénal*, 2010, p. 441.
- **Carbasse Jean-Marie**, « Le droit pénal dans la Déclaration des droits », in Stéphane Rials (dir.), *La déclaration de 1789*, PUF, 1988, p. 123.
- **Carteret Hubert**, « La simple offre constitue la corruption active de fonctionnaires », *D.*, 1948, chron., p. 45.
- **Cartier Marie Elisabeth et Mauro Cristina**, « La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers », *RSC*, 2000, p. 737.
- **Cavalerie Philippe**, « La Convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », *AFDI*, 1997, p. 609.
- **Cayla Olivier et Beaud Olivier**, Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1987, p. 696.
- **Cerf-Hollender Agnès**, « La remise en cause des doubles incriminations par le Conseil constitutionnel au travers des fraudes aux allocations sociales », *RSC*, 2013, p. 827.
- **Chetard Guillaume**, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2013, p. 51.
- **Chevallier Jacques**, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP*, 1986, I, p. 3254.
- **Chilstein David**, « Retour sur la question de l'auto-blanchiment », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 93.

- **Chopin Frédérique**, « La place actuelle de la répression de la corruption dans les politiques pénales et législatives françaises », in *Le nouveau code pénal dix ans après*, Edition A. Pédone, 2005, p. 159.
- **Chrisje Brants et Stewart Field**, « Les méthodes d'enquête proactive et le contrôle des risques », *Déviance et société*, Volume 21, n° 4, 1997, p. 401.
- **Combaldieu Raoul**, « Le problème de la tentative de complicité ou le hasard peut-il être arbitre de la répression ? », *RSC*, 1959, p. 454.
- **Conac Pierre-Henri**, « Renforcement du contrôle démocratique des autorités administratives et publiques indépendantes », *Rev. Sociétés*, 2017, p. 250.
- **Conte Philippe**, « L'art de légiférer se perd-il ? », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 307.
- **Conte Philippe**, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pénal*, 2009, étude 8.
- **Conte Philippe**, « Le délit dit de favoritisme : la dialectique de l'utile et de l'efficace », *RJOI*, 2005-2006, p. 93.
- **Conte Philippe**, « Le régime procédural de la criminalité organisée étendu à la corruption : l'exception tendrait-elle à devenir la règle ? », *Dr. pénal*, janvier 2008, étude 1.
- **Coste François-Louis**, « Statut de la parole et présomption d'innocence », *AJ pénal*, 2004, p. 402.
- **Cutajar Chantal**, « Analyse du droit positif en matière d'atteintes à la probité », *AJ pénal*, 2013, p. 70.
- **Cutajar Chantal**, « L'affaire des biens mal acquis, ou le droit pour la société civile de contribuer judiciairement à la lutte contre la corruption », *JCP*, 2009, p. 3.
- **Cutajar Chantal**, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaider pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », *D.*, 2008, p. 1081.
- **Dal Farra Thierry**, « Un aspect du risque pénal dans la passation de la commande publique : le délit de favoritisme », *Gaz. pal.*, 10 février 2000, n° 41, p. 2.
- **Danet Jean**, « La prescription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle », *Arch. Pol. Crim.*, 2006, n° 28, p. 75.
- **Danti-Juan Michel**, « Existe-t-il encore une égalité en droit pénal ? », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges en l'honneur de Jean Pradel*, CUJAS, 2006, p. 85.
- **Daoud Emmanuel et Sfoggia Solène**, « Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi « Sapin II », *AJ pénal*, 2017, p. 71.
- **Dargham Christian et Marhuenda Marion**, « Lutte contre la corruption internationale - État des lieux », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2014, n° 5.
- **Daumas Vincent**, « Secret des affaires et juge administratif », *JCP E*, n° 35, 2016, p. 1455.
- **De La Mardièrre Christophe**, « Loi sur la fraude fiscale : la France reste un État de droit », *Constitutions*, janvier-mars 2014, n° 2014-1, p. 76.
- **De Lamy Bertrand**, « De la loyauté en procédure pénale : Brèves remarques sur l'application des règles de chevalerie à la procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : mélanges offerts à Jean Pradel*, CUJAS, 2006, p. 97.
- **De Lamy Bertrand**, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Cah. dr.*, Volume 50, n° 3-4, 2009, p. 585, disponible sur le site : <http://id.erudit.org/iderudit/039334ar>.
- **De Lamy Bertrand**, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.*, 2004, p. 1910.

- **De Lamy Bertrand**, « La transaction pénale n'est (toujours) pas (totalement) pénale », *RSC*, 2017, p. 389.
- **De Lamy Bertrand**, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. const.*, n° 26 (Dossier : La Constitution et le droit pénal), 2009, p. 16.
- **De Montalivet Pierre**, « Constitutions et autorité de régulation », *RDP*, 2014, p. 316.
- **De Valkeneer Christian**, « La provocation policière à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Commentaire de l'arrêt Ramanauskas c. Lituanie de la Cour européenne des droits de l'homme et de quelques décisions récentes », *RTDH*, 2009, n° 77, p. 211.
- **De Valkeneer Christian**, « Les opérations sous couvertures et la recherche proactive dans les instruments internationaux », in Françoise Tulkens et Henrie-D. Bosly (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruylant, 1996, p. 368.
- **Dechenaud David**, « La clandestinité en procédure pénale », in *Mélange en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 213.
- **Degoffe Michel**, « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA*, 2008, p. 622.
- **Delmas-Marty Mireille et Manacorda Stefano**, « La corruption : un défi pour l'État de droit et la société démocratique », *RSC*, 1997, p. 696.
- **Delmas-Marty Mireille et Tiedmann Klaus**, « La criminalité, le droit pénal et les multinationales », *JCP*, 1979, I, p. 2935.
- **Delmas-Marty Mireille**, « La preuve pénale », *Revue française de théorie juridique*, 1996, n° 23, p. 53.
- **Delmas-Marty Mireille**, « Le paradoxe pénal », in Mireille Delmas-Marty et Claude Lucas de Leyssac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Edition du Seuil, 1996, p. 368.
- **Dertaz Stéphane**, « Le profit présumé délictueux en droit pénal de fond », *Gaz. pal.*, 2014, n° 133.
- **Deschênes Jérôme**, « Les représentants d'intérêts dans la loi « Sapin 2 » », *AJCT*, 2017, p. 133.
- **Desjardins Albert**, « Examen doctrinal ; jurisprudence criminelle (1886-1887) », *Rev. Crit. De Législ. Et de jurisp.*, 1888, p. 1.
- **Detraz Stéphane**, « Inconstitutionnalité des incriminations doublons faisant l'objet d'une répression disparate », *Gaz. pal.*, septembre 2013, p. 12.
- **Detraz Stéphane**, « La prétendue présomption d'innocence », *Dr. pénal*, n° 3, 2004, chron. 3.
- **Di Marino Gaëtan**, « L'indicateur », in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, III, PUAM, 1990, p. 63.
- **Dord Olivier**, « Pantouflage : des règles simplifiées pour un contrôle renforcé », *AJDA*, 2007, p. 516.
- **Drago Guillaume**, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », *CRDF*, n° 9, 2011, p. 31.
- **Drago Guillaume, Benetti Julie, Boudon Julien, Cluzel-Metayer Lucie, Disant Mathieu, Mastor Wanda et Mayaud Yves**, « Observatoire de jurisprudence constitutionnelle », *Cah. Cons. const.*, mars 2011, n° 31, chronique n° 3.
- **Dreyer Emmanuel**, « La subsidiarité du droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexiNexis, 2012, p. 247.
- **Du Chambon Patrick Maistre**, « La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence », *JCP*, 1989, p. 3422.
- **Dufau Christine et Robert Hervé**, « Pour une modélisation de l'enquête judiciaire en matière de corruption », *AJ pénal*, 2013, p. 74.

- **Dulong Renaud**, « Le silence comme aveu et le « droit au silence » », *Langage et société*, n° 92, juin 2000, p. 25.
- **Dupeyron Christian**, « L'infraction collective », *RSC*, 1973, p. 357.
- **Dyens Samuel**, « Le lanceur d'alerte dans la loi « Déontologie », un traitement toujours insuffisant », *AJCT*, 2016, p. 301.
- **Dyens Samuel**, « Le lanceur d'alerte dans la loi « Sapin 2 » : un renforcement en trompe-l'œil », *AJCT*, 2017, p. 127.
- **Epron Quentin**, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA*, 2011, p. 1007.
- **Perrot Etienne**, « Mais où est le mal ? », *revue Projet*, n° 232 (attention corruption !), 1993, p. 72.
- **Fallon Damien**, « Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable : à propos de la décision du Conseil constitutionnel 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 Consorts C. et a. », *RFDC*, 2011/2, n° 86, p. 265.
- **Fiechter-Boulevard Frédérique**, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de « dangerosité », *Arch. Pol. Crim.*, Volume 31, n° 1, 2009, p. 263.
- **Fleury Benoît**, « Nul ne peut servir deux maîtres à la fois. La prise illégale d'intérêts redéfinie : vrai problème, fausse solution », *JCP Adm.*, 2010, p. 539.
- **Fourment François**, « Preuve illicite administrée par un particulier dans le procès pénal », *D.*, 2012, p. 914.
- **Fortas Anne-Catherine**, « La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption », *RSC*, 2014, p. 25.
- **Fortis Élisabeth et Segonds Marc**, « La dépénalisation du droit du travail : un objectif caduc ? », *RDT*, 2012, p. 402.
- **Fournier George**, « Le sens contemporain de l'aveu en matière pénale », in Stéphane Lemaire (dir.), *L'aveu : la vérité et ses effets*, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 15.
- **Freij-Dalloz Isabelle**, « Répression de la tentative de complicité », *RSC*, 1993, p. 73.
- **Freyria Charle**, « Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires ? » : *JCP E*, 1996, I, p. 563.
- **Frison-Roche Marie-Anne**, « Abus de biens sociaux : quelles règles de prescription ? », *Le Monde*, 6 janvier 1996.
- **Frison-Roche Marie-Anne**, « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, présenté par Patrice Gélard, 15 juin 2006, tome II.
- **Gallois Julie**, « Prescription de l'action publique : quand la Cour de cassation se prend pour le Conseil constitutionnel », *AJ pénal*, 2011, p. 516.
- **Gautron Allan**, « La « réponse graduée » (à nouveau) épinglée par le Conseil constitutionnel », *RLDI*, 1 juillet 2009, n° 51.
- **Ghica-Lemarchand Claudia**, « L'interprétation de la loi pénale par le juge », in *Colloques du Sénat, L'office du juge*, Colloque organisé par le Professeur Gilles Darcy, le Doyen Véronique Labrot et Mathieu Doat, Vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, p. 168.
- **Gicquel Jean-Éric**, « Le Conseil constitutionnel et la transparence de la vie publique », *JCP*, n° 44-45, 28 Octobre 2013, p. 1143.
- **Gilles Armand**, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *RFDC*, Volume 65, n° 1, 2006, p. 37.
- **Giudicelli André**, « Le principe de la légalité en droit pénal français », *RSC*, 2007, p. 509.

- **Goutal Jean-Louis**, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *RSC*, 1980, p. 911.
- **Gouyet Rémi**, « À propos de la non-déduction des commissions à l'exportation », *Petites affiches*, 25 mars 1998, n° 36.
- **Grégory Mollion**, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, Volume 62, n° 2, 2005, p. 257.
- **Guérin Didier**, « le traitement des questions prioritaire de constitutionnalité par la chambre criminelle », in Christine Courtin (dir.), *La QPC et la matière pénale: Deux ans d'application*, Bruylant, 2013, p. 15.
- **Guinchard Serge**, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Frison-Roche, 1999, p. 139.
- **Hennion-Jacquet Patricia**, « L'encadrement relatif de la liberté de la preuve par la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2005, p. 2575.
- **Hosni Naguib**, « La législation pénale dans le monde arabe », *RSC*, 1967, p. 795.
- **Hosni Naguib**, « Le droit pénal islamique », *RIDP*, 1985, p. 401.
- **Jacopin Sylvain**, « La réception par les lois pénales françaises contemporaines de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. pénal*, n° 6, Juin 2006, étude 9.
- **Jean-Pierre Didier**, « La lutte contre la corruption des fonctionnaires et agents publics », *D.*, 2000, p. 307.
- **Jeandidier Wilfrid**, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent », *JCP*, 2002, I, p. 166.
- **Kerléo Jean-François**, « Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte : classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable », in Mathieu Disant, Delphine Pollet-Panoussis (dir.), *Les lanceurs d'alerte: Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, L.G.D.J, 2017, p. 20.
- **Koering-Joulin Renée et Seuvic Jean-François**, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA*, 1998, p. 106.
- **Kovar Jean-Philippe et Capdeville Jérôme Lasserre**, « L'indépendance des autorités de régulation financière », *RDBF*, Mai 2012, n° 3.
- **Lallemant-Bif Lydie**, « Réflexion sur le délit de favoritisme dans les marchés publics : dépénalisation ou contraventionnalisation ? », *Gaz. pal.*, 2000, n° 323, p. 3.
- **Le Calvez Jacques**, « L'inculpation et la présomption d'innocence », *Gaz. pal.*, 1987, 2, p. 681.
- **Le Gunehec Christian**, « Intervention au colloque du 13 juin 1996 sur l'abus de biens sociaux », *Gaz. pal.*, 1996, 2, p. 918.
- **Lecuyer Guillaume**, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *Dr. pénal*, n° 11, Novembre 2005, étude 14, p. 8.
- **Legros Robert**, « Essai sur l'autonomie du droit pénal », *RPDP.*, 1956, p. 1.
- **Lelieur Juliette**, « La loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption : quelles avancées du droit français par rapport aux exigences du droit international ? », *Dr. pénal*, n° 11, 2008, étude 25.
- **Lelieur Juliette**, « La prescription des infractions de corruption », *D.*, 2008, p. 1076.
- **Lelieur Juliette**, « Nouvelle avancée jurisprudentielle en matière de prescription des infractions occultes », *AJ pénal*, 2008, p. 319.
- **Lenoir Noëlle**, « Les lanceurs d'alerte : une innovation française venue d'outre-Atlantique », *JCP E*, n° 42, 2015, p. 1492.
- **Létocart Aurélien**, « La revitalisation du traitement judiciaire du blanchiment : À propos de l'article 324-1-1 du Code pénal », *JCP*, 2015, p. 899.

- **Logros Robert**, « Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal », *RDPC*, 1966-1967, p. 3.
- **Lombard Martine**, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *CJEG/RJEP*, avril 2005, p. 127.
- **Maguire Mike**, « Les méthodes proactives dans le maintien de l'ordre : Réflexions dans une perspective britannique », *Déviante et Société*, 1997, Volume 21, n° 4, p. 420.
- **Maïa Jean**, « Les outils du contrôle fiscal et leur combinaison : précision sur les domaines respectifs du droit de communication et de la vérification de comptabilité », *RJF*, 2000, n° 12, p. 895.
- **Maïa Jean**, « Les outils du contrôle fiscal et leur combinaison : précision sur les domaines respectifs du droit de communication et de la vérification de comptabilité », *RJF*, 2000, n° 12, p. 895.
- **Malabat Valérie**, « L'évolution des pouvoirs de police », in Olivier Cahn et Karine Parrot (dir.), *Acte de la journée d'études radicales : Le principe de nécessité en droit pénal*, Université de Cergy-Pontoise, LEJEP et Lestense, 2012, p. 131.
- **Malabat Valérie**, « Responsabilité et irresponsabilité pénales », *Cah. Cons. const.* 2009, n° 26, p. 28.
- **Maria Kruk**, « Progrès et limites de l'État de droit », *Pouvoirs*, 3/2006, n° 118, p. 73.
- **Martin-Chenut Kathia et De Melo E Silva Fabia**, « La constitutionnalisation/conventionnalisation du droit de la preuve », in Genviève Giudicelli-Delage (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspective comparée*, Société de législation comparée, 2006, p. 31.
- **Massias Florence**, « Jurisprudence 2001 relative à la présomption d'innocence », *RSC*, 2002, p. 408.
- **Mathieu Bertrand**, « La prescription de l'action publique ne constitue pas un principe constitutionnel », *JCP*, 2011, p. 670.
- **Matsopoulou Haritini**, « Affaire de l'attentat de Karachi : recevabilité des constitutions de partie civile pour corruption et abus de biens sociaux », *RSC*, 2012, p. 553.
- **Matsopoulou Haritini**, « La répression du blanchiment d'argent », *RDBF*, 2002, p. 362.
- **Matsopoulou Haritini**, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée : à propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *JCP*, 2016, p. 707.
- **Matsopoulou Haritini**, « Questions prioritaires de constitutionnalité et abus de biens sociaux », *RSC*, 2011, p. 611.
- **Mayaud Yves**, « La responsabilité pénale des élus locaux à l'heure des remises en cause », *RLCT*, 1 janvier 2012, n° 75, p. 28.
- **Mayaud Yves**, « Ratio legis et incrimination », *RSC*, 1983, p. 597.
- **Mayaud Yves**, « Entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil constitutionnel », *D.*, 1999, p. 589.
- **Maziaud Nicolas**, « Les « bonnes raisons » de la Cour de cassation (à propos des arrêts d'assemblée plénière rendus, le 20 mai 2011, en matière de question prioritaire de constitutionnalité) », *D.*, 2011, p. 1775.
- **Mésa Rodolphe**, « Concours et cumul de qualifications contre règle *non bis in idem* », *Gaz. pal.*, 2016, n° 7, p. 18.
- **Mescheriakoff Alain Serge**, « Le délit dit de favoritisme », *Petits Affiches*, 15 février 1995, n° 20, p. 6.
- **Mével Flore et Jeanjean-Lemoine Joëlle**, « La transparence : vertu démocratique ou vie privée en péril ? », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 9, Juin 2014, p. 104.
- **Michon Jerome**, « Bilan de la jurisprudence de la Cour de cassation sur le délit de favoritisme depuis sa création », *Gaz. pal.*, 2005, n° 109.

- **Mihman Alexis**, « Exemption et réduction de peine pour les repentis : apports de la loi du 9 mars 2004 dite loi « Perben II » », *Procédures*, n° 4, Avril 2005, étude 5.
- **Mirabel Christian**, « L'enquête de police en matière de corruption », *AJ pénal*, 2006, p. 197.
- **Mohammed Ayat**, « Le silence prend la parole: la percée du droit de se taire en droit pénal comparé et en droit international pénal », *Arch. Pol. Crim.*, Volume 24, n° 1, 2002, p. 251.
- **Molins François**, « De la nécessité de lutter plus activement contre les nouvelles formes de criminalité », *AJ pénal*, 2004, p. 177.
- **Moulière François**, « Secret des affaires et vie privée », *D.*, 2012, p. 571.
- **Oppetit Bruno**, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », *JDI*, 1987. p. 5.
- **Paclot Yann**, « Les diverses facettes du secret des affaires », *Dr. et patr.*, 2002, p. 70.
- **Palazzo Francesco**, « Le problème des repentis : la législation italienne sur les « repentis » : discipline, problème, et perspectives », *RSC*, 1986, p. 757.
- **Pancrazi Gérard**, « Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public : l'article 432-14 du Code pénal », *Gaz. pal.*, 1995, 1, p. 279.
- **Parizot Raphaële**, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.*, 2009, p. 2701.
- **Parizot Raphaële**, « L'anticipation de la répression », in *Le principe de nécessité en droit pénal*, *Lextenso*, p. 129.
- **Parizot Raphaële**, « Les renversements de la responsabilité pénale », *RSC*, 2017, p. 363.
- **Parizot Raphaële**, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s), Mélange en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245.
- **Philippe Jean-Paul**, « La lutte contre la corruption : le point de vue du policier à partir du retour d'expériences de plusieurs enquêtes », *D.*, 2008, p. 1093.
- **Philippe Jean-Paul**, « La lutte contre la corruption, le point de vue du policier à partir du retour d'expériences de plusieurs enquêtes », *D.*, 2008, p. 1093.
- **Piwnica Emmanuel**, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, p. 915.
- **Pizzorusso Alessandro**, « Le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'usage du législateur de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire », *AJJC*, Volume II, *Economica*, 1986, p. 35.
- **Pochard Marcel**, « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *AJDA*, 2001, p. 106.
- **Porteron Cédric**, « Le respect du principe de la légalité : un rappel évident... mais nécessaire », *AJ pénal*, septembre 2011, p. 588.
- **Potaszkin Tatiana**, « Retour sur le principe d'égalité devant la justice pénale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *D.*, 2012, p. 2910.
- **Pradel Jean**, « Conflits d'intérêts et matière pénale », in *Les conflits d'intérêts : fonction et matière, Colloque du 18 octobre 2012*, Société de législation comparée, 2013, p. 304.
- **Pradel Jean**, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.*, 1998, p. 57.
- **Pradel Jean**, « Vers un « *aggiornamento* » des réponses de la procédure pénale à la criminalité : apports de la loi du 9 mars 2004 dite Perben II », seconde partie, *JCP*, 2004, p. 134.

- **Quéméner Myriam**, « Les spécificités juridiques de la preuve numérique », *AJ pénal*, 2014, p. 63.
- **Quinones Enery**, « L'évolution du droit international en matière de corruption : la convention de l'OCDE », *AFDI*, 2003, p. 563.
- **Ragimbeau Laure**, « La liberté d'expression des agents publics : l'exemple du lanceur d'alerte », *RFDA*, 2015, p. 975.
- **Renard Bertrand**, « La mise en œuvre et le suivi de l'enquête de recherche proactive, étude qualitative des factures influençant le processus de décision », *RPDP.*, 2003, p. 145.
- **Renucci Jean-François**, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.*, 1997, p. 23.
- **Rigaux François**, « Quelques réflexions sur les rapports entre le droit pénal et les autres branches du droit », in *Mélanges offerts à Robert Legros*, édition de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 523.
- **Rival Madina**, « Vers un lobbying éthique ? ou comment pratiquer l'influence sans corruption », *Revue Entreprise Ethique*, n° 24, 2006, p. 20.
- **Robert Hervé**, « Apports procéduraux de la loi du 6 décembre 2013 : confirmations plutôt qu'innovations », *Revue Fiscale Notariale*, n° 10, Octobre 2014.
- **Robert Jacques-Henri**, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. const.*, 2009, n° 26.
- **Roets Damien**, « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ pénal*, 2008, p. 119.
- **Romanet Laure**, « Le dispositif d'alerte éthique de l'article 40, alinéa 2 du Code de procédure pénale : un « instrument juridique pivot » de lutte contre la corruption publique ? », *Revue du Grasco*, n° 7, Novembre 2013, p. 30.
- **Rousseau François**, « Le principe de nécessité : Aux frontières du droit de punir », *RSC*, 2015, p. 257.
- **Roussel Gildas**, « L'introduction du « repentir » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *AJ pénal*, 2005, p. 363.
- **Sacerdoti Giorgio**, « La Convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », *RD aff. int.*, 1999, n° 1, p. 3.
- **Saint-Pau Jean-Christophe**, « L'interprétation des lois : Beccaria et la jurisprudence moderne », *RSC*, 2015, p. 273.
- **Sailleilles Raymond**, « L'individualisation de la peine », 3^e édition, Alcan, 1927, texte reproduit in Reynald Offenhof (dir.), *L'individualisation de la peine : de Saleilles à aujourd'hui*, érès, 2001, p. 141.
- **Salomon Renaud**, « La rigueur du droit pénal de la probité publique », *Dr. pénal*, n° 1, 2012, étude 2.
- **Salomon Renaud**, « Le pouvoir de sanction des autorités administrative indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales », *Dr. sociétés*, n° 8-9, Août 2000, chron. 17.
- **Sauvé Jean-Marc**, « Lanceurs d'alerte : la sécurisation des canaux et des procédures », Colloque organisé par la Fondation Sciences Citoyennes et Transparency International France à l'Assemblée nationale, 4 février 2015, disponible sur : http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Lanceurs-d-alerte-la-securisation-des-canaux-et-des-procedures#_ftnref13
- **Savey-Casard Paul**, « Le repentir actif en droit pénal français », *RSC*, 1972, p. 514.
- **Savoie José**, « De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics », *D.*, 1999, p. 169.

- **Séché Marcel-Léon**, « A propos de l'art. 179 nouveau », *Gaz. pal.*, 1947, I, p. 39.
- **Segonds Marc**, « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », *AJ pénal*, 2006, p. 193.
- **Segonds Marc**, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », *D.* 2008, p. 1068.
- **Segonds Marc**, « Commentaire 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 », *Dr. pénal*, n° 2, 2014, étude 3.
- **Segonds Marc**, « Corruption passive de journalistes du service public », *D.*, 2004, p. 315.
- **Segonds Marc**, « Etude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption », in Gilles Duteil et Marc Segonds (dir.), *La corruption : Aspects actuels et de droit comparé*, AIDP, Erès, 2014, p. 129.
- **Segonds Marc**, « Les métamorphoses de l'infraction de blanchiment... ou les enjeux probatoires de la lutte contre le blanchiment », *AJ pénal*, 2016, p. 168.
- **Segonds Marc**, « Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », *RSC*, 2011, p. 879.
- **Segonds Marc**, « Loi visant à renforcer l'éthique du sport et les droits des sportifs », *RSC*, 2012, p. 901.
- **Seuvin Jean-François**, « De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption des peines, art. 132-71 à 132-78 », *RSC*, 2004, p. 384.
- **Sizaire Vincent**, « Mort et résurrection du principe de nécessité pénale : A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 février 2017 », *Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 27 mars 2017, consulté le 14 avril 2017. URL : <http://revdh.revues.org/3038> ; DOI : 10.4000/revdh.3038
- **Slama Serge**, « Le lanceur d'alerte : une nouvelle figure du droit public ? », *AJDA*, 2014, p. 2229.
- **Sordino Marie-Christine**, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 711.
- **Sordino Marie-Christine**, « Lanceur d'alerte et droit pénal : entre méfiance et protection ? », *Rev. sociétés*, 2017, p. 198.
- **Spinosi Patrice**, « Quel regard sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le procès équitable », *Cah. Cons. const.*, juin 2014, n° 44, p. 23.
- **Stasiak Frédéric**, « À propos de la loi relative à la lutte contre la corruption ; Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 », *JCD G*, n° 48, 28 Novembre 2007, p. 568.
- **Stefani Gaston**, « préface », in Gaston Stefani (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel*, Dalloz, 1956.
- **Stéfanini Marthe Fatin-Rouge**, « Table ronde : constitution et secret de la vie privée », *AIJC*, XVI, 2000, p. 279.
- **Sudre Frédéric**, « Les « obligations positives » dans les jurisprudences européennes des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 363.
- **Supiot Elsa**, « Empreintes génétiques et droit pénal », *RSC*, 2015, p. 827.
- **Szary Anne-Laure Amilhat**, « La prise de position des acteurs privés dans la gouvernance territoriale : enjeux, opportunités, risques », in Anne-Laure Amilhat Szary (dir.), *Les acteurs privés dans la gouvernance: firme et territoire en Amérique latine*, Institut de recherche et débat sur la gouvernance, 2010, p. 6.
- **Terneyre Philippe**, « L'apport au droit des marchés publics de la loi anti-corruption », *RFDA*, 1993, p. 952.
- **Tillement Geneviève**, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. pénal*, 2003, chron. n° 34.

- **Tricot Juliette**, « La corruption internationale », *RSC*, 2005, p. 753.
- **Truche Pierre et Delmas-Marty Mireille**, « L'Etat de droit à l'épreuve de la corruption », in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 715.
- **Tuot Thierry**, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », *AJDA*, 2001, p. 135.
- **Valery Antoine**, « Qu'est-ce qu'un délai raisonnable au regard de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'homme ? », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruylant, 2001, p. 91.
- **Van den Wyngaert Christine**, « Les transformations du droit international pénal en réponse au défi de la criminalité organisée », *RIDC*, 1999, Volume 70, p. 35.
- **Varinard André**, « La prescription de l'action publique : une institution à réformer », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, mélange offert à Jean Pradel*, 2006, CUJAS, p. 605.
- **Véron Michel**, « Corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêt, favoritisme », *RJ Com.*, 2001/11, p. 35.
- **Véron Michel**, « La loi du 9 mars 2004, dite loi « Perben II » : remarques sur les dispositions relatives au droit pénal général et au droit pénal spécial », *Dr. pénal*, n° 5, Mai 2004, étude 5.
- **Véron Michel**, « Les manquements au devoir de probité entre la morale et l'argent », *Gaz. pal.*, avril 2007, p. 3.
- **Vienne R.**, « La tentative de corruption des fonctionnaires est-elle punissable ? », *JCP*, 1946, I, 580.
- **Vincent Mazeaud**, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Cah. Cons. const.*, n° 48 (dossier : vie privée), juin 2015, p. 7.
- **Vitu André**, « Les préoccupations actuelles de la politique criminelle française dans la répression de la corruption », in Louis Hugueney (dir.), *les principaux aspects de la politique criminelle moderne*, CUJAS, 1960, p. 134.
- **Vouin Robert**, « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *D.*, 1947, p. 81.
- **Wagner Marion**, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance », *RSC*, 2011, p. 37.

2. EN ARABE

- **Alfouarah Mohammad**, « [La présomption de culpabilité en droit pénal comparé] », *Journal of Sharia and Law*, United Arab Emirates University, Volume 26, n° 49, 2012, p. 339.
محمد الفواعرة، قرينة الادانة في التشريعات الجزائية « دراسة مقارنة »، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات، المجلد ٢٦، العدد ٤٩، ٢٠١٢، ص ٣٣٩.
- **Alkandary Faisal**, « [Les aspects de protection pénale des biens publics : étude analytique et critique sur la loi 1993 relative à la protection des biens publics] », *Revue de droit*, Université de Koweït, Volume 18, n° 2, 1994, p. 271.
فيصل الكندري، مظاهر الحماية الجنائية للاموال العامة، دراسة تحليلية نقدية على القانون ١٩٩٣-١ بشأن حماية الاموال العامة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد ١٨، العدد ٢، ١٩٩٤، ص ٢٧١.
- **Alkandary Faisal**, « [L'approche du législateur koweïtien à la lutte contre la corruption] (1-2) », *Alanba*, 17 novembre 2013.
فيصل الكندري، منهج المشرع الكويتي في مكافحة الفساد، جريدة الانباء، ١٧ نوفمبر ٢٠١٣.
- **Alsammak Ahmad**, « [La prise illégale d'intérêts dans le droit koweïtien : étude comparative] », *Revue de droit*, Université de Koweït, Volume 22, n° 2, 1998, p. 959.

احمد السماك، جريمة التزوير في القانون الكويتي « دراسة مقارنة »، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد ٢٢، العدد ٢، ١٩٩٨، ص ٩٥٩.

- **Boudhan Mohamed**, « [Pour lutter efficacement contre la corruption : n'est-ce pas suffisant de supprimer l'incrimination de corrupteur ou corrompu ?] », *Hespress*, (en ligne) 5 juillet 2012, disponible en arabe sur : <http://www.hespress.com/writers/57743.html>
محمد بودهان، لمحاربة آفة الرشوة بفعالية الا يكفي الغاء تجريم الراشي او المرتشي، هيسبرس، ٥ يوليو ٢٠١٢.
- **Houmed Abdulwahab**, « [La corruption en droit koweïtien] », *Revue de droit*, Université de Koweït, Volume I, 1977, p. 11.
عبدالوهاب حومد، الرشوة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد ١، ١٩٧٧، ص ١١.
- **Obaid Hassanine**, « [L'idée de bien juridique en droit pénal] », *Revue National de droit pénal*, Volume 17, 1973, p. 237.
حسنين عبيد، المصلحة المحمية في القانون الجنائي، المجلة القومية للقانون الجنائي، المجلد ١٧، ١٩٧٣، ص ٢٣٧.
- **Saleh Shagti et Bahadin Abdulkarim**, « [La compétence dans l'infraction de corruption] », *Revue Alrafidaine*, Volume 10, 2008, p. 189.
عبدالكريم بهاء الدين وصالح شكطي، الاختصاص في جريمة الرشوة، مجلة الرافدين، المجلد ١٠، ٢٠٠٨، ص ١٨٩.

3. EN AUTRES LANGUES

- **Mazzuca Titta**, « Mafia, camorra, sequestro di persona : estensione della legge sui pentiti ? Bilancio di una esperienza e sue prospettive », *Giustizia penale*, 1984, I, p. 301.
- **Near (J.) Miceli (M.)**, « Effective Whistle-Blowing », *Academy of Management Review*, Volume 20, n° 3, 1995, p. 680.
- **Prakken Ties**, « Over kroongetuigen en deals met criminelen », *Nederlands Juristenblad*, 1996, p. 1620.

VI. ENCYCLOPEDIES

1. EN FRANÇAIS

- **Ambroise-Castérot Coralie**, « Aveu », *Rép. pén.*, septembre 2014 (actualisation : janvier 2016).
- **Autin Jean-Louis**, « Autorités administratives indépendantes », *J.-Cl. administratif*, Fasc. 75, mise à jour 4 avril 2017.
- **Buisson Jacques**, « Preuve », *Rép. pén.*, octobre 2013 (actualisation : avril 2017).
- **Cappello Aurélie**, « Autorités administratives indépendantes », *Rép. pén.*, octobre 2016.
- **Courtin Christine**, « Prescription de l'action publique », *Rép. pén.*, octobre 2015.
- **Dauray-Fauveau Morgane**, « Infraction générale de blanchiment : Conditions et constitution Art. 324-1 à 324-9 », *J.-Cl pénal*, mis à jour 2017.
- **Dedessus-Le-Moustier Gilles**, « Corruption », *Rép. trav.*, décembre 2002.
- **Dreyer Emanuel**, « Atteintes à l'administration publique et à l'action de la justice des Communautés européennes, des États membres de l'Union européenne, des autres États étrangers et des autres organisations internationales publiques », *J.-Cl. pénal*, art. 435-1 à 435-15, fasc. 20, 2008.
- **Dreyer Emmanuel**, « Corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique », *J.-Cl. pénal*, Art 432-11, fasc. 10, aout 2010.
- **Dumas Romain**, « Les droits fondamentaux : source nouvelle de la matière commerciale », *J.-Cl. commercial*, Fasc. 30, mise à jour : 15 Mars 2007.

- **Jeandidier Wilfrid**, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, avril 2014.
- **Jeandidier Wilfrid**, « Principe de légalité criminelle : Interprétation de la loi pénale », *J.-Cl. pénal*, Art. 111-2 à 111-5, Fasc.20.
- **Le Calvez Jacques et Breen Emmanuel**, « Droit constitutionnel répressif », *J.-Cl. administratif*, Fasc. 1458, mise à jour novembre 2013.
- **Meindl Thomas**, « Procédure applicable à la criminalité et la délinquance organisées », *J.-Cl. procédure pénale*, art. 706-73 à 706-106, fasc. 20, 2011.
- **Molins François**, « Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *Rép. pén.*, janvier 2013 (actualisation : janvier 2014).
- **Segonds Marc**, « Prise illégale d'intérêts », *Rép. pén.*, avril 2014 (actualisation : février 2017).
- **Thevenet Bernard**, « Fraude fiscale : Procédures », *Rép. pén.*, juin 2016.
- **Vergès Étienne**, « Principes directeurs du procès pénal : principes communs aux parties », *J.-Cl. procédure pénale*, Fasc. 30, mis à jour 21 Août 2017.
- **Vitu André et Stasiak Frédéric**, « Corruption : Des atteintes à l'administration publique et à l'action de la justice des Communautés européennes, des États membres de l'Union européenne, des autres États étrangers et des autres organisations internationales publiques », *J.-Cl. pénal des affaires*, fasc. 40, 15 novembre 2008.
- **Vitu André**, « Corruption passive commise par une personne exerçant une fonction publique », *J.-Cl. pénal*, Art. 432-11.

2. EN ARABE

- **Albahoti Mansour**, [*L'interprétation d'Alkéna'a*], Volume VI, Dar alfekr, Liban, 1982.
منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المجلد السادس، دار الفكر، لبنان، ١٩٨٢.
- **Alrahoui Mohamed**, [*Note Alrahoui*], Volume VII, Dar Alfekr, Caires.
محمد الراهوني، حاشية الراهوني، المجلد السابع، دار الفكر، القاهرة.
- **Alsharbini Alkhatib Mohamed**, [*L'interprétation d'Almenhaj*], Volume IV, 7^e réédition, Presse Albabi Alhalabi, Caire, 1958.
الخطيب محمد الشربيني، مغني المحتاج، المجلد الرابع، الطبعة السابعة، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٥٨.
- **Ibn Abidin Mohamed Amin**, [*Note Ibn Abidin*], Volume V, 3^e réédition, Presse Albabi Alhalabi, Caire, 1984.
محمد امين ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، المجلد الخامس، الطبعة الثالثة، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٨٤.
- [*Encyclopédie de la doctrine islamique*], Volume XXII, Ministère des affaires islamiques au Koweït.
الموسوعة الفقهية، المجلد ٢٢، وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، الكويت.

VII. NOTES, OBSERVATIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

- **Bouloc Bernard**,
- — sous Cass. crim. 6 février 1997, *Rev. Sociétés*, 1997, p. 146.
- — sous Cass. crim., 7 juillet 2005, *RTD Com.*, 2006, p. 226.
- **Buisson Jacques**, sous Cass. crim., 23 novembre 1999, *Procédures*, 2000, comm. 106.
- **Capdeville Jérôme Lasserre**, sous Cass. crim., 4 février 2015, *AJ Pénal*, mars 2015, p. 139.
- **Collet-Askri Laurence**, sous Cass. crim., 11 juin 2002, *D.*, 2003, p. 1309.
- **Conte Philippe**,

- — sous Cass. crim., 12 novembre 2015, *Dr. pénal*, 2016, comm. 4.
- — sous Cass. crim., 9 décembre 2015, *Dr. pénal*, 2016, comm. 41.
- **Cutajar Chantal**,
 - — sous Cass. crim. 14 janvier 2004, *Gaz. pal.*, 2004, p.1378.
 - — sous Cass. crim. 20 février 2008, *D.*, 2008, p. 1585.
 - — sous Cass. crim., 4 avril 2012, *JCP*, 2012, p. 674.
- **De Lamy Bertrand et Gogorza Amane**
 - — sous Cons. const., 10 février 2017, *JCP*, n° 13, 27 mars 2017, p. 343.
 - — sous Cons. const., 15 décembre 2017, *JCP*, n° 5, 29 janvier 2018, p. 109.
- **De Lamy Bertrand**, sous Cons. const., 12 avril 2013, *RSC*, 2013, p. 910.
- **Delmas-Saint-Hilaire Jean-Pierre**, sous Cass. crim., 14 mai 1986, *RSC*, 1987, p. 686.
- **Dertaz Stéphane**, sous Cass. crim., 20 octobre 2010, *JCP*, 2010, p. 1273.
- **Devouèze Nelly**,
 - — sous CEDH, 21 juin 2016, Soares c. Portugal, *Dalloz actualité*, 05 juillet 2016.
 - — sous CEDH, 17 janvier 2017, Habran et Dalem c. Belgique, *Dalloz actualité*, 9 février 2017.
- **Dreyer Emmanuel**, sous Cass. crim., 12 juillet 2016, *Gaz. pal.*, 2016, n° 34.
- **Finielz Robert**, sous Cass. crim., 16 janvier 2008, *RSC*, p. 386.
- **Fourment François**, sous Cass. crim., 6 janvier 2015, *D.*, p. 1716.
- **Gallois Julie**, sous Cass. crim., 15 avril 2015, *Dalloz actualité*, 28 mai 2015.
- **Goetz Dorothée**, sous Cons. const., 10 février 2017, *Dalloz actualité* 14 février 2017.
- **Hennion-Jacquet Patricia**, sous CEDH, 31 mai 2005, Vetter c. France, *D.*, 2005, p. 2575.
- **Hélène Pauliat**, sous Cons. const., 5 juillet 2013 et Cons. const., 13 décembre 2013, *RJEP*, 2014, comm. 23.
- **Koering-Joulin Renée**, sous CEDH, 17 décembre 1996, Saunders c. Royaume-Uni, *RSC*, 1997, p. 476.
- **Lavric Sabrina**,
 - — sous Cass. crim., 31 mai 2012, *D.*, 2012, p. 1678.
 - — sous Cass. crim., 4 juin 2008, *AJ pénal*, 2008, p. 425.
 - — sous Cass. crim., 9 novembre 2010, *D.*, 2010, p. 2707.
- **Lepage Agathe**, sous Cass. crim., 2 octobre 2001, *Comm. comme. électr.*, 2002, comm. 66.
- **Magnol J.**, sous T. corr. Toulouse, 23 avril 1942, *JCP*, 1942, p. 1886.
- **Martial-Braz Nathalie**, sous Cons. const., 21 juillet 2017, *Rev. sociétés*, 2017, p. 582.
- **Maron Albert**,
 - — sous Cass. crim., 23 novembre 1999, *Dr. pénal*, 2000, comm. 82.
 - — sous Cass. crim., 15 févr. 2000, *Dr. pénal*, 2000, comm. 6.
- **Mascala Corinne**, sous Cass. crim., 27 mars 2013, *D.*, 2013, p. 1647.
- **Ottenhof Reynald**, sous Cass. crim., 25 juin 2003, *RSC*, 2004, p. 350.
- **Pradel Jean**, sous CEDH, 24 avril 1990, Kruslin et Huvig c. France, *D.*, 1990, p. 353.
- **Robert Jacques-Henri**,
 - — sous Cass. crim., 27 juillet 1993, *Dr. pénal*, 1994, comm. n° 89.
 - — sous Cass. crim., 27 octobre 1997, *Dr. pénal*, 1998, comm. n° 21.
 - — sous Cass. crim., 8 mars 2006, *JCP E*, 2006, n° 24, p. 1077.
- **Schuler Marcel**, sous T. corr. Pau, 4 septembre 1946, *JCP*, 1946, II, p. 3362.

- **Sigalas P. A.**, sous Tribunal pour enfants de Sarreguemines, 11 mai 1967, *JCP*, 1968, II, p. 15359.
- **Segonds Marc**,
 - — sous Cass. crim., 21 février 2001, *D.*, 2001, p. 2353.
 - — sous Cass. crim., 8 octobre 2003, *D.*, 2004, p. 3023.
 - — sous Cass. crim., 19 mars 2003, *D.*, 2004, p. 315.
 - — sous Cass. crim., 7 mars 2012, *RPDP*, 2012, p. 929.
 - — sous Cass. crim., 8 décembre 2012, *RPDP.*, 2013, p. 385.
 - — sous Cass. crim., 30 octobre 2013, *RPDP*, 2013, p. 927.
- **Van Tuong Nguyen**, sous Cons. const., 16 juillet 1996, *JCP*, 1996, II, p. 22709.
- **Véron Michel**,
 - — sous Cass. crim., 25 juin 2003, *Dr. pénal*, 2003, comm. 142.
 - — sous Cass. crim., 26 janvier 2011, *Dr. pénal*, 2011, comm. 44.
 - — sous Cass. 1^{re} civ., 5 avril 2012, *Dr. pénal*, n° 6, 2012, comm. 90.
 - — sous Cass. crim., 14 décembre 2011, *Dr. pénal*, 2012, comm. 29.
- **Vitu André**,
 - — sous Cass. crim., 6 février 1968, *RSC*, 1968, p. 850.
 - — sous Cass. crim., 6 février 1969, *RSC*, 1969, p. 871.
 - — sous Cass. crim., 14 octobre 1975, *RSC*, 1976, p. 415.

VIII. JURISPRUDENCE

1. EN FRANÇAIS

a. Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 27 juin 1968, Neumeister c. Autriche, req. n° 1936/63.
- CEDH, 21 février 1975, Golder c. Royaume-Uni, req. n° 4451/70.
- CEDH, 6 mai 1981, Buchholz c. Allemagne, req. n° 7759/77.
- CEDH, 15 juillet 1982, Eckel c. Allemagne, req. 8130/78.
- CEDH, 7 octobre 1988, Salabiaku c. France, req. n° 10519/83.
- CEDH, 7 juillet 1989, Unión Alimentaria Sanders SA c. Espagne, req. n° 11681/85.
- CEDH, 24 avril 1990, Kruslin et Huvig c. France, req. n° 11105/84.
- CEDH, 27 août 1991, Philis c. Grèce, req. n° 12750/87, 13780/88 et 14003/88.
- CEDH, 16 décembre 1992, De Geouffre de la Pradelle c. France, req. n° 12964/87.
- CEDH, 25 février 1993, Funke c. France, req. n° 10588/83.
- CEDH, 8 février 1996, John Murray c. Royaume-Uni, req. n° 18731/91.
- CEDH, 17 décembre 1996, Saunders c. Royaume-Uni, req. n° 19187/91.
- CEDH, 24 août 1998, Contrada c. Italie, req. n° 27143/95.
- CEDH, 15 octobre 1999, Humen c. Pologne, req. n° 26614/95.
- CEDH, 6 avril 2000, Labita c. Italie, req. n° 26772/95.
- CEDH, 6 avril 2000, Comingersoll S.A. c. Portugal, req. n° 35382/97.
- CEDH, 22 juin 2000, Coëme et autres c. Belgique, req. n° 32492/96.
- CEDH, 27 juin 2000, Frydlender c. France, req. n° 30979/96.

- CEDH, 21 décembre 2000, Heaney et McGuinness c. Irlande, req. n° 34720/97.
- CEDH, 20 mars 2001, Telfner c. Autriche, req. n° 33501/96.
- CEDH, 8 octobre 2002, Beckles c. Royaume-Uni, req. n° 44652/98.
- CEDH, 13 février 2003, Louerat c. France, req. n° 44964/98.
- CEDH, 31 mai 2005, Vetter c. France, req. n° 59842/00.
- CEDH, 25 août 2005, Clarke c. Royaume-Uni, req. n° 23695/02.
- CEDH, 8 juin 2006, Sürmeli c. Allemagne, req. n° 75529/01.
- CEDH, 5 février 2008, Ramanauskas c. Lituanie, req. n° 74420/01.
- CEDH, 12 février 2008, Guja c. Moldavie, req. n° 142777/04.
- CEDH, 19 février 2009, Marchenko c. Ukraine, req. n° 4063/04.
- CEDH, 3 mars 2009, Vladislav Atanasov c. Bulgarie, req. n° 20309/02.
- CEDH, 16 juillet 2009, Gorgievski c. Ex-République Yougoslave de Macédoine, req. n° 18002/02.
- CEDH, 15 décembre 2009, Maiorano et autres c. Italie, req. n° 28634/06.
- CEDH, 15 décembre 2009, Burak Hun c. Turquie, req. n° 17570/04.
- CEDH, 21 juillet 2011, Heinisch c. Allemagne, req. n° 28274/08.
- CEDH, 8 janvier 2013, Bucur et Toma c. Roumanie, req. n° 40238/02.
- CEDH, 2 juin 2015, Shiman c. Roumanie, req. n° 12512/07.
- CEDH, 17 janvier 2017, Habran et Dalem c. Belgique, req. n° 43000/11 et 49380/11.

b. Conseil constitutionnel

- Cons. const., 23 juillet 1975, n° 75-56 DC, Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale.
- Cons. const., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.
- Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, Loi de nationalisation.
- Cons. const., 11 octobre 1984, n° 84-181 DC, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.
- Cons. const., 3 septembre 1986, n° 86-215 DC, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance.
- Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.
- Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.
- Cons. const., 8 janvier 1991, n° 90-283 DC, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.
- Cons. const., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.
- Cons. const., 9 avril 1996, n° 96-373 DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française.
- Cons. const., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.
- Cons. const., 6 mars 1998, n° 98-397 DC, Loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux.

- Cons. const. 5 mai 1998, n° 98-399 DC, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.
- Cons. const., 22 janvier 1999, n° 98-408 DC, Traité portant statut de la Cour pénale internationale.
- Cons. const., 16 juin 1999, 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.
- Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, Loi portant création d'une couverture maladie universelle.
- Cons. const., 13 janvier 2000, n° 99-423 DC, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail.
- Cons. const., 20 juillet 2000, n° 2000-434 DC, Loi relative à la chasse.
- Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, Loi de modernisation sociale.
- Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, Loi pour la sécurité intérieure.
- Cons. Const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.
- Cons. const., 20 janvier 2005, n° 2004-510 DC, Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance.
- Cons. const., 22 juillet 2005, n° 2005-520 DC, Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.
- Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.
- Cons. const., 9 août 2007, n° 2007-554 DC, Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.
- Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.
- Cons. const., 22 octobre 2009, n° 2009-590 DC, Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.
- Cons. const., 25 février 2010, n° 2010-604 DC, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.
- Cons. const., 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.
- Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.
- Cons. const., 16 septembre 2011, n° 2011-164 QPC, M. Antoine J. [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne].
- Cons. const., 9 décembre 2011, n° 2011-204 QPC, M. Jérémie M. [Conduite après usage de stupéfiants].
- Cons. const., 12 avril 2013, n° 2013-302 QPC, M. Laurent A. et autres [Délai de prescription d'un an pour les délits de presse à raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion].
- Cons. const., 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC, Association Emmaüs Forbach [Incrimination de la perception frauduleuse de prestations d'aide sociale].
- Cons. const., 5 juillet 2013, n° 2013-331 QPC, Société Numéricâble SAS et autre [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes].
- Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-675 DC, Loi organique relative à la transparence de la vie publique.
- Cons. const., 9 octobre 2013, n° 2013-676 DC, Loi relative à la transparence de la vie publique.

- Cons. const., 29 novembre 2013, n° 2013-357 QPC, Société Wesgate Charters Ltd [Visite des navires par les agents des douanes].
- Cons. const., 4 décembre 2013, n° 2013-679 DC, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.
- Cons. const., 13 décembre 2013, n° 2013-359 QPC, Société Sud Radio Services et autre [Mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel].
- Cons. const., 26 septembre 2014, n° 2014-416 QPC, Association France Nature Environnement [Transaction pénale sur l'action publique en matière environnementale].
- Cons. const., 31 juillet 2015, n° 2015-477 QPC, M. Jismy R. [Incrimination de la création de nouveaux gallo-dromes].
- Cons. const., 14 octobre 2015, n° 2015-489 QPC, Société Grands Moulins de Strasbourg SA et autre [Saisine d'office et sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence].
- Cons. const., 29 décembre 2015, n° 2015-725 DC, Loi de finances pour 2016.
- Cons. const., 28 juillet 2016, n° 2016-732 DC, Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature.
- Cons. const., 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC, Syndicat de la magistrature et autre [Transaction pénale par officier de police judiciaire - Participation des conseils départementaux de prévention de la délinquance et des zones de sécurité prioritaires à l'exécution des peines].
- Cons. const., 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
- Cons. const., 22 décembre 2016, n° 2016-742 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2017.
- Cons. const., 29 décembre 2016, n° 2016-744 DC, Loi de finances pour 2017.
- Cons. const., 10 février 2017, n° 2016-611 QPC, M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes].
- Cons. const., 8 septembre 2017, n° 2017-752 DC, Loi pour la confiance dans la vie politique.
- Cons. const., 8 septembre 2017, n° 2017-753 DC, Loi organique pour la confiance dans la vie politique.
- Cons. const., 15 décembre 2017, M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II].

c. Cour de cassation

- Cass. crim., 16 janvier 1812, Bull. n° 8.
- Cass. crim., 11 juin 1813, Bull. n° 127.
- Cass. crim., 1 octobre 1813, Bull. n° 212.
- Cass. crim., 16 septembre 1820, Bull. n° 124.
- Cass. crim., 31 janvier 1822, Bull. n° 31.
- Cass. crim., 19 août 1826, Bull. n° 162.
- Cass. crim., 24 mars 1827, Bull. n° 65.
- Cass. Chambres réunies, 31 mars 1827, Bull. n° 71.
- Cass. crim., 15 octobre 1851, Bull., n° 462.
- Cass. crim., 30 septembre 1853, Bull. n° 491.
- Cass. crim., 22 février 1855, Bull., n° 54.

- Cass. crim., 4 octobre 1856, Bull. n° 330.
- Cass. crim., 6 février 1873, *D.*, 1873, I, p. 73.
- Cass. crim., 12 décembre 1874, Bull. n° 304.
- Cass. crim., 11 mai 1876, Bull., n° 117.
- Cass. crim. 24 février 1893, Bull. n° 49.
- Cass. crim. 19 avril 1894, *D.*, 1898, I, p. 494.
- Cass. crim., 28 octobre 1897, Bull. n° 332.
- Cass. crim., 13 janvier 1916, Bull. n° 12.
- Cass. Crim., 15 décembre 1923, Bull. n° 434.
- Cass. crim., 12 novembre 1926, Bull. n° 258.
- Cass. crim., 22 mars 1928, Bull. n° 97.
- Cass. crim., 25 mars 1929, *D.*, 1930, I, p. 22.
- Cass. civ., 30 décembre 1930, *D. H.*, 1931, p. 82.
- Cass. crim. 5 janvier, 1933, *Gaz. pal.*, 1933, I, p.411.
- Cass. crim. 3 novembre 1933, *D.*, 1933, p. 575.
- Cass. crim., 15 mai 1934, Bull. n° 101.
- Cass. crim., 12 avril 1935, *RSC*, 1936, p. 65.
- Cass. crim., 7 septembre 1935, *Gaz. pal.*, 1935, II, p. 694.
- Cass. crim., 7 janvier 1943, cité par : Émile Garçon, *Code pénal annoté*, p. 717.
- Cass. crim., 1 juillet 1948, Bull. n° 172.
- Cass. crim., 10 juin 1948, Bull. n° 154.
- Cass. crim., 4 novembre 1948, Bull. n° 250.
- Cass. crim., 7 juillet 1949, Bull. n° 299.
- Cass. crim., 15 décembre 1949, Bull. n° 350.
- Cass. crim., 12 juin 1952, *S. Dalloz*, 1954, I, p. 69.
- Cass. crim., 19 février 1953, Bull. n° 59.
- Cass. crim. 17 novembre 1955, Bull. n° 434.
- Cass. crim., 6 juin 1956, Bull. n° 435.
- Cass. crim., 28 novembre 1958, Bull. n° 698.
- Cass. crim. 8 févr. 1966, Bull. n° 35.
- Cass. crim., 7 décembre 1967, Bull. n° 321.
- Cass. crim., 6 février 1968, *RSC*, 1968, p. 850.
- Cass. crim., 6 février 1969,, Bull. n° 67.
- Cass. crim., 13 janvier 1970, Bull. n° 20.
- Cass. crim., 2 mars 1971, Bull. n° 71.
- Cass. crim., 13 décembre 1972, Bull. n° 391.
- Cass. crim. 2 avril 1974, Bull., n° 139.
- Cass. crim., 4 juillet 1974, Bull. n° 249.
- Cass. crim., 14 octobre 1975, Bull. n° 214.
- Cass. crim. 16 décembre 1975, Bull., n° 279.
- Cass. crim. 6 juin 1979, Bull. n° 193.
- Cass. crim., 2 octobre 1979, Bull. n° 266.
- Cass. crim., 18 juillet 1984, Bull., n° 262.
- Cass. crim., 1^{er} octobre 1984, Bull. n° 277.

- Cass. crim., 14 mai 1986, Bull. n° 163.
- Cass. crim., 13 février 1989, Bull. n° 69.
- Cass. crim., 22 avril 1992, Bull. n° 169.
- Cass. crim., 15 juin 1993, Bull. n° 210.
- Cass. crim. 27 juillet 1993, *Dr. pénal*, 1994, comm. 89.
- Cass. crim., 29 septembre 1993, Bull. n° 127.
- Cass. crim., 27 octobre 1993, Bull. n° 320.
- Cass. crim. 25 mai 1994, Bull. n° 203.
- Cass. crim. 12 juillet 1994, Bull. n° 280.
- Cass. crim., 25 juin 1996, n° 273.
- Cass. crim. 6 février 1997, *Dr. pénal*, 1997, comm. 61.
- Cass. crim., 5 mai 1997, Bull. n° 159.
- Cass. crim., 27 octobre 1997, Bull. n° 352.
- Cass. crim., 5 novembre 1998, Bull., n° 289.
- Cass. Crim., 19 janvier 1999, Bull. n° 9.
- Cass. crim., 30 mars 1999, Bull. n° 59.
- Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. n° 168.
- Cass. crim. 29 septembre 1999, Bull., n° 202.
- Cass. crim., 13 octobre 1999, Bull. n° 219.
- Cass. crim., 16 novembre 1999, Bull., n° 258.
- Cass. crim., 21 novembre 1999, Bull. n° 269.
- Cass. crim., 21 février 2001, *D.*, 2001, p. 2353.
- Cass. crim., 2 octobre 2001, *Comm. comme. électr.*, 2002, comm. 66.
- Cass. crim. 30 octobre 2001, Bull. n° 224.
- Cass. crim. 10 avril 2002, Bull. n° 85.
- Cass. crim. 7 mai 2002, Bull. n° 106.
- Cass. crim., 19 mars 2003, Bull. n° 73.
- Cass. crim., 25 juin 2003, *Dr. pénal*, 2003, comm. 142.
- Cass. crim., 25 juin 2003, *RSC*, 2004, p. 350.
- Cass. crim. 8 octobre 2003, Bull. n° 184.
- Cass. crim., 8 octobre 2003, Bull. n° 185.
- Cass. crim., 14 mai 2003, *D.*, 2003, p. 1766.
- Cass. crim., 14 janvier 2004, Bull. n° 11.
- Cass. crim., 14 janvier 2004, Bull. n° 12.
- Cass. crim. 8 juin 2005, Bull. n° 173.
- Cass. crim., 7 juillet 2005, *RTD Com.*, 2006, p. 226.
- Cass. crim., 8 mars 2006, *JCP E*, 2006, n° 24, p. 1077.
- Cass. crim., 31 mai 2006, pourvoi n° 05-82848, inédit.
- Cass. crim., 29 mars 2007, Bull. n° 98.
- Cass. crim. 20 février 2008, *D.*, 2008, p. 1585.
- Cass. crim., 19 mars 2008, Bull. n° 71.
- Cass. crim., 19 mars 2008, Bull. n° 69.
- Cass. crim., 4 juin 2008, Bull. n° 141.
- Cass. crim. 22 octobre 2008, Bull. n° 258.

- Cass. crim., 27 janvier 2009, Bull. n° 495.
- Cass. crim., 6 mai 2009, pourvoi n° 08-84.107, inédit.
- Cass. crim., 30 septembre 2009, Bull. n° 162.
- Cass. crim., 27 janvier 2010, Bull. n° 16.
- Cass. crim., 24 février 2010, Bull. n° 37.
- Cass. crim., 20 octobre 2010, *JCP*, 2010, p. 1273.
- Cass. crim., 26 janv. 2011, *Dr. pénal*, 2011, comm. 44.
- Cass. ass. plén., 20 mai 2011, Bull. n° 7.
- Cass. crim., 14 décembre 2011, *Dr. pénal*, 2012, comm. 29.
- Cass. crim., 7 mars 2012, Bull. n° 64.
- Cass. crim., 4 avril 2012, Bull. n° 86.
- Cass. 1^{re} civ., 5 avril 2012, *Dr. pénal*, n° 6, 2012, comm. 90.
- Cass. crim., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-82409, inédit.
- Cass. crim., 31 mai 2012, *D.*, 2012, p. 1678.
- Cass. crim., 13 juin 2012, pourvoi n° 12-90027, inédit.
- Cass. crim., 4 décembre 2012, pourvoi n° 12-86.347, inédit
- Cass. crim., 8 décembre 2012, *RPDP*, 2013, p. 385.
- Cass. crim., 27 mars 2013, *D.*, 2013, p. 1647.
- Cass. crim., 30 octobre 2013, *RPDP*, 2013, p. 927.
- Cass. crim., 30 avril 2014, *AJ pénal*, 2014, p. 374.
- Cass. crim., 12 novembre 2015, Bull. n° 253.
- Cass. crim., 12 novembre 2015, *Dr. pénal*, 2016, comm. 4.
- Cass. crim., 9 décembre 2015, Bull. n° 282.
- Cass. crim., 12 juillet 2016, *Gaz. pal.*, 2016, n° 34.

d. Conseil d'État

- CE, assemblée, 8 février 1989, Marty, *RDP*, 1989, p. 1475.
- CE, assemblée, 7 juillet 1989, Ordonneau, n° 56627.
- CE, avis, 29 février 1996, Cour pénale internationale, n° 358597.
- CE, avis, 22 mars 2011, Entreprises, n° 384.892.
- CE, avis, 1 octobre 2015, La proposition de la loi portant réforme de la prescription en matière pénale, n° 390335.

e. Juridictions du fond

- Cour d'appel de Paris, 26 mars 1888, *D.*, 1888, II, p. 155.
- T. corr. Toulouse, 23 avril 1942, *JCP*, 1942, II, p. 1886.
- T. corr. Evreux, 22 décembre 1942, *Gaz. pal.*, 1943, I, p. 78.
- T. corr. Grenoble, 28 janvier 1943, *JCP*, 1943, II, p. 2277.
- T. corr. Guéret, 14 février 1946, *D.*, 1946, p. 210.
- T. corr. Le Mans, 5 juillet, 1946, *Gaz. pal.*, 1946, II, p. 153.
- T. corr. Pau, 4 septembre 1946, *JCP*, 1946, II, 3362, note Marcel Schuler.
- T. corr. Castres, 6 novembre 1946, *JCP*, 1946, II, 3347.
- T. corr. Saint-Lô, 22 janvier 1947, *Gaz. pal.*, 1947, 1, p. 92.

- T. corr. Saint-Quentin, 17 juin 1947, *Gaz. pal.*, 1947, II, p. 100.
- T. corr. Pau, 28 octobre, 1947, *JCP*, 1947, II, 3981.
- T. corr. Villefranche-Sur-Saône, 29 novembre 1949, *D.*, 1950, p. 9.
- Tribunal pour enfants de Sarreguemines, 11 mai 1967 : *JCP*, 1968, II, 15359, note P. A. Sigalas
- Tribunal des conflits, 24 juin 1996, Préfet du Lot-et-Garonne, *RFDA*, 1997, p. 188.
- Tribunal des conflits, 18 juin 2001, Lelaidier c/ Ville de Strasbourg, *Dr. adm.*, 2001, comm. 214.

2. EN ARABE

a. Cour constitutionnelle

- Koweït. Cour const., 8 novembre 1982, n° 3/1982.
- Koweït. Cour const., 14 juin 1986, n° 1/1986.
- Koweït. Cour const., 14 juin 1986, n° 2/1986.
- Koweït, Cour const., 31 décembre 2002, n° 4/2002.
- Koweït. Cour const., 3 novembre 2004, n° 10/2004.
- Koweït, Cour const., 1 mai 2005, n° 1/2005.
- Koweït, Cour const., 12 juin 2005, n° 15/2005.
- Koweït, Cour const., 22 juin 2005, n° 2/2005.
- Koweït, Cour const., 5 février 2006, n° 12/2005.
- Koweït, Cour const., 1 mai 2006, n° 1/2005.
- Koweït, Cour const., 26 juillet 2006, n° 6/2006.
- Koweït, Cour const., 10 juin 2007, n° 4/2007.
- Koweït, Cour const., 22 avril 2008, n° 6/2007.
- Koweït, Cour const., 10 décembre 2008, n° 7/2007.
- Koweït, Cour const., 7 juin 2009, n° 1/2009.
- Koweït, Cour const., 5 décembre 2009, n° 30/2009.
- Koweït, Cour const., 15 mars 2010, n° 2/2010.
- Koweït, Cour const., 5 décembre 2011, n° 30/2009
- Koweït, Cour const., 2 décembre 2013, n° 20, 21 et 22/ 2013.
- Koweït, Cour const., 21 octobre 2015, n° 41/2014.
- Koweït, Cour const., 20 décembre 2015, n° 24/2015.
- Koweït, Cour const., 9 mars 2016, n° 37/2014.
- Koweït, Cour const., 11 mai 2016, n° 3/2016.
- Koweït, Cour const., 8 novembre 2017, n° 4/2017.
- Égypte, Cour const., 2 février 1992, n° 13/12
- Égypte, Cour const., 7 février 2010, n° 43/29.

b. Cour de cassation

- Koweït, Cass. crim., 31 janvier 1977, n° 94/1976.
- Koweït, Cass. crim. 14 mars 1977, n° 183/1976.
- Koweït, Cass. crim., 17 janvier 1983, n° 231/1982.

- Koweït, Cass. crim., 16 mai 1983, n° 29/1983.
- Koweït, Cass. crim., 23 décembre 1985, n° 184/1985.
- Koweït, Cass. crim., 19 octobre 1987, n° 159/1987.
- Koweït, Cass. crim., 15 janvier 1990, n° 281/1989.
- Koweït, Cass. crim., 19 mars 1990, n° 19/1990.
- Koweït, Cass. admnis. et com., 8 mars 1993, n° 56/1992.
- Koweït, Cass. crim., 8 novembre 1993, n° 68/1993.
- Koweït, Cass. crim., 15 novembre 1993, n° 64/1993.
- Koweït, Cass. crim., 1 avril 1995, n° 261/1994.
- Koweït, Cass. admnis. et com., 17 mars 1997, n° 58/1996.
- Koweït, Cass. crim., 8 février 1999, n° 37/1998.
- Koweït, Cass. crim., 28 novembre 2000, n° 127/2000.
- Koweït, Cass. crim., 17 octobre 2001, n° 125/2000.
- Koweït, Cass. crim., 27 novembre 2001, n° 178/2001.
- Koweït, Cass. admins., 18 novembre 2002, n° 598/2000.
- Koweït, Cass. crim., 14 octobre 2003, n° 756/2001.
- Koweït, Cass. crim., 20 avril 2004, n° 531/2002.
- Koweït, Cass. crim., 27 avril 2004, n° 553/2003.
- Koweït, Cass. crim., 4 mai 2004, n° 293/2003.
- Koweït, Cass. crim., 4 janvier 2005, 175/2004.
- Koweït, Cass. crim., 1 février 2005, n° 183/2004.
- Koweït, Cass. crim., 8 février 2005, n° 72/2004.
- Koweït, Cass. crim., 15 février 2005, n° 73/2004.
- Koweït, Cass. 2^e Ch. com., 16 février 2005, n° 605/2004.
- Koweït, Cass. crim., 15 mars 2005, n° 494/2004.
- Koweït, Cass. crim., 10 mai 2005, n° 272/2004.
- Koweït, Cass. crim., 4 octobre 2005, n° 197/2005.
- Koweït, Cass. crim., 13 septembre 2005, n° 205/2004.
- Koweït, Cass. crim., 20 décembre 2005, n° 360/2005.
- Koweït, Cass. crim., 14 février 2006, n° 270/2005.
- Koweït, Cass. crim., 26 septembre 2006, n° 414/2005.
- Koweït, Cass. crim., 7 novembre 2006, n° 233/2006.
- Koweït, Cass. crim., 23 janvier 2007, n° 124/2006.
- Koweït, Cass. crim., 10 avril 2007, n° 570/2006.
- Koweït, Cass. 2^e Ch. com., 29 avril 2007, n° 65/2006.
- Koweït, Cass. crim., 26 juin 2007, n° 590/2006.
- Koweït, Cass. crim., 8 juillet 2007, n° 47/2007.
- Koweït, Cass. crim., 15 janvier 2008, n° 370/2007.
- Koweït, Cass. crim., 29 janvier 2008, n° 406/2007.
- Koweït, Cass. crim., 8 avril 2008, n° 468/2007.
- Koweït, Cass. crim., 19 mai 2008, n° 652/2008.
- Koweït, Cass. crim., 24 juin 2008, n° 17/2007.
- Koweït, Cass. crim., 21 octobre 2008, n° 190/2008.
- Koweït, Cass. crim., 18 novembre 2008, n° 325/2008.

- Koweït, Cass. crim., 27 janvier 2009, n° 495/2008.
- Koweït, Cass. crim., 19 mai 2009, n° 652/2008.
- Koweït, Cass. 2° Ch. com., 14 juin 2009, n° 1254/2007.
- Koweït, Cass. crim., 1 septembre 2009, n° 15/2009.
- Koweït, Cass. crim., 26 octobre 2010, n° 770/2009.
- Koweït, Cass. crim., 1 mars 2011, n° 230/2010.
- Koweït, Cass. crim., 20 mars 2011, n° 99/2011.
- Koweït, Cass. crim., 14 janvier 2012, n° 350/2011.
- Koweït, Cass. crim., 13 février 2012, n° 328/2011.
- Koweït, Cass. crim., 5 mars 2012, n° 308/2011.
- Koweït, Cass. crim., 1 octobre 2012, n° 88/2012.
- Koweït, Cass. crim., 24 décembre 2012, n° 478/2012.
- Koweït, Cass. crim., 25 mars 2013, n° 596/2010.
- Koweït, Cass. crim., 21 juillet 2013, n° 336/ 2012.
- Koweït, Cass. crim., 9 février 2014, n° 407/2013.
- Koweït, Cass. crim., 10 novembre 2014, n° 372/2014.
- Koweït, Cass. crim., 15 février 2015, n° 423/2013.
- Koweït, Cass. crim., 6 avril 2015, n° 114/2013.
- Koweït, Cass. crim., 21 janvier 2016, n° 549/2014.
- Égypte, Cass. crim., 9 avril 2017, n° 15977/2015.

c. Juridictions du fond

- Koweït, Cour suprême d'appel, 22 novembre 1966, n° 410/66.
- Égypte, Tribunal de crimes de Caire, 11 avril 2016, n° 804/2015.

IX. TRAVAUX DES INSTITUTIONS

1. RAPPORTS PARLEMENTAIRES

a. Assemblée nationale

- Rapport n° 2194, Commission des lois, le projet de loi adopté par le Sénat, modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale et relatif à la lutte contre la corruption, présenté par Jacky Darne, 13 décembre 1999.
- Rapport n° 1130 et 1131, Commission des lois, Projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et le projet de loi organique relatif au procureur de la République financier, présenté par Yavn Galut, 12 juin 2013.
- Rapport n° 2778, Commission des lois, en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la prescription en matière pénale, présenté par Alain Tourret et Georges Fenech, 20 mai 2015.
- Rapport n° 4309, Commission des lois, rapport portant réforme de la prescription en matière pénale, présenté par Alain Tourret, déposé le 14 décembre 2016.
- Rapport n° 3716, Commission des lois, rapport relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, présenté par Cécile Untermaier, 4 mai 2016.

- Rapport n° 3166, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Les autorités administratives indépendantes, présenté par Patrice Gélard, Tome I.
- Rapports n° 1108 et 1109, Commission des lois, Projet de loi organique et ordinaire relative à la transparence de la vie publique, 5 juin 2013.
- Rapport n° 243, Commission des lois, Projet de loi n° 171 relatif à la lutte contre la corruption, présenté par Michel Hunault, 3 octobre 2007.
- Rapport n° 856, Commission des lois, Projet de loi n° 784 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, présenté par Jean-Luc Warsmann, 14 mai 2003.
- Rapports n° 1130 et 1131, Commission des lois, Projet de loi n° 1011 et 1021 relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et Projet de loi organique n° 1019 relatif au procureur de la République financier, présentés par Yann Galut, 12 juin 2013.

b. Sénat

- Rapport n° 119, Commission des lois, Projet de loi organique relatif à l'indépendance et l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société, présenté par François Pillet, 28 octobre 2015.
- Rapport n° 202, Commission des lois, Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale et relatif à la lutte contre la corruption, présenté par José Balarello, 2 février 2000.
- Rapport n° 42, Commission des lois, Projet de loi modifiant le code pénal et le code de procédure pénale et relatif à la lutte contre la corruption, présenté par José Balarello, 3 novembre 1999.
- Rapport n° 441, Commission des lois, Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, présenté par François Zocchetto, 24 septembre 2003.
- Rapport n° 51, Commission des lois, Projet de loi relatif à la lutte contre la corruption, présenté par Hugues Portelli, 24 octobre 2007.
- Rapport n° 722, Commission des lois, Projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la transparence de la vie publique et sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la transparence de la vie publique, 3 juillet 2013.
- Rapport n° 738, Commission des lois, Projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, présenté par Alain Anziani et Virginie Klès, 10 juillet 2013.

2. COMPTES RENDUS

- Assemblée nationale koweïtienne, Compte rendu n° 241, l'audience 7 juillet 1970, quatrième session.
- Assemblée nationale, Compte rendu de réunion n° 71, Commission des lois, 5 juin 2013.
- Assemblée nationale, Compte rendu intégral, Deuxième séance du 17 septembre 2013, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013-extra3/20133012.asp>
- Sénat, Compte rendu analytique officiel, séance du 17 juillet 2013, disponible sur : http://www.senat.fr/cra/s20130717/s20130717_5.html#par_524

3. CONSEIL D'ÉTAT

- Les autorités administratives indépendantes, Conseil d'État, études et documents, n° 52, rapport public 2001.

4. COMMISSIONS SPECIALISEES

- CF - Droit de communication et procédures de recherche et de lutte contre la fraude - Distinction entre droit de communication et pouvoir de vérification, Extrait du Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôt, 12 septembre 2012, disponible sur : <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1307-PGP.html>
- Commission de la prévention de la corruption, Prévention de la corruption et transparence de la vie économique, La Documentation française, 1993.
- Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis sur l'avant-projet de loi portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité, adopté le 27 mars 2003, p. 6, disponible sur : http://www.cncdh.fr/sites/default/files/03.03.27_avis_portant_adaptation_moyens_de_la_justice.pdf
- Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, La Documentation française, 2011.
- Rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, La Documentation française, 2012.
- Rapport du Service central de prévention de la corruption 1997, La Documentation française, 1997.

6. INSTITUTIONS INTERNATIONALES

- Conseil de l'Europe, Protection des lanceurs d'alerte, Recommandation CM/Rec (2014)7 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 30 avril 2014 et exposé des motifs, 2014.
- Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption, 27 janvier 1999, Série des traités européens, n° 173.
- Nations Unies, office des Nations Unies contre la drogue et le crime, Travaux préparatoires : des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption
- Rapport de la phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE contre la corruption, Octobre 2012, Disponible sur : <http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/FrancePhase3fr.PDF>
- Rapport de phase 2 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE contre la corruption, janvier 2004, disponible sur : <http://www.oecd.org/fr/corruption/france-conventiondelocdesurlaluttecontrelacorruption.htm>
- Transparency International, Combattre la corruption: enjeux et perspectives, Kart

a. En français

- « La lutte contre la corruption, Entretien avec Chantal Cutajar, François Franchie et Philippe Montigny », *CDE*, 2010, entretien, n° 4.
- Affaire Cahuzac : résumé des épisodes précédents, *Le Monde*, 8 décembre 2016, disponible sur : http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2016/12/08/affaire-cahuzac-resume-des-episodes-precedents_5045933_4355770.html
- **Gilles Gaetner**, 1987: l'affaire Luchaire, *L'express*, 30 mars 1995, disponible sur : https://www.lexpress.fr/informations/1987-l-affaire-luchaire_603634.html
- **Robert Denis**, Rétrospective 1994 : Des affaires en cascade, *Libération*, 27 décembre 1994, disponible sur : http://www.liberation.fr/france-archive/1994/12/27/retrospective-1994-des-affaires-en-cascade_117437

b. En arabe

- **Aladsani Suliman Khalid**, [Les mémoires de Khalid Suliman Aladsani], disponible en arabe sur : <http://cutt.us/rD4FA>
مذكرات خالد العدساني.
- **Alhatem Abdullah bin Khaled**, [D'ici que commence le Koweït], 2^e édition, Dar Alqabas, 1980.
عبدالله بن خالد الحاتم، من هنا بدأت الكويت، الطبعة الثانية، دار القيس، ١٩٨٠.
- [Le communiqué de presse du Ministère public], *Alwatan*, 18 octobre 2012, disponible sur : <http://alwatan.kuwait.tt/article/details.aspx?id=228050>
بيان صحفي من النيابة العامة، جريدة الوطن، ١٨ اكتوبر ٢٠١٢
- **Nassrallah Elias**, [Des documents britanniques divulguent des secrets dans les années soixante], *journal Alhayat*, 9 octobre 2003, p. 15.
الياس نصر الله، وثائق بريطانية تكشف اسرار من الستينات، جريدة الحياة، ٢ اكتوبر ٢٠٠٣، ص ١٥.

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes

— A —

Agence française anticorruption (AFA) : 68, 76, 82, 754-755, 761, 765-767, 800-814, 817-818, 830-832, 834-836, 861, 913-916, 938-942, 944-948, 976

Agent international : 214, 216-217, 288, 335, 403, 515

Agent public étranger : 9, 51, 56, 211, 214-215, 221, 223, 225, 283, 288, 305, 321, 335, 515, 1176

Antériorité du pacte de corruption : 316-317, 319-322, 324-325

Atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics :
Voir : Favoritisme

Autonomie du droit pénal : 139, 148-149, 153, 157, 178, 180-181, 368

Autorité publique anticorruption (APA) : 39, 72, 76, 754-755, 760, 765-768, 772, 774, 776, 780, 783, 787, 789-791, 796-797, 815, 838, 840-845, 847, 851, 853-855, 859, 885, 899, 907-911, 959, 966, 987, 989, 991, 996, 1164

— B —

Blanchiment d'argent : 10, 39, 47, 71, 473, 653, 659-665, 667-671, 673-674, 678-679, 681-685, 701, 727, 732, 996, 1156, 1248

— C —

Caractère occulte : 112, 124, 297, 441, 445, 513, 517-518, 742, 951, 1009, 1070, 1083, 1086, 1088, 1106, 1109, 1114, 1141, 1144, 1175-1176, 1235-1237, 1239

Charge de la preuve : 646, 668, 688, 690, 701, 703, 732, 965, 967

Code pénal de 1791 (France) : 22, 25, 133, 139, 142, 144-145, 153, 156, 158

Code pénal de 1810 (France) : 23, 26, 60, 139, 142, 152, 154, 156-159, 161, 163, 179, 196-197, 203, 205, 240, 245-248, 278, 281, 316-317, 332, 335, 347, 351, 377, 381, 391, 400-402, 404, 1120

Code pénal de 1960 (Koweït) : 29, 33-34, 69, 133, 139, 142, 146, 150, 155, 164, 169, 179, 262, 326, 392, 1095, 1147, 1155

Code pénal de 1994 (France) : 27, 60, 138, 162-163, 182, 203-204, 240, 283, 335, 349, 382-383, 403, 411, 1120

Complicité : 122, 230, 234-240, 242-247, 249, 254, 256-258, 265-266, 269, 274-275, 284, 599, 673, 736, 1180, 1211

Conseil constitutionnel : 94, 477-478, 480-481, 491, 506, 535, 548, 553, 555-557, 559-562, 568-569, 572, 583, 595, 599, 676, 688, 695, 699-700, 702, 712, 770, 799, 802-803, 809, 820-822, 827-829, 831, 857, 860, 866, 870, 874, 882-883, 889, 891, 905-906, 915, 919-920, 922, 924, 936, 965, 1054, 1083, 1089, 1134, 1168, 1173, 1175, 1178, 1205, 1221, 1224, 1242

Convention des Nations unies contre la corruption : 13, 45-52, 56, 226, 646, 947

Convention régionale : 14, 53-57, 218, 225

Corrompu : 1, 8, 22, 25, 30, 37, 42, 70, 97, 113, 122-123, 126, 129-132, 134, 137-142, 148, 151-157, 162, 177-178, 181-184, 187, 190-191, 193, 195-196, 198-199, 201, 206-209, 214-215, 218, 226, 228-229, 233, 236-237, 239, 244, 246-247, 250-251, 255, 257, 263, 265-266, 268-273, 276, 278-279, 283, 285, 287-288, 305, 308, 310, 313-314, 316, 320, 332-334, 336-338, 340-342, 350, 353-354, 356-357, 361, 363-364, 366, 372, 374, 385, 390, 392-395, 397-398, 400, 407-408, 414, 432-433, 436, 515-516, 518, 1009, 1051, 1064, 1101, 1113-1114, 1142, 1144, 1159-1160, 1162-1163, 1179-1180, 1187, 1201

Corrupteur : 1, 8, 22, 25, 30, 37, 42, 97, 122-123, 126, 131, 227-230, 233-234, 236-247, 249-260, 263-277, 280, 283-284, 289, 308, 310, 313-314, 316, 320, 326, 328, 332-334, 338, 340-341, 353, 356-357, 374, 385, 395, 400-402, 405, 407-409, 414, 432-433, 436, 515-516, 518, 736, 1009, 1044, 1046, 1058, 1064, 1088, 1101, 1113-1114, 1142, 1144,

1159-1163, 1179-1180, 1187, 1190,
1201, 1211
Corruption active : 25, 27-28, 41-42, 56,
60, 207, 228, 240, 245-246, 280-283,
285, 307, 348, 383, 400-401, 404-405,
409-410, 433, 518, 736, 1038, 1044,
1058-1059, 1065, 1139, 1144, 1165, 1211

Corruption lato sensu : 20, 28

Corruption passive : 27-28, 41-42, 47, 49,
65, 113, 183, 207, 220, 222, 228, 240,
245-246, 280, 285, 307, 316, 319, 328,
335, 338, 347, 374, 376, 383, 391, 400-
403, 410-411, 432, 518, 522, 598, 604,
606, 662-663, 736, 929, 1038, 1044-
1046, 1050, 1058, 1064, 1113, 1139,
1141, 1144, 1164, 1187, 1211

Corruption passive et active : 27, 42, 1139

Corruption stricto sensu : 19-20, 22, 26-27,
30, 37, 41, 49, 63, 83, 114, 605-607, 731,
965

Cour constitutionnelle : 72, 94, 189, 490,
535, 544, 548, 553, 556-557, 561, 565,
568, 570, 577, 579, 583, 693, 703, 706-
708, 712, 770, 778, 853, 867, 870, 911,
1173, 1175, 1221

— D —

Détermination de l'acte de la fonction :
372-373, 380, 385

Difficulté probatoire : 97, 108, 114, 517-
519, 522, 526, 726, 730, 738, 740, 997-
998, 1001, 1235, 1248

Droit au silence : 713, 719, 1202-1207

Droit d'accès à un tribunal : 506, 509

Droit d'être jugé dans délai raisonnable :
496

Droit de ne pas s'incriminer : 711, 713

Droit pénal français : 529, 656, 734, 1019

Droit pénal koweïtien : 33, 39, 465, 529,
1157

Dualité de l'incrimination : 259, 265, 275

— E —

Enrichissement illicite : 10, 39, 47, 71-72,
83, 114-115, 388, 610, 649-650, 652-657,
659-665, 667, 670-672, 678-686, 688,

690, 692, 702, 709-710, 716-717, 719,
721-728, 732, 844, 1241, 1244

— F —

Favoritisme : 28, 63, 65, 83, 114-115, 527,
606, 643, 801, 1241

— H —

Haute Autorité pour la transparence de la
vie publique (HATVP) : 68, 76, 754-755,
760, 765-768, 770, 772, 774-776, 779,
782, 787, 792, 795, 797, 799, 815, 817-
822, 826-828, 890, 899, 901, 904-906,
930-934, 937, 940, 976, 996

— I —

Indépendance fonctionnelle : 764, 771,
784-788, 790, 792-793, 798

Indépendance organique : 764, 771, 774,
784, 788, 799, 812

Intermédiaire : 1, 30, 37, 212, 263, 271,
326, 330, 332, 341, 436, 718, 1045, 1159-
1163, 1179-1180, 1187, 1190, 1201, 1211

Interprétation stricte de la loi : 139, 148,
150, 154, 156-157, 159-160, 162, 175,
177, 181, 203, 209, 214, 219, 226, 239,
287, 294, 296, 300-302, 304, 312, 315,
318, 324, 334-335, 343, 345-346, 349,
354, 358-359, 365, 370-371, 381, 384,
389-391, 395, 399, 401, 403, 406, 409,
412, 512, 515

— L —

Lanceur d'alerte : 56, 81, 950, 955-961,
963-964, 966, 968-974, 976, 978-983,
985-989, 991

Lien de causalité : 65, 113-115, 518, 521,
526, 590, 624, 729-730

Loi n° 2/2016 relative à la lutte contre la
corruption (Koweït) : 39, 52, 185, 652,
885, 907, 954

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 : 82, 927, 955, 962-
963, 968, 975, 977-978

Loi n° 31/1970 portant modifications de
certaines dispositions du Code pénal
(Koweït) : 38, 70, 138, 142, 155, 185,

193, 306, 326-327, 338, 341, 354, 1118, 1163, 1190, 1211

— P —

Pacte de corruption : 42, 64, 97, 113, 122, 131, 210, 270-272, 283, 295, 310, 316-317, 319-322, 324-325, 328, 337, 344, 354, 414, 427, 430, 432-433, 518, 526, 605, 648, 729, 739, 1040, 1044, 1113, 1143-1144, 1160, 1165

Pantouflage : 63-64, 612

Prescription de l'action publique : 79, 112, 295-298, 413, 416-419, 421-424, 428, 430, 435-438, 440-441, 444, 451-453, 455-456, 461, 463-468, 472-474, 476, 479-481, 484-485, 487, 493, 496-497, 502-504, 506, 510, 513, 516

Principe d'égalité : 92, 196, 488-490, 493-495, 572, 1168, 1170, 1172-1173, 1177

Principe de légalité criminelle : 111-112, 126, 128, 130-131, 137, 147, 156-157, 180, 183, 191, 194, 197, 206, 225, 231, 258, 277, 281, 286, 288, 291, 300, 303, 324, 329, 355-357, 360, 362, 418, 421, 424-425, 437, 439, 450-451, 455, 461, 513, 515, 531, 736

Principe de nécessité (critères du ...) : 537, 577

Principe de nécessité de l'incrimination : 110, 115, 520, 522, 524, 528-529, 540, 601, 623

Principe de présomption d'innocence : 115, 521-523, 610, 646-647, 651, 1000, 1200, 1202-1203, 1205, 1244

Prise illégale d'intérêts : 28, 47, 64, 73, 83, 114-115, 527, 606, 611-613, 616-619, 621-625, 628-632, 663, 1241, 1245

Probité : 61, 101, 110, 114-115, 118, 183, 525-528, 582, 584, 598, 601-602, 604, 612, 616, 621, 624-630, 635, 638, 641, 643, 645, 661-662, 744, 819, 870, 874, 889, 977, 1000, 1057-1058, 1113, 1162, 1179-1180, 1238

Procédure pénale : 34, 50, 54, 77, 93, 104, 108, 221, 423, 438, 442, 448, 452, 454, 456-458, 462, 471-472, 479, 493, 500,

504, 740-741, 745, 748-751, 757, 839, 848, 856, 908, 987, 998, 1000, 1006, 1010, 1012, 1023, 1027, 1036, 1053, 1056, 1066-1068, 1072, 1074, 1078, 1089-1090, 1095-1096, 1103-1105, 1108-1109, 1133, 1153, 1155-1156, 1169, 1194, 1197, 1200, 1206, 1208, 1212, 1217, 1227, 1231, 1235, 1238-1239

— R —

Recherche en amont : 743-744, 749, 752

Recherche en aval : 743-744

Récompense ultérieure : 37, 326

— S —

Secteur privé : 55, 121-122, 129, 135, 193, 195-196, 198, 200-202, 204, 206-209, 211, 286, 288, 335, 515, 804, 967, 1139

Séparation des pouvoirs : 89, 92, 558, 706, 749, 755-758, 760-762, 765, 770-771, 799-803, 808-809, 813-818, 820, 822, 824-825, 827, 829-831, 835, 837-838, 847, 854, 999, 1221, 1238

Service central de prévention de la corruption : 68, 415, 914

— T —

Techniques spéciales d'enquête : 80, 1008

Trafic d'influence : 28, 39, 47, 62, 82, 118, 446, 605, 801, 804, 806, 835, 941, 1050, 1078, 1085, 1134, 1136

Transparence : 28, 67-68, 76, 78, 82, 631, 655, 745, 749, 751, 753-756, 760, 766-768, 770, 772, 775, 779, 782, 784-786, 792, 794, 798, 801, 804, 810, 812-813, 815, 819, 821, 827, 832-833, 837, 854, 858, 860-861, 863, 872, 874, 877-879, 881-882, 886, 888, 890-891, 899-900, 904, 912-914, 919, 925, 927-929, 931-933, 935, 937, 940, 942, 949, 954-955, 964, 968, 980, 993-994, 996, 998, 1241, 1243, 1245-1246

— U —

Unité de l'incrimination : 259

TABLE DES MATIERES

Sommaire	9
Principales abréviations	11
INTRODUCTION.....	13
§ 1. La lutte contre la corruption.....	19
I. La corruption	19
A. En droit français	20
B. En droit koweïtien	22
1. Le droit islamique	22
2. Le droit positif	24
a. L'élaboration du Code pénal koweïtien	24
b. La définition de la corruption en droit pénal koweïtien.....	25
C. La définition de la corruption dans notre étude.....	26
II. Le processus de lutte contre la corruption.....	26
A. La transposition des textes internationaux	27
1. Convention des Nations unies contre la corruption	27
2. Autres textes internationaux	29
B. Le contexte national	30
1. En France	30
2. Au Koweït.....	33
C. Les moyens de lutte contre la corruption	35
§ 2. Les principes fondamentaux	37
§ 3. Le sujet : La lutte contre la corruption « à l'épreuve » des principes fondamentaux	39
I. La problématique.....	39
II. La méthode.....	41
III. Le plan	41
PREMIERE PARTIE. UNE POLITIQUE D'INCRIMINATION PARADOXALE A L'EGARD DES PRINCIPES FONDAMENTAUX	43
TITRE I. LA DELIMITATION DE L'INCRIMINATION DE CORRUPTION EN RESPECT DES PRINCIPES FONDAMENTAUX	47
CHAPITRE I. LE SUJET DE L'INCRIMINATION DE CORRUPTION.....	53
Section I. La consécration originale de la qualité de corrompu	55
§ 1. L'identification de corrompu dans la fonction publique.....	56
A. L'identification évolutive du corrompu	57
1. Le corrompu dans les codes pénaux primitifs.....	57
2. Le corrompu dans les modifications des codes pénaux	60
B. L'autonomie octroyée au juge pénal pour définir la qualité de corrompu	64
1. La notion restrictive de la qualité de fonctionnaire en droit administratif.....	65
2. La notion extensive de la qualité de fonctionnaire en matière pénale	67
a. Débat doctrinal.....	68
b. Solution législative	69
c. Acceptation jurisprudentielle	71
§ 2. L'identification de la qualité de corrompu hors fonction publique.....	72
A. Le corrompu dans le secteur privé	73

1. Le corrompu dans le Code pénal du 1810.....	73
2. Le corrompu dans le code pénal actuel.....	76
B. Le corrompu extra national.....	79
1. Le corrompu international.....	80
2. Le corrompu étranger.....	81
Section II. L'adoption d'une modalité garantissant la répression du corrupteur.....	85
§ 1. L'inadaptation de la théorie de la complicité pour réprimer le corrupteur.....	86
A. l'impunité tenant à l'acte accessoire du corrupteur.....	87
1. Cas d'impunité.....	88
2. Solution jurisprudentielle.....	88
B. L'impunité tenant à la tentative de complicité.....	90
§ 2. L'incrimination autonome du fait de corrompre.....	92
A. La répression de corrupteur en droit koweïtien.....	92
1. Articles.....	92
2. Débat doctrinal.....	93
3. Jurisprudence.....	95
B. La répression du corrupteur en droit français.....	96
Conclusion du chapitre I.....	99
CHAPITRE II. L'OBJET DE L'INCRIMINATION DE CORRUPTION.....	101
Section I. L'effectivité de l'élément matériel.....	103
§ 1. La conciliation de l'interprétation des procédés de la corruption avec le principe de légalité criminelle.....	104
A. La réalisation des procédés de la corruption.....	104
1. L'antériorité du pacte de corruption.....	105
a. En droit français.....	106
b. En droit koweïtien.....	109
2. La réalisation indirecte ou l'intervention d'un tiers.....	110
a. En droit français.....	110
b. En droit koweïtien.....	112
B. L'avantage des procédés de la corruption.....	113
1. En droit français.....	114
2. En droit koweïtien.....	115
§ 2. La conciliation de l'interprétation du but de la corruption avec le principe de légalité criminelle.....	116
A. La spécificité de l'interprétation de l'« acte de la fonction ».....	117
1. L'autonomie dans la détermination de l'« acte de la fonction ».....	118
a. Autonomie d'origine jurisprudentielle.....	118
i. Jurisprudence koweïtienne.....	119
ii. Jurisprudence française.....	120
b. Situation législative.....	121
i. En France.....	121
ii. Au Koweït.....	122
2. « L'acte de la fonction » prétendu ou pensé par erreur par le corrompu.....	123
a. En France.....	123

b. Au Koweït.....	124
B. L'indifférence de la forme de l'« acte de la fonction ».....	125
1. L'indifférence tenant à l'accomplissement ou l'abstention de l'acte de la fonction.....	125
2. L'indifférence tenant à l'acte de la fonction licite ou illicite.....	127
Section II. La mise en place d'un régime particulier à la prescription de l'action publique	131
§ 1. La légitimation des solutions jurisprudentiels relatifs à la prescription des infractions de corruption en France	133
A. Les contournements jurisprudentiels relatifs à la prescription des infractions de corruption.....	134
1. Contournement partiel	134
2. Contournement général.....	137
B. L'intervention législative	139
1. Intervention inachevée.....	140
2. Intervention achevée.....	141
§ 2. La conformité de la prescription en matière de corruption avec les principes fondamentaux	143
A. L'inexistence de principe fondamental propre à la prescription.....	144
1. Tendance législative	144
2. Débat jurisprudentiel en France	146
B. L'admission de la particularité de la prescription en matière de corruption	148
1. Principe d'égalité devant la loi	148
2. Droit d'être jugé dans un délai raisonnable	150
3. Droit d'accès à un tribunal.....	152
Conclusion du chapitre II.....	155
Conclusion du titre I	157
TITRE II. LE CONTOURNEMENT DE L'INCRIMINATION DE CORRUPTION EN NEGLIGEANT LES PRINCIPES FONDAMENTAUX	159
CHAPITRE I. LE NON-RESPECT DU PRINCIPE DE NECESSITE DE L'INCRIMINATION.....	163
Section I. L'identification du principe de nécessité de l'incrimination	165
§ 1. Le fondement constitutionnel du principe de nécessité de l'incrimination.....	166
A. Fondement général.....	166
B. Fondement particulier	168
§ 2. Le contrôle du principe de nécessité des incriminations.....	170
A. Contrôle sous-estimé.....	170
1. Principe : refus de se substituer au législateur	170
2. Exception : censurer l'erreur manifeste	172
B. Contrôle formel	173
§ 3. Les critères du principe de nécessité des incriminations	175
A. Bien juridique.....	177
B. Atteinte grave.....	179
Section II. La rupture du lien de nécessité dans les incriminations contournant la corruption.....	185

§ 1. L'incrimination de l'obtention d'un avantage supposant la corruption	186
A. Prise illégale d'intérêts dans les droits français et koweïtien	187
B. Surestimation des incriminations	191
§ 2. L'incrimination de l'acte de la fonction supposant la corruption	195
Conclusion du chapitre I	201
CHAPITRE II. LE NON-RESPECT DU PRINCIPE DE PRESOMPTION D'INNOCENCE	203
Section I. La spécificité française relative à la répression de l'enrichissement illicite	205
§ 1. Répression fondée sur la souplesse du régime juridique du blanchiment d'argent	206
A. Rapprochement de l'enrichissement illicite avec le blanchiment d'argent	206
1. Unité de catégorie	206
2. Atténuation de l'exigence d'une infraction principale	208
B. Admission de la répression de l'auto-blanchiment	210
§ 2. Répression fondée sur la souplesse des éléments constitutifs du blanchiment d'argent	212
Section II. La similitude entre droits français et koweïtien : dangereux franchissement entre répression et preuve	217
§ 1. Dispositions inacceptables	218
A. En France	218
B. Au Koweït	221
§ 2. Cas préjudiciables	222
A. Défense restrictive	223
B. Défense orientée	225
Conclusion du chapitre II	227
Conclusion du titre II	229
Conclusion de la première partie	231
DEUXIEME PARTIE. DES MODES DE PREUVE PERFECTIBLES EU EGARD AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX	233
TITRE I. LA RECHERCHE D'INDICES EN AMONT DE LA PROCEDURE PENALE : UNE ADEQUATION ACCEPTABLE AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX	239
CHAPITRE I. L'ADAPTATION DES INSTITUTIONS ANTICORRUPTION AU PRINCIPE DE SEPARATION DES POUVOIRS	243
Section I. L'indépendance des institutions anticorruption	245
§ 1. Les autorités de transparence	246
A. L'indépendance organique	247
1. Le mode de désignation	248
2. Le mandat irrévocable et non renouvelable	249
3. Le régime des incompatibilités	250
B. L'indépendance fonctionnelle	251
1. La gestion fonctionnelle	252
2. La gestion budgétaire	253
3. La personnalité morale	254
§ 2. La Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption	255

A. La mission de la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption.....	256
B. L'indépendance et l'impartialité de la Commission des sanctions	258
Section II. La limitation des prérogatives des institutions anticorruption	259
§ 1. En droit français.....	259
A. La HATVP : le respect de l'autonomie des parlementaires et des magistrats	259
1. L'interdiction d'injonction de mettre fin à un conflit d'intérêts pour la fonction parlementaire.....	260
2. La prise en compte des particularités du statut de la magistrature.....	262
B. La Commission des sanctions de l'AFA : la soumission de la procédure de sanction aux garanties fondamentales	264
§ 2. En droit koweïtien.....	266
A. Les prérogatives de l'Autorité publique anticorruption.....	267
B. Le traitement particulier des parlementaires et des magistrats.....	267
Conclusion du chapitre I.....	269
CHAPITRE II. L'ATTEINTE MESURÉE AUX PRINCIPES DE LA CONFIDENTIALITÉ	271
Section I. Le principe du respect de la vie privée	275
§ 1. La préservation de la vie privée des tiers.....	276
§ 2. La confidentialité des déclarations.....	277
A. Principe : la préservation de la confidentialité.....	278
B. L'exception : la publicité mais encadrée.....	280
§ 3. L'encadrement des prérogatives des autorités chargées du contrôle des déclarations.....	282
A. Un simple pouvoir de vérification	283
B. Un droit de communication par demande	284
Section II. Le principe du respect du secret des affaires.....	289
§ 1. Le fondement constitutionnel et le contenu du principe du secret des affaires	290
§ 2. L'encadrement des informations publiées dans le répertoire numérique des représentants d'intérêts	292
A. Le répertoire numérique des représentants d'intérêts	292
B. Les mesures de l'atteinte	294
§ 3. L'encadrement du pouvoir de contrôle de l'Agence française anticorruption.....	295
A. Les contrôles	296
B. Les dispositions encadrant le secret des affaires	297
Section III. La protection strictement conditionnée des lanceurs d'alerte	299
§ 1. Le régime de protection des lanceurs d'alerte	300
A. Protection d'identité.....	300
B. Protection du lanceur d'alerte dans ses fonctions	301
C. Protection contre la responsabilité pénale.....	303
§ 2. Les conditions strictes de la protection du lanceur d'alerte	304
A. Le droit français	304
1. Procédure graduée de signalement	304
2. Agissement désintéressé et de bonne foi	305
B. Le droit koweïtien	306
1. Dénonciation.....	306

2. Dénonciation justifiée par des indices sérieux	307
Conclusion chapitre II	309
Conclusion du titre I	311
TITRE II. LES TECHNIQUES SPECIALES DE L'ETABLISSEMENT DE LA PREUVE : DES TENSIONS PERCEPTIBLES EU EGARD AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX.....	313
CHAPITRE I. UN EFFORT DE RATIONALISATION DES TECHNIQUES D'INVESTIGATION POLICIERES POUR RESPECTER LES PRINCIPES FONDAMENTAUX	317
Section I. La similitude du respect du principe de loyauté de la preuve entre le droit français et le droit koweïtien : traitement attentif de la provocation policrière.....	319
§ 1. La distinction entre la provocation à l'infraction et la provocation à la preuve.....	320
A. Droit koweïtien.....	320
B. Droit français	322
1. Jurisprudence	322
2. Législation.....	324
§ 2. L'application de la distinction en matière de corruption.....	324
A. Nécessité de ne pas être à l'initiative des faits corruptifs.....	325
1. La provocation par les agents policiers	325
a. Au Koweït	325
b. En France	327
i. Jurisprudence	327
ii. Législation	328
2. La provocation par le particulier	329
B. Corroboration par d'autres preuves.....	330
1. Tradition jurisprudentielle.....	331
2. Exigence législative en droit français (cas particulier)	332
Section II. La dissimilitude du respect du principe de légalité de la preuve entre les droits français et koweïtien	333
§ 1. Le respect de la légalité de la preuve en droit français	334
A. L'extension des techniques d'investigation de la criminalité organisée à la corruption.....	335
B. La légalité comme justification de l'extension des techniques d'investigation de la criminalité organisée à la corruption.....	338
§ 2. Le respect insuffisant de la légalité de la preuve en droit koweïtien.....	339
A. Les dispositions légales de nouvelles technologies.....	339
B. La base légale incertaine des enregistrements clandestins	341
Conclusion du chapitre I	345
CHAPITRE II. L'ENCADREMENT INCERTAIN DE LA PROCEDURE DU REPENTI	347
Section I. L'adoption de la procédure du repentir	349
§ 1. En droit français	349
A. L'application limitée de l'article 132-78 du Code pénal.....	350
B. La procédure du repentir en matière de corruption.....	353
1. Réduction de peine.....	353

2. Modalité peu cohérente.....	355
§ 2. En droit koweïtien.....	357
A. L'absence de norme générale.....	357
1. Partie générale du Code pénal	357
2. Code de procédure pénale.....	358
B. La procédure du repentir en matière de corruption	360
Section II. L'incertitude de la sauvegarde des principes fondamentaux.....	365
§ 1. Les principes fondamentaux du droit pénal	366
A. L'égalité	366
1. Champ d'application matériel.....	366
2. Champ d'application personnel	368
B. L'individualisation des peines.....	369
§ 2. Les principes fondamentaux de procédure pénale	371
A. La loyauté de la procédure pénale.....	372
B. La présomption d'innocence	373
1. Droit au silence	374
2. Droit de ne pas s'incriminer.....	375
C. Le procès équitable	378
Conclusion du chapitre II.....	383
Conclusion du titre II.....	385
Conclusion de la deuxième partie	387
CONCLUSION GENERALE	389
ANNEXE LES INSTITUTIONS ANTICORRUPTION EN FRANCE ET AU KOWEÏT	393
BIBLIOGRAPHIE	401
I. Dictionnaires.....	403
1. En français	403
2. En arabe	403
II. Manuels, ouvrages généraux et Traités	403
1. En français	403
2. En arabe	404
III. Ouvrages spécialisés	405
1. En français	405
2. En arabe	407
IV. Thèses et mémoires.....	407
1. En français	407
2. En arabe	408
V. Articles et chroniques.....	409
1. En français	409
2. En arabe	419
3. En autres langues	420
VI. Encyclopédies	420
1. En français	420
2. En arabe	421
VII. Notes, observations et commentaires de jurisprudence.....	421

VIII. Jurisprudence.....	423
1. En français.....	423
a. Cour européenne des droits de l’homme	423
b. Conseil constitutionnel.....	424
c. Cour de cassation	426
d. Conseil d’État.....	429
e. Juridictions du fond.....	429
2. En arabe.....	430
a. Cour constitutionnelle	430
b. Cour de cassation	430
c. Juridictions du fond.....	432
IX. Travaux des institutions	432
1. Rapports parlementaires.....	432
a. Assemblée nationale.....	432
b. Sénat.....	433
2. Comptes rendus.....	433
3. Conseil d’État.....	433
4. Commissions spécialisées	434
6. Institutions internationales	434
a. En français.....	434
b. En arabe.....	435
INDEX	437
TABLE DES MATIERES	443