LA REVUE DU
GRASCO

www.grasco.eu
www.larevuedugrasco.eu

N°23— Juillet 2018

Parution trimestrielle Gratuite
ISSN 2272-981X

EDITORIAL

CHANTAL CUTAJAR

DIRECTRICE DU GRASCO

Plaidoyer pour une réforme de l'article 40 al. 2 du Code de procédure pénale.

L'article 40 al. 2 du Code de procédure pénale est désormais sous les feux des projecteurs depuis que « l'affaire Benalla » a été révélée par le quotidien Le Monde le 18 juillet 2018[1]. Les faits reprochés à Alexandre Benalla, adjoint au chef de cabinet du président de la République, et pour lesquels il a été mis en examen, ont été commis en marge des manifestations du 1er mai. Les qualifications retenues à l'encontre d'Alexandre Benalla sont les suivantes : « violences volontaires », « immixtion dans l'exercice d'une fonction publique en accomplissant des actes réservés à l'autorité publique », « port public et sans droit d'insignes réglementés », « recel de détournement d'images issues d'un système de vidéo-protection » et « recel de violation du secret professionnel ».

Ces faits connus intégralement ou du moins partiellement des plus hautes autorités de l'État et commis en présence de fonctionnaires auraient-ils dû être portés à la connaissance du parquet comme paraît l'exiger l'article 40 al. 2 du Code de procédure pénale ?

Aux termes de cette disposition, « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».

Il s'agit d'une disposition de portée générale qui s'applique aux agents titulaires de la fonction publique, c'est-à-dire des fonctionnaires nommés dans un emploi permanent et titulaires dans un grade de la hiérarchie des administrations de l'État ou des collectivités territoriales ainsi que des agents publics non titulaires. L'article 40 al. 2 s'applique également aux autorités constituées à savoir les détenteurs d'un mandat électif, les magistrats, les préfets, sous préfets et les ministres.

L'obligation vise l'ensemble des crimes et délits qui doivent être portées à la connaissance du procureur de la République « sans délai » c'est-à-dire, sur le champ.

SOMMAIRE

EDITO 1

INTERVIEW :

ELISABETH PELSEZ, DÉLÉGUÉE INTERMINISTÉRIELLE À L'AIDE AUX VICTIMES 4

CONSTATS ET PRÉCONISATIONS :

L'UTILISATION DU DARKNET POUR LE TRAFIC DE STUPÉFIANTS EN FRANCE, PAR VINCENT LE BÉGUEC 10

DOCTRINE SCIENCES CRIMINELLES :

LES POSSIBILITÉS ET LES LIMITES DES INVESTIGATIONS NUMÉRIQUES, PAR JEAN-ARNAUD CAUSSE, JEAN-LOUIS COURTEAUD ET PHILIPPE LAJEUNESSE. 15

DOCTRINE JURIDIQUE :

LA DÉCISION D'ENQUÊTE EUROPÉENNE EN MATIÈRE PÉNALE, PAR CÉLINE GUILLET 22

LA PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE, PAR ERIC ALT 26

JURISPRUDENCE !:

PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE SUR LE DÉLIT DE PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS, PAR DOROTHÉE GOETZ. 34

CONFUSION DES PEINES : PRÉCISIONS QUANT À L'APPLICATION DE L'ARTICLE 132-23-1 DU CODE PÉNAL , PAR EMILIE EHRENGARTH 38

REGARDONS AILLEURS :

RÉFLEXIONS SUR LA CAMPAGNE ANTI-CORRUPTION MENÉE PAR LES ÉTATS-UNIS : DES LEÇONS DE MORALE AMÉRICAINES ? PAR MATT R. LADY 42

Aucune condition de forme n'est imposée de sorte qu'une simple déclaration orale est suffisante.

Sur le fond, il n'appartient pas à ces autorités de qualifier les faits de sorte que l'obligation s'impose en présence d'indices tangibles et objectifs des infractions commises. L'agent n'a pas à exercer de contrôle d'opportunité sur la transmission au procureur de la République des éléments de preuve recueillis.

Pour autant, force est de constater qu'il existe des freins puissants à la mise en œuvre de cette disposition comme en témoigne d'ailleurs les différentes auditions réalisées dans le cadre des commissions d'enquête de l'Assemblée nationale et du Sénat.

Le principal tient à la portée juridique de l'obligation de signalement qui n'est assortie d'aucune sanction pénale ce qui conduit à s'interroger sur le caractère obligatoire ou facultatif de cette obligation.

Une circulaire du 21 juin 2004 du ministre de la Justice aux procureurs généraux et aux procureurs de la République rappelle à propos du délit de corruption, le caractère impératif de cette disposition. La circulaire relative à la lutte contre la fraude fiscale du 22 mai 2014 quant à elle, circonscrit étroitement et sans fondement légal le champ de l'article 40 al. 2 aux infractions de droit commun pour lesquelles l'administration n'a pas subi de préjudice direct. S'imposant personnellement à l'agent qui a constaté les faits, la circulaire note néanmoins que « l'obligation de dénonciation posée par l'article 40 du Code de procédure pénale (...) ne saurait relever les agents de l'obligation qu'ils ont également de rendre compte à leur hiérarchie des constatations qu'ils ont effectuées », le tout pour « éviter d'éventuelles erreurs d'analyse juridique et de tenir compte, le cas échéant d'éléments connus qu'ils ignoreraient ».

Il est clair qu'une intervention législative s'avère nécessaire pour doter l'article 40 al. 2 d'une force obligatoire indiscutable et d'en faire ainsi un levier pour garantir l'État de droit.

Il suffirait d'adjoindre un nouvel al. 3 prévoyant une peine qui pourrait être de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende .

Mais ce n'est pas tout. Il est nécessaire également de préserver les agents de toute tentative de dissuasion d'aviser le procureur de la République qui pourrait procéder des poursuites pour dénonciation calomnieuse ou violation du secret professionnel. C'est la raison pour laquelle il convient d'ajouter qu' « Aucune poursuite fondée sur les articles 226-10 et 226-13 du Code pénal ne peut être intentée contre l'auteur de la dénonciation faite de bonne foi. La révélation effectuée dans les conditions prévues à l'article 40 al. 2 ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de bonne foi ».

La démocratie est structurellement fragile. Elle ne peut survivre que si chaque citoyen à la place qui est la sienne contribue à la préservation de l'État de droit. Encore faut-il doter les citoyens des outils nécessaires à cette mission.

C'est la raison pour laquelle une réforme de l'article 40 al. 2 s'impose.

Notes :

1. Voir notamment https://www.lci.fr/faits-divers/affaire-benalla-que-s-est-il-passe-le-1er-mai-place-de-la-contrescarpe-couple-violences-2094180.html

© Toute reproduction ou utilisation des articles de la revue du ***GRASCO*** est interdite sans l'autorisation préalable du ***GRASCO*** et ne peut être effectuée qu'en vue de l'utilisation qui aura été acceptée par le GRASCO

La Revue du GRASCO doit être citée de la manière suivante : L.R.D.G., année, n° xx, p. xxx

COMITÉ SCIENTIFIQUE DU GRASCO

Jean Pradel : Jean PRADEL né en 1933 fut successivement magistrat (de 1959 à 1969), puis professeur agrégé en 1969. D'abord affecté à la Faculté de droit de Tunis, il gagne Poitiers en 1972. Il a écrit divers ouvrages, notamment - Droit pénal général, Procédure pénale, Droit pénal comparé, Droit pénal spécial (en collaboration avec M. Danti-Juan) et Droit pénal européen (avec G. Corstens, président de la Cour suprême des Pays-Bas et G. Vermeulen). Il a présidé l'Association française de droit pénal et participé à de nombreux congrès internationaux

Yves Strickler : Docteur de l'Université de Strasbourg, Maître de conférences à Toulouse, Professeur agrégé à Nancy, puis à Strasbourg où il a dirigé l'Institut d'études judiciaires, exercé les fonctions de Vice-président du Conseil scientifique et créé la Fédération de recherche CNRS *L'Europe en mutation*, il est depuis 2010 **Professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis**, où il dirige le *Centre d'études et de recherches en droit des procédures* (CERDP). Il y enseigne le droit civil et le droit processuel.

François Fourment : professeur de droit privé et sciences criminelles à l'Université de Lorraine. Il y dirige l'Institut François Geny (EA n° 1138). Il est spécialiste de droit pénal, plus particulièrement de procédure pénale, de droit pénal européen des droits de l'Homme et de droit pénal de la presse. Il est notamment l'auteur d'un manuel de procédure pénale (éditions Paradigme) et responsable des chroniques de jurisprudence de procédure pénale (trimestrielles) et de droit de la presse (quadrimestrielles) à la *Gazette du Palais*, dont il codirige l'édition trimestrielle spécialisée de "Droit pénal et procédure pénale".

Michel Storck : professeur à l'Université de Strasbourg. Il dirige le Centre du droit de l'entreprise. Il est responsable du Master droit des affaires. Il est Président de la Fondation des Presses Universitaires de Strasbourg. Il assure des enseignements en droit des affaires, notamment en droit des marchés financiers.

Juliette Lelieur : maître de conférences à l'Université de Strasbourg, membre de l'Unité mixte de recherche DRES et habilitée à diriger des recherches, membre de la Commission nationale des sanctions (lutte contre le blanchiment de capitaux). Spécialisée en droit pénal des affaires et droit pénal international, européen et comparé, elle a été chercheuse à l'Institut Max Planck de droit pénal étranger et international ainsi qu'à l'Université de Bâle et a participé aux travaux du Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE en tant que collaboratrice du Président. Elle a codirigé la publication de deux ouvrages : L'espace judiciaire européen civil et pénal : Regards croisés, Dalloz, 2009 et Combattre la corruption sans juge d'instruction, Secure-Finance, 2011.

Jean-Paul Laborde : conseiller à la Cour de cassation, chambre commerciale. Il a dirigé pendant de longues années la branche prévention du terrorisme de l'Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDC) basé à Vienne. Il a été Directeur de l'Equipe spéciale de la lutte contre le terrorisme des Nations Unies et Conseiller spécial du Secrétaire général. Il est l'auteur notamment de "État de droit et crime organisé – Les apports de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée", Paris, Dalloz, 2005.

Claude Mathon : avocat général à la Cour de cassation (chambre criminelle). Auparavant, après avoir développé une carrière essentiellement comme procureur de la République, il a dirigé le Service Central de Prévention de la Corruption. A cette occasion, outre les matières satellites de la corruption comme les fraudes, le blanchiment..., il a eu l'opportunité de se spécialiser en intelligence économique et a présidé à la rédaction de trois rapports : «Entreprises et intelligence économique, quelle place pour la puissance publique ? - 2003 », « Intelligence économique et corruption - 2004 », « La protection du secret des affaires : enjeux et propositions - 2009 ».

Jocelyne Leblois-Happe : Professeur à l'Université de Strasbourg, chargée de cours à l'Université Albert-Ludwig de Fribourg-en-Brisgau, membre du groupe European Criminal Policy Initiative et du groupe d'experts sur la politique pénale de l'UE auprès de la commission européenne

ELISABETH PELSEZ, DÉLÉGUÉE INTERMINISTÉRIELLE À L'AIDE AUX VICTIMES

PROPOS RECUEILLIS PAR JOCELYNE KAN

L.R.D.G. : Par décret du 9 août 2017, vous avez été nommée déléguée interministérielle à l'aide aux victimes auprès de la Justice ; quelles sont vos missions ?

Les attributions de la déléguée interministérielle sont contenues dans le décret portant création de la DIAV (2017-1240 du 7 août 2017), elles prévoient :

- la coordination dans la durée de l'action des différents ministères en matière de suivi et d'accompagnement des victimes d'actes de terrorisme, d'accidents collectifs, de catastrophes naturelles, de sinistres sériels et d'autres infractions pénales, notamment en matière d'indemnisation ;

- l'amélioration des dispositifs d'aide aux victimes, notamment en matière d'information des victimes, de transparence, de simplification et d'accélération des démarches administratives ;

- la coordination de l'ensemble des actions des ministères dans leurs relations avec les associations de victimes et d'aide aux victimes ;

- la préparation des réunions du comité interministériel de l'aide aux victimes ;

le crédit photo (c) Sylvain Ley / Secours Mag

- le pilotage, le suivi, la coordination et le soutien des comités locaux d'aide aux victimes ;

- la coordination, en tant que de besoin, des services de l'État pour l'organisation des hommages et des commémorations.

L.R.D.G. : De quels moyens disposez-vous ?

La DIAV dispose d'un budget propre pour son fonctionnement mais il faut surtout mentionner le budget de l'aide aux victimes, assez considérable, puisqu'il est de 27,7 millions d'euros en 2018. Son augmentation en 10 ans a été de 174%. Depuis le milieu des années 1980, la politique de l'aide aux victimes a été traditionnellement dévolue au ministère de la Justice, lequel n'a cessé d'augmenter les crédits en faveur des associations d'aide aux victimes notamment toutes celles fédérées au sein de France Victimes (132 associations) et en faveur d'associations de victimes qui se sont créées plus récemment.

Enfin, il faut rappeler que de nombreux projets portés par la DIAV sont par essence interministériels, ce qui signifie que non seulement les autres ministères contribuent à leur conception et leur mise en oeuvre mais également à leur financement. Ce sera le cas notamment du centre national de ressources et de résilience auquel les ministères de la Justice, de la Santé et des solidarités, de la Recherche, des Armées et de l'Intérieur prendront part sur le plan budgétaire.

Mais on peut également citer le

projet du Système d'information Interministériel des Victimes d'Attentats et de Catastrophes (SIVAC), une des actions du plan interministériel de l'aide aux victimes qui facilite le partage des informations entre les dif-férents acteurs de l'aide aux victimes en accroissant la rapidité, la précision et la pertinence des informations échangées, pour apporter aux victimes une ouverture accélérée de leurs droits, une simplification de leurs démarches et un meilleur accompagnement.

L.R.D.G. : Quelle est l'évolution de la prise en charge des victimes d'actes de terrorisme ?

Les victimes d'actes de terrorisme bénéficient d'un corpus juridique protecteur et d'un régime d'indemnisation qui repose sur la solidarité nationale.

Les bases de ce dispositif législatif et réglementaire ont été posées à la fin des années 80 avec la création du Fonds de garantie des victimes du terrorisme (loi du 19 septembre 1986) étendu aux infractions (loi du 6 juillet 1990). Le FGTI assure la réparation intégrale des dommages résultant d'une atteinte à la personne. Les victimes d'actes de terrorisme commis sur le territoire national, les personnes de nationalité française victimes à l'étranger de ces mêmes actes ainsi que leurs ayants droit, quelle que soit leur nationalité, sont ainsi indemnisés dans les conditions définies aux articles L. 422-1 à L. 422-3 du Code des assurances. Le fonds indemnise intégralement les dommages corporels des victimes blessées et les préjudices moraux et économiques des ayants droit des victimes décédées. Ce dispositif innovant repose sur la solidarité nationale, une contribution annuelle de 5,90€ étant prélevée sur chaque contrat d'assurance.

Les victimes de terrorisme se sont également vues reconnaître la qualité de victimes civiles de guerre et le bénéfice du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre par la loi n°90-86 du 23 janvier 1990. Ce statut ouvre droit à pension ainsi qu'aux avantages accessoires qui y sont liés (prise en charge des soins par l'administration chargée des anciens combattants ; exonération du paiement du ticket modérateur ; accès à l'institution nationale des Invalides, à des emplois réservés et à l'aide sociale assurée par l'office national des anciens combattants et victimes de guerre ; statut de pupille de la Nation).

Les dispositions de l'article 9-2 de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique prévoient également une aide juridictionnelle de droit pour les victimes de terrorisme et leurs ayants droit, qui ne sont donc pas soumis à la condition de ressources.

Après les attentats de masse de 2015, le dispositif législatif et réglementaire a été renforcé, ouvrant aux victimes le bénéfice d'exonérations fiscales et des droits en matière de prise en charge des soins médicaux et psychologiques. Les victimes directes de l'acte de terrorisme bénéficient d'une prise en charge à 100% de tous les soins qui ont été ou seront prodigués en lien avec les évènements (consultations médicales, frais de transport, médicaments, forfait hospitalier, dépassements d'honoraires, frais d'appareillage, soins psychiatriques...). La loi prévoit également une prise en charge des consultations psychiatriques pour les victimes directes et les proches parents des victimes blessées ou décédées pendant deux ans. Sous certaines conditions, les caisses primaires d'assurance maladie peuvent également prendre en charge le suivi psychologique.

L.R.D.G. : Quelle est la déclinaison territoriale de la politique d'aide aux victimes et comment y contribuez-vous ?

Le plan interministériel à l'aide aux victimes, validé par le Premier ministre à l'occasion du comité interministériel à l'aide aux victimes réuni le 10 novembre 2017, a pour objectif de dynamiser et d'amplifier le service public de l'aide aux victimes, notamment par le renforcement du volet territorial et la mise en place des comités locaux d'aide aux victimes (CLAV). Au niveau territorial, le premier champ d'intervention a été le terrorisme avec la création, par le décret n° 2016-1056 du 3 août 2016, des comités locaux de suivi des victimes de terrorisme (CLSV) sous l'autorité des préfets de département.

Ces comités ont rapidement démontré leur intérêt majeur. Instances de coordination entre acteurs publics et privés locaux, ils étaient chargés d'une part, de décliner au plan territorial la politique nationale de l'aide aux victimes et d'autre part, de garantir l'efficacité et la cohérence des dispositifs d'accompagnement des victimes sur l'ensemble des départements. Ils ont permis de contribuer à diffuser une culture commune de la prise en charge et de l'aide aux victimes.

Pour gagner en cohérence et en efficience, les CLSV sont devenus des CLAV étendus à toutes les victimes par le décret n° 2017-618 du 25 avril 2017 (modifiant celui du 3 août 2016 précité). Désormais, le CLAV veille à la structuration, à la coordination, à la mise en oeuvre et à l'amélioration des dispositifs

locaux d'aide aux victimes d'infractions pénales ainsi que d'actes de terrorisme, d'accidents collectifs et de catastrophes naturelles.

Le décret n° 2018-329 du 3 mai 2018, modifiant celui du 3 août 2016 précité, clarifie le dispositif, améliore sa lisibilité et son efficacité.

Chaque CLAV doit définir la stratégie territoriale adoptée en matière d'aide aux victimes, notamment par l'élaboration d'un schéma départemental présentant les dispositifs locaux, à la fois généraux et spécialisés d'aide aux victimes, évaluant les moyens et l'organisation territoriale de l'aide aux victimes et dégageant des priorités d'action. Pour assurer la structuration du réseau des acteurs, il élabore et actualise régulièrement un annuaire pour la mise en oeuvre des droits accordés aux victimes (prise en charge, suivi, indemnisation). Les CLAV visent ainsi à partager toutes les informations concernant les dispositifs propres à chaque acteur et à vérifier que l'ensemble des besoins des victimes et de leurs familles est pris en compte localement.

Il y a actuellement 44 comités et 15 sont en cours de création. L'objectif est qu'il y en ait un dans chaque département fin 2018. Le rôle de la délégation est d'accompagner les départements dans la création et l'installation de ces comités puis d'en assurer le soutien, le suivi et la coordination.

L.R.D.G. : Qu'en est-il de la charte des associations de victimes et d'aide aux victimes que vous souhaitez créer ?

Dans le cadre des dispositifs de prise en charge des victimes d'acte de terrorisme, l'instruction interministérielle du 10 novembre 2017 précise que « le directeur de la cellule interministérielle d'aide aux victimes (CIAV) peut faire appel aux associations d'aide aux victimes et de victimes conventionnées par le ministère de la Justice pour participer à la composition de la CIAV et intégrer ses équipes. Les modalités de leur intervention dans le dispositif de prise en charge des victimes d'acte terroriste fait l'objet d'une charte d'engagement ».

Sur la base du retour d'expérience des attentats commis en Catalogne en août 2017, la délégation a dégagé des principes d'action communs avec le centre de crise et de soutien du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères en charge de la CIAV et les associations. Une charte d'engagements a été rédigée précisant le cadre et les modalités d'intervention des fédérations et des associations au dispositif de prise en charge des victimes d'acte(s) de terrorisme en cas de déclenchement de la CIAV ou d'une cellule de crise quand l'acte terroriste est commis à l'étranger. Elle prévoit la participation des associations au sein de l'état-major de la CIAV à Paris et au sein des lieux d'accueil des familles sur le terrain, puis organise le passage de relais vers l'accompagnement à long terme des victimes.

La charte a été signée le 6 avril 2018 entre la déléguée interministérielle à l'aide aux victimes, le ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, France Victimes, l'AfVT (association française des victimes de terrorisme) et la FENVAC (Fédération nationale des victimes d'attentats et d'accidents collectifs).

L.R.D.G. : Le 10 novembre 2017, le Premier ministre a réuni le deuxième comité interministériel de l'aide aux victimes pour présenter les grands axes de son plan d'actions en faveur des victimes d'infractions pénales et d'événements de masse. Lors de cette réunion, vous avez formulé avec le ministre de la solidarité et de la santé un certain nombre d'engagements. Quels sont-ils ? certains ont-ils déjà été réalisés ?

Ces engagements concernent la prise en charge psychologique des victimes et sont déclinés en 15 mesures pour améliorer l'accompagnement psychologique ; en effet les traumatismes psychologiques non pris en charge sont souvent à l'origine du développement de comportements à risques, de pathologies somatiques et de différents troubles regroupés sous le terme de troubles psychiques post-traumatiques. Certaines mesures sont déjà effectives telles que proposer systématiquement à chaque victime de catastrophes et d'accidents de grande ampleur ou d'évènements susceptibles d'entraîner d'importantes répercussions psychologiques, une prise en charge médico-psychologique en urgence par les biais des cellules d'urgence médico-psychologique (CUMP) mises en place dans chaque département.

Les CUMP s'inscrivent dans le schéma ORSAN (organisation de la réponse du système de santé en situations sanitaires exceptionnelles).

Par ailleurs d'ici la fin de l'année 2018 seront mises en place dans certains centres hospitaliers répartis sur le territoire, 10 unités spécialisées dans la prise en charge des psychotraumatismes.

Les autres mesures telles que concevoir des contenus de formations sur le psychorraumatisme à destination de tous les professionnels, recenser, promouvoir et stimuler la recherche scientifique sur le sujet relèveront du futur centre

national de ressources et de résilience qui doit être créé d'ici la fin de l'année 2018.

L.R.D.G. : Un centre national de ressources et de résilience sera mis en place en 2018 ; comment sera-t-il composé et quelles seront ses missions ?

Mesure phare du plan interministériel de l'aide aux victimes, la création d'un « centre national de ressources et de résilience » à vocation pluridisciplinaire et interministérielle est prévue avant la fin de l'année 2018. Sous l'égide de la délégation interministérielle à l'aide aux victimes, un groupe de travail composé de représentants de plusieurs ministères concernés a élaboré ces derniers mois un cahier des charges qui sera soumis prochainement à un appel à projet. Adossé à un établissement hospitalier, ce centre qui sera juridiquement autonome, ne dispensera pas de soins et n'accueillera pas de victimes mais sera chargé de recenser les différents travaux de recherche sur la prise en charge des psychotraumatismes, de promouvoir la recherche sur ce sujet, d'organiser et d'animer un réseau de professionnels afin de diffuser les différentes pratiques de prises en charge, d'informer et de communiquer sur l'avancée de la recherche en matière de psychotraumatismes, et de contribuer à la formation des différents intervenants confrontés à la détection et à la prise en charge des troubles psychiques post-traumatiques. L'aspect pluridisciplinaire sera important car outre les personnels de santé, le centre fonctionnera également avec un ou des chercheurs en sciences humaines et sociales. Plusieurs ministères (santé, recherche, justice, intérieur, armée, éducation, etc.) aux côtés de plusieurs partenaires institutionnels contribueront au fonctionnement du centre.

L.R.D.G. : Existe-il une coopération d'aide aux victimes au niveau européen et internationale ?

L'amélioration de la coopération internationale et en particulier européenne dans la prise en charge des victimes est devenue un enjeu majeur au regard de l'internationalisation de la délinquance et de la multiplication des cas transfrontaliers. La plupart des textes et instruments européens et internationaux de lutte contre la criminalité comprennent désormais des dispositions relatives aux droits et à la prise en charge des victimes, à l'instar de la directive européenne du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme.

Outre ces instruments, plusieurs réseaux de professionnels, administrations ou associations, facilitent cette coopération depuis plusieurs années.

Elle doit cependant être développée, et c'est le sens de l'un des principaux axes du plan interministériel d'aide aux victimes.

Dans la lignée des travaux de la conférence internationale pour l'aide aux victimes organisée le 9 janvier 2017 à Paris, le plan prévoit en effet d'améliorer cette coopération. Cela passe notamment par l'implication importante de la France dans le réseau européen des droits des victimes (ENVR), créé en 2015, qui vient de se structurer au sein d'une association et bénéficie d'un financement de la Commission européenne pour 4 ans. Espace de dialogue et de coopération en vue de favoriser la transposition de la législation européenne en matière d'aide aux victimes, ce réseau regroupe des professionnels membres d'administrations en charge de l'aide aux victimes dans les 28 pays de l'Union européenne. Ils se réunissent lors de séminaires de travail deux fois par an, et échangent régulièrement informations et pratiques. Le point de contact français, qui est aussi manager au sein du réseau, se trouve désormais au sein de la DIAV.

L'organisation par la DIAV d'assises européennes des associations d'aide aux victimes et de victimes à Paris, le 5 novembre 2018, doit aussi permettre de faciliter cette coopération. La prise en charge des victimes repose en effet bien souvent en Europe sur les associations. Ce colloque a vocation à favoriser leurs échanges, leur connaissance mutuelle et la diffusion de leurs bonnes pratiques et projets, et améliorer ainsi concrètement leur coopération dans la prise en charge des victimes.

J'ai souhaité que le thème soit celui de la résilience, afin de réfléchir ensemble sur les parcours offerts aux victimes pour se reconstruire.

L.R.D.G. : Comment sont épaulées et accompagnées les victimes françaises d'attentats commis à l'étranger ?

Les victimes françaises d'attentats terroristes commis à l'étranger bénéficient des mêmes droits et de la même prise en charge que les victimes françaises d'attentats commis en France (ex de l'attentat de Barcelone, de Londres ou encore du musée du Bardo à Tunis pour ne citer que les plus récents).

Ainsi, au titre de la prise en charge psychologique, les victimes directes sont accompagnées et prises en charge à 100% pour tous les soins qui sont en lien avec l'attentat. Les victimes directes et les proches parents des victimes blessées ou décédées bénéficient également d'une prise en

charge des consultations psychiatriques pendant deux ans.

Sur le plan de la prise en charge indemnitaire, le FGTI assure également une réparation intégrale des dommages résultant de l'attentat. Celui-ci étend en effet sa garantie à toutes les victimes françaises en cas d'attentat terroriste commis à l'étranger dans les conditions définies aux articles L422-1 à L422-3 du Code des assurances. Le fonds indemnise intégralement tous les dommages corporels des victimes blessées et les préjudices moraux et économiques des ayants droit des victimes décédées. Il est important de souligner que notre système d'indemnisation, tel qu'il est aujourd'hui prévu au profit des victimes d'actes de terrorisme, est plébiscité par l'ensemble des États membres qui le considèrent comme très protecteur au profit de ces victimes.

Enfin, sur le plan judiciaire, les victimes d'attentats terroristes bénéficient d'un certain nombre de droits dans le cadre de la procédure pénale ouverte à l'étranger pour ces faits de terrorisme. Elles bénéficient de l'assistance d'un avocat commis par le bâtonnier de l'ordre des avocats de la juridiction étrangère devant laquelle le procès se tiendra, comme le prévoient de nombreuses conventions bilatérales d'entraide judiciaire en matière pénale. Elles pourront également solliciter sur place le soutien des services consulaires français du pays où se déroulera le procès, le consul de France assurant une mission de protection consulaire au profit des ressortissants français à l'étranger. En outre et parallèlement, les victimes françaises pourront déposer plainte devant les juridictions françaises qui sont compétentes notamment pour les faits délictuels ou criminels commis à l'étranger au préjudice de victimes françaises au regard de l'article 113-7 du Code pénal et ainsi bénéficier de l'ouverture d'une enquête miroir auprès de la juridiction parisienne (eu égard à la nature de ces faits et à la compétence exclusive du pôle antiterroriste du parquet de Paris). Les derniers attentats perpétrés à l'étranger en présence notamment de victimes françaises ont fait l'objet de l'ouverture d'enquête parallèle en France, tant lorsque les faits ont été commis au sein de l'Union européenne (Londres ou Barcelone) que lorsqu'ils se sont produits hors de l'Union européenne (Tunis). Sur ce point, j'ai lancé une réflexion sur la question de la prise en charge des frais de déplacement des victimes françaises lorsque leur procès se déroule à l'étranger. Je considère en effet que nous devons accompagner les victimes françaises lorsque le procès se déroule à l'étranger. L'une des mesures qui me paraît essentielle est d'assurer à celles-ci (lorsque leurs moyens ne leur permettent pas) une prise en charge de leurs frais de déplacement, leur présence au procès étant souvent vécue comme un préalable à leur reconstruction. J'ai donc lancé un groupe de travail qui est en cours de constitution sur cette problématique. J'espère ainsi arriver à uniformiser le régime juridique applicable aux frais de justice, que le procès se tienne en France ou à l'étranger.

L.R.D.G. : Le 12 février 2018, la ministre de la Justice a installé le Comité mémoriel placé sous votre égide. Comment est-il composé et quelle est sa mission ?

Tout d'abord, il faut rappeler que le Comité mémoriel a été instauré à la demande du Président de la République pour donner au souvenir la place fondamentale qui doit être la sienne. Ces attaques meurtrières qui ont provoqué de très nombreuses victimes ont profondément marqué l'ensemble de la population française mais également le monde entier. Rendre hommage à ces victimes afin que les tragédies qu'elles ont subies ne soient pas oubliées, s'impose à tous. Le devoir de mémoire s'avère essentiel pour inscrire dans le temps les évènements dramatiques de notre histoire.

Ses membres ont pour mission d'engager une réflexion approfondie sur les différentes façons de commémorer les attentats, afin de rendre hommage aux victimes, dans un esprit de rassemblement de l'ensemble de la Nation. L'enjeu est avant tout d'inscrire dans la mémoire collective ces évènements tragiques et d'assurer la transmission de leur connaissance aux générations futures.

Pour mener ses réflexions, le Comité procède à une série d'auditions et à des déplacements sur sites à des échéances régulières et rendra son rapport à la garde des Sceaux à l'été 2018.

Ce Comité rassemble neuf personnalités :

- Myriam Achari, Contrôleuse générale des Armées, Directrice des patrimoines, de la mémoire et des archives (DPMA),

- Rachid Azzouz, Inspecteur pédagogique régional d'histoire -géographie (IPR), Délégué académique à la mémoire, à l'histoire et à la citoyenneté,

- Alice Bombardier, Professeure agrégée de géographie et chargée de cours à l'Institut national des langues et civilisations orientales (INALCO),

- Isabelle Chaudieu, Chargée de recherche à l'institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) de Montpellier,

- Marc Crépon, Philosophe, Directeur du département philosophie à l'École normale supérieure (ENS) de Paris,

- Antoine Garapon, Magistrat, secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ),

- Olivier Grémont, Président de la Fondation d'aide aux victimes d'attentats (FAVT),

- Denis Peschanski, Directeur de recherche au Centre national de recherche scientifique (CNRS) et au Centre européen de sociologie et de science politique (CESSP),

- Michel Wieviorka, Directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS).

OUVRAGES RÉCENTS

ESCLAVAGE, TRAITE ET AUTRES FORMES D'ASSERVISSEMENT ET D'EXPLOITATION

DU CODE NOIR À NOS JOURS

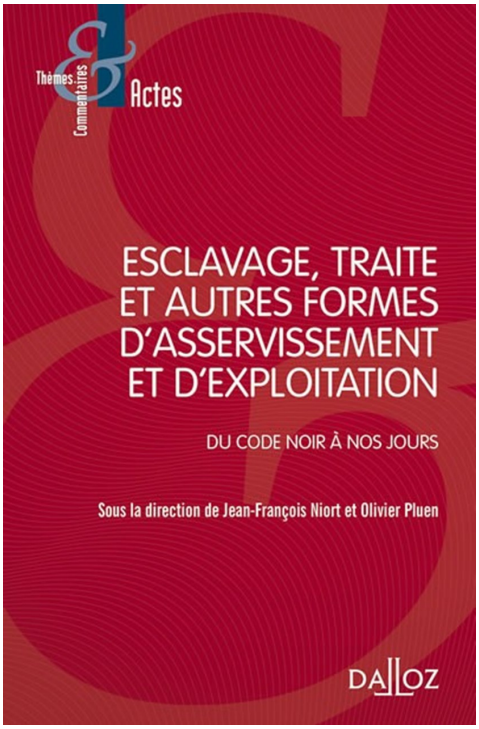
SOUS LA DIRECTION DE : JEAN-FRANÇOIS NIORT ET OLIVIER PLUEN

EDITEUR : DALLOZ

Présentation de l'éditeur

Loin d'être un phénomène révolu et propre à l'époque coloniale, les diverses formes d'asservissement et d'exploitation des êtres humains sont en pleine expansion et constituent l'un des grands défis planétaires du xxie siècle. En 2016, l'ONG spécialisée Walk Free estimait en effet à près de 46 millions le nombre de personnes réduites en esclavage ou soumises à des pratiques analogues dont la traite, la servitude et le travail forcé.

La France, à l'instar des autres États européens, n'est pas épargnée, et a été contrainte de réagir avec la loi du 5 août 2013 et le Plan d'action national triennal de lutte contre la traite des êtres humains lancé l'année suivante. Le colloque dont est issu le présent ouvrage s'est donné pour ambition d'étudier les modalités du dispositif français de lutte contre ces atteintes, d'en évaluer l'application concrète, et de dé-



gager des perspectives d'amélioration, notamment par le biais des rapports de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), autorité de référence à cet égard.

Cependant, dans le sillage des liens officiels établis par les institutions internationales comme l'UNESCO entre passé et présent, ainsi qu'à travers le choix du lieu du colloque - la Guadeloupe, territoire marqué par l'esclavage colonial français et son héritage, le but était également de revenir sur les aspects mémoriels et historiques de ces pratiques, en faisant notamment le point sur les dernières avancées scientifiques à ce sujet, et d'évoquer au passage la question des « réparations ».

Au-delà, l'ouvrage propose une vue rétrospective d'ensemble, du Code Noir à nos jours, soulignant la continuité temporelle du phénomène malgré les abolitions, mais aussi des analyses et des réflexions critiques, de même qu'un certain nombre de propositions d'ordre théorique et pratique, telle que la constitutionnalisation de la prohibition de l'esclavage, à l'exemple d'autres pays.

L'UTILISATION DU DARKNET POUR LE TRAFIC DE STUPÉFIANTS EN FRANCE

VINCENT LE BÉGUEC

COMMISSAIRE DIVISIONNAIRE, CHEF DE L'OFFICE CENTRAL POUR LA RÉPRESSION DU TRAFIC ILLICITE DES STUPÉFIANTS (OCRTIS)

Défini comme un sous-ensemble d'Internet, accessible uniquement par des logiciels spéciaux[1] conçus pour naviguer et communiquer de façon anonyme, le « *darknet* » abrite de nombreux contenus illégaux, parmi lesquels la vente de produits stupéfiants occupe la place principale.

Les informations de cet article proviennent de l'office central pour la répression du trafic illicite des stupéfiants (OCRTIS) qui, en sa qualité d'unité nationale interministérielle rattachée à la sous-direction de lutte contre la criminalité organisée et la délinquance financière (SDLCODF) de la direction centrale de police judiciaire (DCPJ), centralise les informations relatives à l'activité de l'ensemble des services de police, de la gendarmerie et de la douane dans le domaine de la lutte contre les stupéfiants. Elles sont également le fruit des consultations sur le *darknet* réalisées par l'office en 2017, ainsi que des échanges réguliers avec la sous-direction de la lutte contre la cybercriminalité (SDLC). De même, ce sujet nécessite une approche internationale, à laquelle l'OCRTIS se consacre dans le cadre des multiples coopérations policières existantes, notamment à Europol.

À ce titre, l'année 2017 aura été marquée par deux succès significatifs sur le plan international : la mise hors ligne du site *AlphaBay*, le 4 juillet 2017, puis celle du site *Hansa market* à la suite d'une opération conjointe des polices américaine et néerlandaise, qui ont en effet porté un coup d'arrêt à deux des plus grands sites de vente de produits stupéfiants du darknet.

Moins de trois ans après la fermeture du site *Silk road* par le FBI en octobre 2014, ces opérations sont importantes à deux titres. En premier lieu, la capacité à réprimer le trafic illicite en ligne a été démontrée. En second lieu, tous les services participants ont acquis une connaissance plus précise des modes opératoires qui se développent actuellement sur le darknet.

I. Les mécanismes facilitant le trafic de stupéfiants sur le darknet

Les transactions illicites sont facilitées par trois mécanismes : les forums[2], les cryptomarchés[3] et la cryptomonnaie.

Copie d'écran après la fermeture (take down) des sites AlphaBay et Hansa

A. Les forums

Le rôle des forums est central car ces lieux de discussion permettent aux internautes d'échanger des nouvelles adresses de cryptomarchés, ainsi que des avis sur certains vendeurs ou produits. En revanche, les transactions illégales[4] n'y sont pas ouvertement pratiquées.

Un suivi régulier de ces forums

permet à la fois d'acquérir le langage commun utilisé par les habitués et d'observer les tendances, que ce soit sur les produits consommés, les cryptomarchés ou les revendeurs plébiscités.

B. Les cryptomarchés

Il s'agit de sites marchands où les transactions se font exclusivement en cryptomonnaies (cf. infra).

Ces sites proposent l'achat de biens et services, parfois illégaux, dans tous les domaines : faux papiers, achat d'armes, vente de données bancaires, fraude aux services de vidéo à la demande (Canal+, Netflix...), guide de confection d'explosifs... La plupart d'entre eux s'inspirent des sites du web de surface les plus célèbres (Amazon, eBay...).

Leur particularité principale est de mettre en relation les vendeurs et les acheteurs de manière anonyme, le plus souvent grâce à des systèmes de messagerie intégrée. De plus en plus, les interlocuteurs peuvent aussi se contacter directement par les moyens de communication cryptée grand public comme Jabber, Wickr, WhatsApp ou Telegram.

Les cryptomarchés ont également deux autres finalités :

- ils servent d'intermédiaire dans le paiement des services proposés sur la plateforme. Une fois la commande validée, le site perçoit le paiement, sous la forme de cryptomonnaie, de la part de l'acheteur. Lorsque ce dernier aura signalé avoir reçu sa commande, le cryptomarché procède au transfert des fonds après prélèvement de sa commission ;

- ils permettent aux acheteurs de laisser des avis sur les vendeurs et tiers de confiance lors des paiements.

Les cryptomarchés ne sont pas exempts de risques pour les consommateurs. Il peut arriver qu'un marché ferme brutalement (« *exit scam* »[5]). Plusieurs cas ont ainsi été rapportés. Sur le darknet, lorsqu'une cessation brutale d'activité se produit, le site disparaît avec tous les Bitcoins laissés en gage. Il est alors exclu pour les vendeurs comme pour les acheteurs de pouvoir se retourner vers une quelconque autorité administrative ou judiciaire.

C. La cryptomonnaie (ou cybermonnaie)

Il s'agit d'une monnaie électronique utilisable sur un réseau informatique de pair à pair et fondée sur les principes de la cryptographie.

Les cryptomonnaies, dont la plus célèbre est le Bitcoin, sont une partie intégrante du dispositif de protection de l'anonymat : contrairement aux échanges bancaires classiques, elles peuvent être anonymisées afin de protéger les deux personnes prenant part à la transaction. L'utilisation de ces cryptomonnaies rend le volet financier de l'investigation beaucoup plus complexe[6].

Les cryptomonnaies sont légales, et il existe des revendeurs sur internet ou dans des boutiques physiques qui permettent d'acquérir facilement un portefeuille virtuel. On dénombre plus de 1200 cryptomonnaies différentes (ex. *Ethereum, Zcash, Ripple*). Certaines cryptomonnaies sont choisies parce qu'elles offrent une meilleure confidentialité (*Monero*), ou pour diversifier son porte-monnaie virtuel.

Le Bitcoin reste la principale monnaie d'échange sur le darknet. Selon la société *Chainanalysis*, plus de 660 millions de dollars en Bitcoins se seraient ainsi échangés en 2017 sur les cryptomarchés[7].

Tant qu'il assure suffisamment de garanties tant sur la fiabilité des vendeurs que sur l'anonymat des transactions, le *darknet* représente un terrain propice au développement des trafics illicites.

II. L'ampleur actuelle des trafics de stupéfiants sur le darknet

Lors de son arrestation en Thaïlande, l'administrateur du site *Alphabay*[8] a été trouvé en possession de quatre véhicules de luxe et l'équivalent de 11,7 millions de dollars en monnaie thaï provenant de son activité illégale.

A. Un marché dynamique

Les affaires réalisées durant l'été 2017 donnent une image plus précise du volume d'activité atteint sur le darknet.

Selon le FBI, le site *AlphaBay* générait entre 600 000 et 800 000 dollars de chiffre d'affaires quotidien (tous biens confondus), soit dix fois plus que *Silk road*, son équivalent historique, au moment de sa mise hors ligne par le FBI en 2014.

En matière de stupéfiants, l'activité d'*AlphaBay* se caractérise par :

- 250 000 références de produits stupéfiants (en particulier héroïne et fentanyl)[9], soit 71 % des annonces illégales du site (100 000 annonces concernaient d'autres infractions) ;

- plus de 40 000 vendeurs et 200 000 acheteurs toutes nationalités confondues ;

- la vente de stupéfiants représentait près de 80 % du chiffre

d'affaires ;

- les pays européens représentaient environ 29 % du chiffre d'affaires (soit 46 millions euros contre 116 millions euros pour le reste du monde, estimation variable de 1 à 2).

B. Une globalisation des structures et des trafics

Sur le plan informatique, les serveurs permettant de faire fonctionner *Alphabay* ont été saisis en Thaïlande, en Lituanie, au Canada et en Grande-Bretagne.

Cette opération a également mis en lumière la volatilité des cryptomarchés. Après la disparition d'*Alphabay*, le nombre d'inscrits a vraisemblablement augmenté sur d'autres sites. La police néerlandaise, qui disposait ainsi d'un compte administrateur sur Hans market[10], a donc pu constater ce phénomène. En laissant habilement fonctionner ce site, elle a pu récupérer en quelques semaines les identités de milliers de vendeurs et d'acheteurs, compte tenu de la multiplication par presque huit du volume quotidien des transactions. Deux des administrateurs ont été arrêtés en Allemagne, dès juin 2017.

Dans le cadre de cette coopération policière, l'OCRTIS a reçu d'Europol les coordonnées d'une centaine d'acheteurs domiciliés en France, qui ont ensuite été transmises aux services locaux compétents (*op. Gravesac*).

En termes d'enquête, les services répressifs adaptent leurs méthodes, lesquelles peuvent se révéler très innovantes à l'image de la prise de contrôle par le BKA allemand d'un cryptomarché proposé à la vente par les administrateurs qui souhaitaient cesser leur activité. L'achat sous couverture de ce cryptomarché a permis aux enquêteurs de récupérer des données sur les acheteurs et les vendeurs sans honorer aucune transaction.

Après le succès des fermetures coordonnées d'*Alphabay* et *Hansa Market*, le défi pour les services de police consiste à empêcher la résurgence rapide des trafics. À la fin de l'année 2017, la surveillance du *darknet* a ainsi montré que l'activité cumulée des principaux cryptomarchés était encore loin d'avoir retrouvé le niveau du début d'année.

En France, chaque année, la police nationale et la gendarmerie forment des enquêteurs capables de naviguer sous pseudonyme dans toutes les parties du darknet (cyberpatrouille), et de démarrer le cas échéant des investigations. De leur côté, les douanes ont créé une unité spécifique appelée cyberdouane.

C. Des achats portant majoritairement sur de petites quantités

La majorité des acheteurs sur les cryptomarchés achètent des petites quantités de stupéfiants : 95 % des transactions portent sur des commandes d'une valeur inférieure à 87 euros (100 dollars US). Les méthodes de livraison, qui se font principalement par voie postale, ne rencontrent pas de limite géographique. Les conditionnements sont le plus souvent réalisés avec soin afin d'éviter la détection, notamment par l'odeur, lors des contrôles aux frontières.

A contrario, les achats de plus grosses quantités (plus de 877 euros ou 1 000 dollars US) représentent 25 % des revenus générés par le trafic de stupéfiants sur le *darknet*[11]. Pour les commandes importantes, la livraison requiert l'emploi de précautions supplémentaires comme, par exemple, l'enfouissement des produits puis l'envoi de coordonnées GPS pour leur récupération.

III. Les caractéristiques du marché français

Il est techniquement difficile de déterminer la localisation précise des serveurs hébergeant les cryptomarchés et d'identifier les administrateurs.

On estime toutefois qu'il existe une dizaine de cryptomarchés d'origine française, parmi lesquels figurent « *la main noire* », site démantelé en juin 2018 par la douane française, et le « *bon coin* » (parodiant le site commercial bien connu). Ces sites qui sont rédigés en français proposent une offre limitée de produits (ex. le *bon coin* présente 18 références pour les produits stupéfiants par 3 vendeurs différents). Ils peuvent également servir de sites secondaires pour des crypto-marchés internationaux. Ces sites agissent alors comme des plateformes de redistribution secondaire pour la clientèle française.

Sur *Alphabay*, les transactions réalisées par des vendeurs basés en France, tous stupéfiants confondus, s'élevaient à 2 millions de dollars par an (estimations FBI). En nombre de transactions, les vendeurs français figuraient ainsi à la 4ème place européenne, derrière l'Allemagne (1er), les Pays-Bas (2ème) et le Royaume-Uni (3ème).

A. Les produits

L'offre s'étend à tous les produits, cocaïne, cannabis, drogues de synthèse et héroïne. On note néanmoins une prévalence des trois premiers.

Les offres rivalisent souvent de « garanties » en matière de qualité des produits, de prix et de fiabilité des services en raison de la forte concurrence entre vendeurs. Les annonces comportent des descriptions précises des marchandises, avec mention de texture (cocaïne brillante, grasse), d'odeur (kérosène), ou de conseil de consommation (pureté, rinçage, séchage). Faute de stock suffisant, il peut arriver que le vendeur prévienne que telle variété pourra être remplacée par une autre (weed indoor Diesel Soma ou Big Buddha).

B. Les niveaux de prix sont légèrement supérieurs à ceux pratiqués sur le marché « traditionnel »

Globalement, les prix semblent légèrement supérieurs à ceux constatés dans la rue[12], exception faite des drogues de synthèse. Cette différence peut s'expliquer, notamment, par le service rendu dans la mesure où le produit est conditionné puis expédié par la poste.

C. Les filières d'approvisionnement

Pour les ventes au détail, les deux principaux modes d'approvisionnement, qui ont été mis au jour, relèvent soit de l'autoproduction pour les vendeurs d'herbe de cannabis, soit de l'acquisition aux Pays-Bas pour les autres produits. Dans les deux cas, il s'agit de réseaux de petite taille[13], voire d'individus isolés.

Si certains vendeurs se spécialisent dans un type de produit, et construisent leur identité dans ce sens, on observe une tendance de plus en plus fréquente à élargir les catalogues vers une offre multi-produits, ce qui permet à la fois d'augmenter les ventes et de fidéliser la clientèle.

D. Les vendeurs

La plupart des cryptomarchés proposent d'effectuer une recherche par pays d'expédition des produits.

Il n'est cependant pas impossible qu'une personne ou un groupe d'origine étrangère se dissimule derrière un vendeur déclaré comme français.

Les vendeurs sont très attachés à leur réputation, qui leur sert de caution, tant sur les délais d'expédition, la sécurité des envois que la qualité du produit. Les cryptomarchés proposent tous les outils permettant l'évaluation des vendeurs : avis de consommateurs, nombre de commandes honorées, nombre de conflits commerciaux... Pour cette raison, certains vendeurs, actifs sur plusieurs cryptomarchés, utilisent les mêmes pseudos et logos afin de profiter de leur bonne réputation sur l'ensemble des places de vente.

De même, afin de rassurer les clients éventuels, les photos des produits proposés incluent régulièrement un logo ou une mention manuscrite du nom du revendeur. Il s'agit de prouver que le vendeur est bien en possession du produit. Certains vendeurs vont même jusqu'à inclure une prise de vue d'un « EZTEST » (test de pureté) pour attester de la qualité de leur produit.

Les vendeurs proposent les mêmes services que les grands acteurs du commerce en ligne : promotion temporaire, remplacement des commandes « perdues » ou interceptées, prix dégressif en fonction de la quantité commandée, échantillons gratuits avec certaines commandes, relance de clients réguliers...

E. Le profil des acheteurs

La détection et l'identification des acheteurs restent encore incertaines du fait de l'utilisation de cryptomonnaies et des moyens de communication chiffrée. De plus, le contrôle des centres postaux soulève d'importantes difficultés tant juridiques que pratiques. La circulation des plis contenant des produits stupéfiants bénéficie de la législation relative à la protection des correspondances, dans un contexte où le courrier commercial légal atteint actuellement un volume considérable.

Néanmoins, les acheteurs en petites quantités s'apparentent plutôt à des usagers « récréatifs », davantage centrés sur la qualité des produits. Le délai d'attente et la préparation nécessaire pour commander sur le *darknet* semblent écarter les toxicomanes voulant acheter rapidement

Produits	Prix moyen / gramme	Prix maximum	Prix minimum
Cannabis herbe	10,03 €	12 €	7,5 €
Cannabis résine	8,77 €	14 €	5,94 €
Cocaïne	84,86 €	114 €	63,39 €
Héroïne	28,74 €	36,72 €	22 €
Ecstasy (cachet)	3,91 €	5,5 €	2,3 €
Amphétamines (cachet)	5,91 €	9,80 €	1,04 €

leurs produits.

Les acheteurs trouvent dans les cryptomarchés un certain nombre d'avantages, comme l'absence de risque de violence, une meilleure garantie de qualité, un choix plus large de produits disponibles ou une offre plus diverse et accessible.

Notes :

1. Tor est aujourd'hui la passerelle la plus connue, mais il en existe d'autres comme I2P, Freenet ou Zeronet.
2. Exemple de forums francophones : French deep web : http://fdwmarkvokb5i7whnion, French freedom zone : http://ffzone4ry6efpqj3.onion
3. Quelques exemples de cryptomarchés : Dream market : http://lchudifyeqm4ldjj.onion/?ai=1675, Le bon coin : http://leboncoin43pppwv.onion/
4. Néanmoins ces forums proposent des messageries privées permettant à deux utilisateurs d'échanger directement entre eux sans regard extérieur.
5. https://www.theguardian.com/technology/2015/mar/18/bitcoin-deep-web-evolution-exit-scam-12-million-dollars.
6. Le 31 août 2017, alors qu'il se rendait aux États-Unis pour assister à une compétition internationale de barbe à Austin au Texas, Gal VALLERIUS (vendeur présumé de stupéfiants sur Dream market) était arrêté à son arrivée sur le sol américain à l'aéroport d'Atlanta en Géorgie. L'analyse de son ordinateur révélait que son coffre bitcoin recelait 500 000 $.
7. La société Chainanalysis est spécialisée dans l'étude du marché du bitcoin.
8. Alexandre Cazes, ressortissant canadien de 26 ans arrêté le 5 juillet 2017, s'est suicidé durant sa détention en Thaïlande alors qu'il devait être extradé vers les États-Unis.
9. source : Europol.
10. Déclaration de M. Rob Wainwright, directeur d'Europol.
11. Rapport Rand Europe, The role of the dark web in the trade of illicit drug, 2016.
12. « les prix des stupéfiants en France », avril 2016, OCRTIS.
13. Cf. l'enquête réalisée par la douane et la DRPJ de Versailles en mars 2017 : après une cyberinfiltration et un coup d'achat, cinq individus revendant des stupéfiants sur le cryptomarché « la main noire » ont pu être identifiés. L'enquête a permis de mettre au jour des flux financiers pour un total de 700 000 euros, la saisie de 5 kg de résine de cannabis, 1 kg de MDMA, et 6 000 euros. Ce fut également la première saisie de bitcoin réalisée en France par la douane. La saisie de l'ensemble des moyens informatiques (ordinateurs, smartphones, mais également disques durs et clé USB) est une étape cruciale de l'enquête, puisqu'ils peuvent abriter des preuves et des bitcoins. Une simple clé USB peut ainsi valoir plusieurs milliers d'euros.

OUVRAGES RÉCENTS

INTRODUCTION AU DARKNET

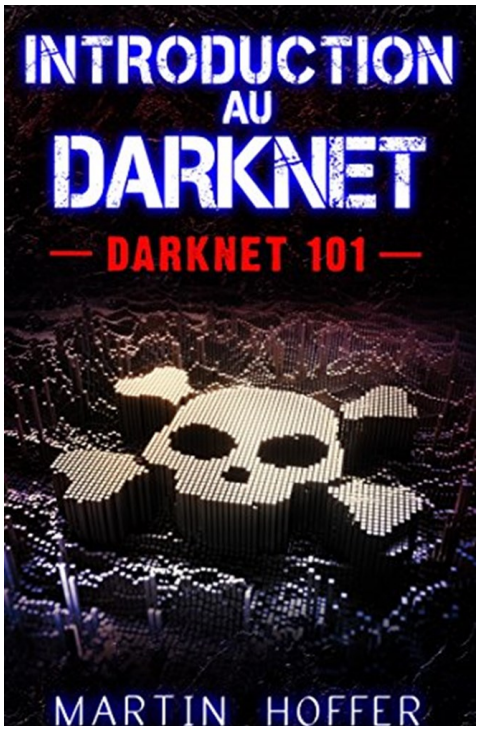
DARTNET 101

AUTEUR : MARTIN HOFFER

EDITEUR : BOOKS ON DEMAND

Présentation de l'éditeur

The Dark Web de Martin Hoffer est la lecture essentielle et perspicace dont vous rêvez. Une plongée profonde détaillée mais lisible qui soulève le couvercle va vraiment derrière le brillant et l'éclat de l'Internet visible. En passant par trois chapitres complets, Martin Hoffer propose un aperçu de l'histoire et de la structure du web sombre, du fonctionnement du web sombre et de la mesure dans laquelle la surveillance du dark web peut être une arme efficace dans la lutte contre la cybercriminalité. Dans un monde qui a maintenant une véritable économie numérique, ce travail est essentiel pour tous ceux qui cherchent à comprendre ce qui se passe dans les coulisses du monde en ligne.



LES POSSIBILITÉS ET LES LIMITES DES INVESTIGATIONS NUMÉRIQUES

JEAN-ARNAUD CAUSSE

PRÉSIDENT DE LA SOCIÉTÉ FORENSICS-DATA, EXPERT DE JUSTICE PRÈS LA COUR D'APPEL DE TOULOUSE ET LA COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE BORDEAUX

JEAN-LOUIS COURTEAUD

GÉRANT DU LABORATOIRE D'ANALYSES NUMÉRIQUES JL2C, EXPERT DE JUSTICE PRÈS LA COUR D'APPEL D'ORLÉANS ET LA COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE NANTES, AGRÉÉ PAR LA COUR DE CASSATION

PHILIPPE LAJEUNESSE

DIRECTEUR DU LABORATOIRE LAJEUNESSE EXPERTISES, PERSONNE MORALE EXPERT DE JUSTICE PRÈS LA COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE, EXPERT DE JUSTICE PRÈS LA COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE

Après plusieurs milliers d'expertises de systèmes numériques en tout genre tout au long des 10 années de coopération avec la Justice, nous avons souhaité partager notre vision du champ des possibles de l'expertise en matière numérique.

Nos environnements professionnels et familiaux se sont numérisés à pas de géant. Une partie de notre vie est consignée dans le smartphone qui nous suit au quotidien. Les enquêtes et investigations judiciaires ne s'y sont pas trompées. L'ordinateur, la tablette ou le smartphone de la victime ou de l'inculpé font l'objet de toutes les attentions. L'exploitation des données numériques a pris, au fur et à mesure du temps, toute sa part dans l'instruction des dossiers. L'expert de justice en investigations numériques est de plus en plus requis.

Notre expertise a dû évoluer, pour d'une part, suivre les évolutions technologiques, mais aussi prendre en compte les nouveaux usages et défis d'un monde toujours plus numérique. Il nous a semblé utile de revenir sur ce qu'il est possible ou pas d'attendre des investigations numériques dans la recherche de la vérité.

Comme toute forme de vulgarisation, les séries télévisées, les « légendes urbaines[1] » ont contribué au mythe du génial informaticien résolvant toutes les enquêtes au seul examen d'un ordinateur ou d'un téléphone recelant l'intégralité des faits et gestes du malfaiteur. Après avoir tapé quelques mots abscons sur son clavier, la vérité éclate au grand jour, la victime est identifiée, son agresseur est démasqué, ne restant plus qu'à l'appréhender.

La réalité est moins glorieuse et surtout plus laborieuse. Toutefois comme toutes légendes il y a souvent une part de vérité. Nous avons en tant qu'expert de Justice participé à l'établissement de la vérité avec des réussites qui justifient notre intervention aux côtés des juges d'instruction et des enquêteurs.

Il est illusoire de croire que l'expertise numérique va permettre de gagner à tous les coups et de découvrir systématiquement et instantanément le ou les auteur(s) du crime ou du délit. Soyons humbles, l'expertise numérique, dans certains cas, sera décisive, mais quelquefois elle ne servira qu'à conforter un profil, à fermer des portes, à confirmer ou infirmer un alibi, bref à aider le magistrat à se forger son intime conviction et tout cela sur une base

scientifique, reproductible et difficilement contestable.

Ce qui est indéniable, c'est que face à la numérisation croissante de la société, l'expertise numérique et le réseau français d'experts judiciaires participent de plus en plus aux investigations.

Notre spécificité est à préserver. Dans l'esprit de notre système de justice, l'expert du juge est le seul capable de traiter un dossier à charge et à décharge, sans arrière-pensée, sans autre objectif que de contribuer à faire éclater la Vérité.

Le temps de « l'Expert Roi » travaillant seul dans sa tour d'ivoire est terminé. Le volume des données maintenant disponibles, la multiplicité des sources et la complexité de leur appréhension nécessitent un dialogue renforcé entre le magistrat, les enquêteurs et l'expert en matière numérique. Ce triptyque fait souvent ses preuves. À la différence d'autres corps d'experts, nous devons travailler ensemble.

Il est cependant impérieux de revoir le mode de fonctionnement pour être complètement intégrés dans la chaîne pénale afin de savoir, à notre niveau, faire la part des choses entre ce qui est utile aux investigations et ce qui doit en être écarté. La technicité de l'expert n'est aucunement à remettre en cause. L'expert doit simplement être capable de trouver, reproduire les phénomènes et, au final, les expliquer de façon simple. À l'heure d'Internet et de la documentation en ligne, les expertises numériques peuvent être contestées à tort ou à raison et c'est grâce à cet effort de transparence que nous pourrons gagner en crédibilité.

En période de disette budgétaire, la Chancellerie n'échappe pas aux obligations d'optimisation de la dépense publique. Les services achats du ministère de la Justice réfléchissent à contraindre et faire baisser le coût des expertises en matière pénale, et notamment celles des investigations numériques. Or, l'expertise numérique est un secteur spécialisé bien particulier qui nécessite des investissements relativement importants, mais qui ne se juge pas aux coûts facturés. L'expert isolé est en voie de disparition. L'avenir se construit autour de spécialistes en investigations numériques équipés des meilleurs outils à jour des dernières mises à jour, partageant savoir-faire et méthodologie au bénéfice de la Justice.

Dans cet article, nous présentons ce qu'il est possible de faire, les difficultés que nous rencontrons régulièrement lors de nos expertises, l'évolution des systèmes et les moyens dont nous disposons pour faire face à cet ensemble de contraintes.

I. L'état et la saisie des objets

A. L'état défectueux des objets saisis

La première des problématiques se trouve au moment de la prise en compte des objets à analyser. Nos laboratoires regorgent d'appareils reçus cassés, de disques durs endommagés, de téléphones sur lequel le port de connexion ou l'écran ont été abimés...

De plus en plus, il est nécessaire qu'avant de procéder ne serait-ce qu'à une première analyse, nous soyons dans l'obligation de procéder à une réparation de l'appareil... sans être forcément équipé pour le faire et surtout sans connaître la portée exacte de notre réparation sur la préservation de la preuve. Ne parlons pas des appareils qui sont conçus pour ne pas pouvoir être réparés, société de consommation oblige.

Les appareils électroniques sont des petits objets sensibles, sensibles à leur environnement, sensibles à des phénomènes externes, aux conditions de stockage, à l'alimentation électrique, aux chocs électro-magnétiques. Bref même si ces objets numériques sont distribués très largement dans le grand public, il n'en demeure pas moins que dans le cadre de la préservation de la preuve leur saisie et leur conservation devraient faire l'objet de protocoles normalisés et généralisés devant être respectés par les services qui interviennent à l'origine de la saisie.

La seule solution est d'appliquer à la saisie de ces appareils la même rigueur que celle qui procède à la récupération des traces biologiques (ADN, papillaires ...).

B. La saisie des objets

Ce n'est pas parce que les services intervenants saisissent des objets du quotidien que ces objets doivent être traités comme des objets du quotidien. Ce sont avant tout des preuves qu'il convient de traiter comme telles.

Par exemple, pour un téléphone, quand cela est possible, afin de recueillir les différents codes de déverrouillage (données primordiales d'accès à l'appareil, le code PIN qui verrouille l'accès à la carte SIM et le code de déverrouillage du boîtier téléphonique qui permet l'accès à la mémoire du mobile), la batterie doit être retirée, et si la batterie n'est pas accessible, il faut éteindre l'appareil. La batterie, le boîtier téléphonique, la carte mémoire et la carte SIM ne

doivent pas rentrer en contact et doivent être placés dans le même scellé dans des sachets plastiques différents.

Si le téléphone est connecté à un ordinateur, il convient de ne pas oublier de saisir l'ordinateur et d'indiquer sur la fiche du scellé que ce téléphone était connecté à cet ordinateur, cela simplifiera certainement le décryptage de certaines données.

Pour les autres objets électroniques, dans la mesure où l'expertise sera effectuée post- mortem, c'est-à-dire lorsque l'appareil est ou a été éteint, il ne faut ne pas hésiter à débrancher l'alimentation électrique (même si l'appareil est allumé au moment de la saisie) et d'une façon générale, joindre à chaque scellé tous les câbles qui entourent les appareils. Même si nous disposons d'une bibliothèque de câbles, il est toujours très pénible (et coûteux en temps) de chercher un câble manquant ou de devoir le commander chez le fabricant qui mettra quelquefois plusieurs semaines pour nous le livrer.

Une fois les appareils saisis, il faut les transporter. Il n'y a rien de plus fragile qu'un disque dur, il n'y a rien qui casse plus facilement qu'un écran de téléphone, il n'y a rien qui s'altère plus rapidement qu'un composant électronique soumis à l'humidité ou à la chaleur. Même un scellé posé à proximité d'un téléphone classique peut être endommagé par les rayonnements électromagnétiques.

Le carton, le sac en papier ou en plastique semble être, pour le moment, la meilleure protection pour le transport des ordinateurs. Les petits périphériques (GPS, téléphones, etc.) peuvent être stockés dans des boîtes en carton ou des sacs plastiques. Entourer les objets d'un peu de papier journal en boule permet aussi de les protéger très efficacement et à peu de frais.

Le respect de ces quelques règles permettra aux personnes chargées de l'examen du scellé de travailler dans des conditions idéales pour traquer et trouver l'information nécessaire à l'instruction du dossier.

II. L'effacement/le verrouillage à distance du contenu de l'appareil

La plupart des smartphones que nous sortons de leur scellé ont leur batterie vidée. Souvent, ces téléphones ont été saisis et mis sous scellés encore en fonctionnement.

L'analyse des appels et des messages confirme que ces appareils ont quelquefois reçu plusieurs appels et messages postérieurement à la mise sous scellé. Les greffiers, en charge des scellés, excédés par les sonneries d'appel nous avouent éteindre ces téléphones eux-mêmes au travers des poches plastiques pour retrouver un peu de calme.

Autrefois, lorsque les téléphones avaient des mémoires dignes d'un poisson rouge, laisser un appareil en fonctionnement faisait seulement courir le risque de perdre les données les plus anciennes au profit des plus récentes. Certains petits malins demandaient d'ailleurs à leurs complices d'inonder le téléphone de données dans l'espoir d'écraser les messages compromettants. De nos jours, avec l'augmentation considérable de la mémoire disponible sur nos smartphones ce problème pourrait paraître obsolète. Il n'en est rien et le risque est devenu plus aigu. En effet, ces beaux appareils sont en permanence connectés à Internet et restent donc accessibles à qui en a les droits d'accès pour effectuer des opérations bien gênantes pour tout expert souhaitant en extraire des données. Certains appareils procèdent eux-mêmes à leur optimisation mémoire.

Les téléphones haut de gamme en standard ou au moyen d'applications téléchargées, peuvent être verrouillés, voire leurs données totalement et irrémédiablement effacés en un clic depuis un simple site Web. L'opération a été rendue relativement simple par les constructeurs de téléphones tels qu'Apple notamment au nom de la protection de la vie privée. Cette fonction est en effet très utile lorsqu'un téléphone a été perdu ou volé.

À défaut de récupérer son bien, les données du malheureux ancien propriétaire resteront inviolées. Le lecteur comprendra aisément pourquoi l'investigateur en données numériques doit prendre toutes les précautions pour ne pas laisser le téléphone se connecter au réseau téléphonique ou à une borne wifi.

III. La volumétrie et les temps de traitements

En fin 2000, NOKIA commercialisait le 3310. Son examen était rapide, il ne pouvait contenir – dans sa mémoire interne - que quelques dizaines de contacts, de messages courts ou d'historique d'appels. En 2018, un téléphone de type smartphone peut contenir des milliers de contacts, des dizaines de milliers de messages textuels et multimédias, des milliers d'historiques de communications internet, des traces de géolocalisation, des quantités monumentales de fichiers multimédias (audio, images, vidéos, messages vocaux, ou encore une pléthore d'applications qui recèlent elles-mêmes de grandes quantités de données.

La taille des mémoires ne fait qu'augmenter avec les années. Lors de la sortie du premier iPhone en juin 2007, la taille de la mémoire était de 4 Go. Dix ans plus tard, elle est de 256 Go.

L'expert dispose de matériels spécifiques qui lui permettent d'extraire ces données en reconstituant souvent celles qui sont effacées, il utilise également des logiciels d'analyse afin de recouper les données entre elles, de trier les redondances, et d'affiner au plus près les recherches en fonction de l'infraction commise. Les temps d'analyse ne cessent de croître, car, non seulement il n'est pas aisé de trier 80 000 messages, mais il faut aussi en comprendre le sens et son contexte technique.

En effet, des conversations effectuées par des personnes d'un certain âge ou maitrisant la langue française seront différentes de l'examen du téléphone d'un adolescent qui écrit de façon phonétique, en abréviation ou à l'aide d'émoticônes. Ceci excluant toute recherche par mots clés.

Mais comment restituer toutes ces données ? Les supports traditionnellement utilisés (CD-ROM/DVD ROM) ne suffisent souvent plus à permettre la restitution des éléments probants ou recueillis. Sur une clé USB ou tout autre support numérique récent, cela devient possible, mais il est difficile de garantir l'intégrité ou l'effacement des données.

Il reste encore les DVD grandes capacités tels que les Blu-ray qui permettent de stocker beaucoup plus de données, mais, un autre problème survient : le support doit être lisible sur l'ensemble des ordinateurs des magistrats, des enquêteurs, ou encore des avocats et, avez-vous souvent vu dans le cabinet d'un juge d'instruction un lecteur Blu-Ray ? Comment être exhaustif lors de l'examen d'un terminal qui contient des centaines de milliers d'informations de toutes natures ?

Les temps de traitements et d'exploitation sont directement proportionnels au volume de données et croissent à l'identique du volume traité.

La volumétrie, au même titre que le chiffrement, est un challenge pour l'avenir. La problématique reste entière et la solution doit s'adapter suivant l'enquête en cours.

IV. L'échantillonnage des données

Pour répondre à cette problématique de restitution de l'information, il est quelquefois possible de procéder à un échantillonnage des données recueillies et probantes.

On pourrait considérer qu'un délit/crime est constitué dès lors qu'un seul élément est trouvé. Il apparaît cependant nécessaire de procéder à un recensement complet des données pouvant être rattachées à ce crime/délit.

Tant que les éléments trouvés sont restreints, ils peuvent être imprimés et figurer dans un rapport d'expertise, mais lorsque ces éléments dépassent quelques milliers, leur impression surcharge la lisibilité du rapport et n'apporte pas forcément grand-chose à la qualification de l'infraction.

Cette problématique apparaît systématiquement chez les gros collectionneurs d'images, en particulier chez certains délinquants sexuels qui thésaurisent pendant de longues années des images et des vidéos d'enfants dans des situations plus ou moins scabreuses.

Aussi, même si la totalité des éléments trouvés ne figure pas dans le rapport, il nous semble important que l'intégralité soit communiquée au magistrat instructeur sur un support numérique adapté.

Reste que dans le rapport, il n'y a très souvent que peu d'intérêt à communiquer sur papier la totalité de ce qui figure sur le support décrit ci-dessus. Aussi, nous devons échantillonner et présenter au magistrat ce qui nous apparaît comme représentatif. Sur un plan statistique, nous pouvons considérer que la racine carrée d'une population peut être considérée comme représentative de la population. Ainsi, si, par exemple, nous récupérons sur un disque dur 100 000 photographies et 800 films pouvant être rattachés à l'infraction, nous pouvons en communiquer respectivement environ 320 photographies et 30 vidéos qui serviront de base à la réflexion du magistrat chargé d'instruire l'affaire (tout en communiquant la totalité de ce qui est trouvé, sur un support numérique).

Pour la sélection nous pouvons opter pour sélectionner 1 photographie toutes les 310 et 1 vidéo toutes les 26 en appliquant la formule I = PT/S ou I est l'index, PT la population totale et S la sélection (exemple 310 ''=~'' 100 000 / 320).

Cette façon de faire permet de réduire drastiquement les délais de lecture du rapport, permet de conserver un aspect aléatoire dans le choix des éléments communiqués au magistrat tout en lui laissant (ainsi qu'éventuellement aux mis en examen ou parties civiles) la possibilité de consulter le reliquat. L'expérience montre qu'elle suffit aux magistrats pour instruire son dossier et qu'elle n'a jamais, à notre connaissance, fait l'objet d'une quelconque réclamation valable. L'essentiel étant aussi de

communiquer cette façon de faire dans le corps du rapport.

Dans le pire des cas, il faudra, dans le cadre d'une mission complémentaire, procéder à une autre impression d'une autre population ou de la totalité des éléments.

V. Le chiffrement des données

L'actualité récente montre que plusieurs services d'États au niveau mondial se heurtent à des problématiques concernant le chiffrement, qui permet de rendre impossible la compréhension de données à toute personne qui ne possède pas la clé de déchiffrement.

En décembre 2015, le FBI demandait à Apple de déchiffrer le téléphone du terroriste de San Bernardino, en vain.

En effet, les constructeurs rivalisent de technologies pour assurer la protection des données. Ces mêmes entreprises sont classées entre elles et décrochent des marchés en raison de leur niveau de sécurité. Apple en tête, chiffre les données depuis la version iOS 8 à l'aide d'une puce de chiffrement qui est implantée directement sur la carte mère entre le stockage flash et la mémoire principale du système.

Chaque téléphone et tablette se voit attribuer un numéro d'identification unique qui est une clé AES 256 bits d'un niveau militaire. Cette donnée intégrée dans une enclave sécurisée ne peut être lue par aucun logiciel ou firmware[2], seul le module AES peut la lire. En principe, elle n'est connue ni d'Apple ni d'aucun de ses sous-traitants.

Depuis 2015 et l'arrivée du système d'Android 6.0, le chiffrement se met en place, mais uniquement à un certain niveau de performance matérielle. Ceci signifie que le chiffrement est diffusé lors des nouveaux terminaux.

Enfin Windows chiffre également ses terminaux, mais laisse le choix à ses utilisateurs d'adopter leur politique propre.

Dans la plupart des affaires qui arrivent chez l'expert, sur trois téléphones au moins (souvent deux), un est chiffré. Les outils qui sont mis à disposition voient leurs limites très rapidement et il est impératif de passer à des techniques plus complexes qui souvent sont coûteuses et destructrices pour le scellé lui-même.

Ces techniques complexes sont confiées à des sous-traitants qui ont réussi à trouver des vulnérabilités qui ne sont d'ailleurs même pas connues des constructeurs. Par exemple, pour les téléphones de la société RIM, l'IRCGN et le CTA sont requis par le magistrat pour trouver la clé de chiffrement. Après plusieurs semaines ou plusieurs mois, le scellé est à nouveau confié à l'expert qui peut alors mettre en oeuvre les techniques d'analyse.

Une société israélienne a énormément investi dans ce domaine et s'est plus particulièrement spécialisée dans le déchiffrement des téléphones de la marque à la pomme.

Il n'en reste pas moins que ces constructeurs privilégient l'aspect commercial et mettent en avant la protection des données plutôt que de donner aux États les moyens d'investiguer dans des délais rapides... Quant à compter sur la coopération des propriétaires, c'est encore une toute autre histoire !!

VI. La protection des accès

Depuis l'affaire Snowden, le public et les entreprises se soucient un peu plus de la protection de leurs données. Les constructeurs de téléphones portables ont compris que la sécurisation de leurs appareils était devenue un argument de vente voire un différenciateur.

Même si les données de nos téléphones sont souvent recopiées dans le Cloud (espace de stockage sur des ordinateurs délocalisés), l'accès aux smartphones est de plus en plus protégé par un code ou un schéma de verrouillage. Les modèles les plus hauts de gamme intègrent un lecteur d'empreinte voire une caméra de reconnaissance faciale. Le chiffrement des données a, dans un même mouvement, fait son apparition en premier sur les téléphones les plus chers, pour bientôt se démocratiser sur des appareils de plus grande diffusion.

L'expert se confronte donc de plus en plus souvent à des appareils verrouillés. Malheureusement, il n'est pas rentré encore dans les habitudes de demander ces codes de déverrouillage lors de la saisie des appareils et les personnes, sachant leur téléphone compromettant, auront beau jeu de se cacher derrière une mémoire défaillante pour expliquer ne plus connaître ce code.

L'outillage de l'expert permet pour un certain nombre de modèles de contourner ces verrous, mais de moins en moins avec les téléphones les plus récents. Dans les cas les plus simples, des câbles spéciaux de données ou des procédures de démarrage permettent de désactiver ces protections. Un cran au-dessus, il nous est nécessaire de démonter la carte électronique du téléphone pour se connecter via des sondes directement sur ses composants. Parfois, il est même

indispensable de dessouder ces composants pour en effectuer une lecture du contenu sur un banc spécialisé. Ces dernières techniques nécessitent des équipements coûteux et surtout des temps de traitement bien plus longs.

Deux services du ministère de l'Intérieur, le Centre Technique d'Assistance et l'Institut de Recherche Criminelle de la Gendarmerie Nationale, viennent à notre aide pour des cas plus compliqués avec des moyens classés secrets. Toutefois, cette aide a aussi ses limites face à des technologies de protection de plus en plus efficace. Une société privée a d'ailleurs compris le potentiel de bénéfices à offrir, aux forces de l'ordre et aux experts, un service très onéreux de déverrouillage.

Une fois la protection d'accès contournée, reste la difficulté de données chiffrées. Les téléphones haut de gamme intègrent des crypto processeurs, composants optimisés pour les tâches de chiffrement avec des niveaux technologiques dignes des meilleures protections bancaires voire anciennement militaires.

Les protections d'accès et le chiffrement des données constituent de vraies difficultés voire des impossibilités pour l'investigation des données numériques protégées. Une course perpétuelle oppose moyens de protections et solutions de contournement. À l'image des progrès réalisés dans l'analyse ADN, un téléphone inaccessible aujourd'hui pourra certainement être exploitable plusieurs mois ou années après. Mais le temps de l'enquête peut ne pas avoir cette latitude.

VII. Le Cloud

La grande force des smartphones au-delà de leur large écran est d'amener Internet dans notre poche. Les forfaits téléphoniques se sont enrichis à coup de giga-octets de données en 3g et en 4g. Les téléphones et les tablettes ont supplanté les ordinateurs dans notre consommation du Web. Ils sont devenus la porte d'entrée de nos comptes Facebook, de nos boîtes aux lettres, de nos échanges WhatsApp.

Pour des raisons d'ergonomie, il n'est pas question de nous demander nos mots de passe à chaque consultation des messages en attente ou des dernières photos déposées sur le mur de nos amis de réseaux sociaux. Alors toutes ces applications sauvegardent ces mots de passe dans la mémoire interne des téléphones. Quel bonheur pour l'expert de retrouver ces sésames ouvrant la porte à de nouvelles données qu'il récupèrera directement sur le Web après en avoir reçu l'autorisation du magistrat instructeur.

Nous savons que Google est friand de nos données personnelles. Celles-ci sont consultables pour un utilisateur averti qui découvrira avec étonnement son propre historique des recherches qu'il a effectué durant plusieurs années avec le moteur Google. Il en sera de même de ses déplacements, son téléphone Android en poche, ou même de ses achats. Afin de ne perdre aucune miette de nos données si précieuses, nos contacts, nos messages, nos listes d'appels et de messages sont sauvegardés dans le cloud pour notre bien, mais aussi pour celui des enquêteurs qui pourront y accéder. Les smartphones recèlent bien des informations, mais aussi sont la porte d'accès à celles présentes dans les nuages, qu'elles aient été supprimées ou non de ce même téléphone.

VIII. Les objets connectés

Les objets connectés sont les prochains défis de l'expertise numérique. Les montres connectées, par exemple, stockent de très nombreuses informations. Le monde du numérique est partout, envahit les véhicules, les habitations, l'être humain. On parle même de systèmes portables dans le sens de porter un vêtement, le wearable computer. Bref, on peut prédire à court terme une diminution des objets lourds à analyser tels que des ordinateurs ou des téléphones pour aller vers des systèmes miniaturisés. Prenons un exemple concret, la dernière montre connectée d'Apple, L'iWatch série 3. Cette montre, dans une de ses extensions, propose un téléphone intégré indépendant de l'appareil classique, sans carte SIM réelle (il s'agit d'une puce virtuelle stockée sur un composant électronique). Avec cet appareil, seule une montre suffit pour téléphoner. La problématique alors se situera à 2 niveaux :

- La prise en compte et en charge du scellé. Il appartiendra à l'enquêteur de déterminer ce qu'il convient d'appréhender et de placer sous scellé. Mais sans une connaissance minimum des technologies actuelles, il est difficile de ne pas passer à côté de périphériques déterminants ou inutiles à expertiser. L'expert judiciaire peut alors avoir un rôle proactif lors de l'assistance à perquisition ou à saisie.

- L'accès aux données et leur analyse. S'il est encore envisageable de déporter des primo-analyses d'appareils dans les services enquêteurs, il est inenvisageable de les doter d'un

système complet permettant une extraction élaborée des données à des fins d'analyse. Cela obligerait les enquêteurs de se former pour travailler directement sur l'électronique des appareils et pouvoir dessouder (et ressouder) directement des composants à fin de contourner un code d'accès.

Seul un recours systématique à l'expert permettra de répondre dans des délais raisonnables à cette problématique d'analyse, encore faut-il que l'expert soit lui-même à la pointe de la technologie et constamment en veille.

IX. L'évolution des applications

Si pendant les premières années d'exploitation des périphériques, les applications évoluaient peu, il n'en est pas de même aujourd'hui. Les éditeurs de logiciels (simples particuliers ou entreprises de bonne taille) se livrent à une concurrence acharnée, rajoutant ou améliorant des fonctions sur leurs logiciels, en proposant de nouveaux services.

Ces modifications et nouveautés imposent l'évolution de nos outils pour déchiffrer les nouveaux formats mis en service. Ces mises à jour impliquent un temps de retard plus ou moins important. Durant cette phase d'adaptation (sur laquelle nous ne pouvons intervenir) les données sont mal voire pas trouvées.

Conclusion

Nous avons vu que les analyses des appareils électroniques sont devenues des éléments essentiels dans les enquêtes et les instructions en matière pénale. À l'image de l'utilisation prédominante de ces outils dans notre vie quotidienne, ils sont source d'informations incontournables dans la manifestation de la vérité.

L'analyse de ces objets, contrairement à ce qui apparaît au grand public, notamment dans les séries télévisées, nécessite des compétences rares et des plateaux techniques importants. Ces outils doivent être, en permanence, modernisés et améliorés pour suivre l'évolution technologique.

L'expert de justice, dans ce domaine, doit constamment se remettre en question et se tenir particulièrement au courant de toutes les avancées techniques.

Pour faire face à ces défis, l'expert doit investir dans des outils et matériels de plus en plus performants et de plus en plus coûteux, alors qu'on lui demande d'aller toujours plus vite, et être toujours moins cher.

L'analyse se confronte à des points durs comme la miniaturisation des objets, le verrouillage de leurs accès et le chiffrement de leurs données.

Nous ne rappellerons jamais assez aux enquêteurs, ou participants à la phase judiciaire de recueillir les informations de déverrouillage lors de saisies initiales. Ces solutions de protection, de niveau militaire, sont devenues très difficilement contournables.

Une législation européenne sur l'obligation de communiquer les clés de déchiffrement nous permettrait d'améliorer très sensiblement l'ensemble de la chaîne expertale.

En parallèle, l'augmentation exponentielle des volumes de données à analyser, des moyens de communication additionnels (Facebook, Whatsapp, ...) ainsi que le vocabulaire utilisé, compliquent et rallongent les recherches et les temps d'analyse.

D'anecdotique il y a quelques années, l'expertise numérique légale est devenue – de fait -une profession à part entière, exercée en France par des passionnés qui ne comptent pas leurs heures.

Les experts d'aujourd'hui mettent en avant le partage des informations en réseau, au travers de regroupements ou laboratoires, qui permettent de rester à tout moment dans l'excellence que nous devons atteindre par rapport aux enjeux auxquels nous participons.

L'expert 2.0 (2 point zéro) pénaliste du 21° siècle est un technicien qui maîtrise les éléments constitutifs des infractions pour collaborer à la bonne administration de la justice. Il doit être proactif, à l'écoute des demandes particulières des magistrats, des enquêteurs et des différentes parties concernées, en étant le plus transparent possible sur ces opérations et en mettant à la portée de tous la technologie numérique.

Notes :

1 Une légende urbaine (de l'anglais : urban legend) est une histoire moderne, se rapprochant du mythe, pouvant emprunter à tous les genres littéraires (anecdote, horreur, blague, etc) et se répandant de proche en proche par le bouche-à-oreille ou par d'autres moyens populaires (contemporains ou non). Source Wikipédia.

2 Microprogramme permettant de gérer le matériel à un très bas niveau.

LA DÉCISION D'ENQUÊTE EUROPÉENNE EN MATIÈRE PÉNALE

CÉLINE GUILLET

MAGISTRATE, CHEFFE DU BUREAU DE L'ENTRAIDE PÉNALE INTERNATIONALE
DE LA DIRECTION DES AFFAIRES CRIMINELLES ET DES GRÂCES (DACG)
AU MINISTÈRE DE LA JUSTICE

La décision d'enquête européenne (DEE) a soufflé le 22 mai 2018 sa première bougie.

Pendant du mandat d'arrêt européen dans le domaine de l'entraide pénale aux fins d'enquête, ce nouvel outil de coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne (à l'exception du Danemark et de l'Irlande qui ne l'appliqueront pas) a été institué par la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

Cette directive invitait les États membres à prendre les dispositions nécessaires pour se conformer aux obligations en découlant au plus tard le 22 mai 2017. La France a respecté cette préconisation et la DEE est entrée en vigueur en France dès le 22 mai 2017.

La majorité des États membres de l'Union européenne s'est désormais également acquittée des formalités de transposition de la directive. Seuls l'Autriche, la République tchèque, le Luxembourg et l'Espagne ne l'ont à ce jour pas encore fait.

Les modalités de mise en oeuvre de la directive sont détaillées en France au sein des articles 694-15 et suivants du Code de procédure pénale, issus de l'ordonnance du 1er décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale et des articles D. 47-1-1 à D. 47-1-20 issus du décret n°2017-511 du 7 avril 2017.

La DEE est définie par l'article 694 -16 du Code de procédure pénale. Elle constitue une décision judiciaire émise par un État membre de l'Union européenne, appelé État d'émission, demandant à un autre État membre, appelé État d'exécution, en utilisant des formulaires communs à l'ensemble des États (annexe A), de réaliser dans un certain délai sur son territoire des investigations tendant à l'obtention d'éléments de preuve relatifs à une infraction pénale ou à la communication d'éléments de preuve déjà en sa possession.

La DEE peut également avoir pour objet :

- d'empêcher provisoirement sur le territoire de l'État d'exécution toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation d'éléments susceptibles d'être utilisés comme preuve ;

- de transférer temporairement dans l'État d'émission une personne détenue dans l'État d'exécution, afin de permettre la réalisation dans l'État d'émission d'actes de procédure exigeant la présence de cette personne, ou de transférer temporairement dans l'État d'exécution une personne détenue dans l'État d'émission aux fins de participer sur ce territoire aux investigations demandées.

La DEE a remplacé le 22 mai 2017 les dispositions applicables des instruments en vigueur de l'Union européenne, tendant à l'obtention d'éléments de preuve, et notamment ceux de la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000.

Sont en revanche exclus du champ d'application de la DEE les équipes

communes d'enquête, et les éléments de preuve recueillis dans leur cadre.

Une analyse globalement partagée par les États membres de l'Union européenne exclut également du champ d'application de la DEE la transmission des actes judiciaires, l'échange spontané d'informations, les dénonciations officielles, les saisies aux fins de confiscation et les confiscations, l'échange de casiers judiciaires, les mesures de coopération policière et douanière, les observations transfrontalières.

En application de l'article 694-17, qui étend aux DEE le principe de reconnaissance mutuelle, déjà en vigueur notamment en matière de mandat d'arrêt européen, de saisies de biens, de sanctions pécuniaires, de mesures de probation ou de peines privatives de liberté, toute DEE doit être reconnue et exécutée de la même manière que s'il s'agissait de la décision d'une juridiction nationale. Elle ne peut être refusée que dans des hypothèses exceptionnelles et limitativement énumérées par la loi.

La transposition en France de ce nouvel outil a donné lieu à l'adoption d'un corpus très précis, qui est venu préciser un certain nombre de règles de l'entraide aux fins d'enquête.

I. L'émission d'une décision d'enquête européenne

L'article 694-20 du Code de procédure pénale énonce les autorités compétentes pour émettre une décision d'enquête européenne. Il s'agit :

- du procureur de la République ;
- du juge d'instruction ;
- de la chambre de l'instruction et son président ;
- des juridictions de jugement et leurs présidents ;
- des juridictions d'application des peines et leurs présidents.

Ces autorités peuvent émettre une DEE à l'occasion des procédures dont elles sont saisies aux fins de la réalisation à l'étranger des actes qu'elles auraient pu elles-mêmes réaliser ou ordonner dans le cadre de la procédure dont elles ont la charge. La DEE n'a normalement pas à être accompagnée d'une décision prise au plan national.

Cette règle peut connaître des exceptions en fonction des transpositions effectuées par les États membres. Ainsi, les autorités italiennes exigent-elles une décision rendue en France pour pouvoir réaliser une interception téléphonique. La transposition italienne de la directive prévoit en effet que, pour une demande de placement sur écoute téléphonique, la DEE est accompagnée de la décision de placement sur écoute prise par le juge dans l'État d'émission.

Dans un cas d'espèce signalé à la direction des affaires criminelles et des grâces, une commission rogatoire technique sans mention d'un destinataire a ainsi été rédigée par le magistrat instructeur saisi en accompagnement d'une DEE adressée aux autorités italiennes.

Le formulaire de DEE (annexe A) doit contenir l'identité et la qualité de l'autorité d'émission, l'identité, l'adresse et la qualité de la ou des personnes concernées par les investigations, les motifs de la décision, ce qui nécessite de résumer les faits à l'origine de l'enquête ou de la poursuite, et de préciser la qualification juridique des infractions et les dispositions de droit pénal applicables, l'objet de la décision, c'est-à-dire les mesures d'enquête demandées.

Le cas échéant, il peut ou doit être également précisé les formalités et règles procédurales particulières à respecter par l'autorité étrangère en application des dispositions du Code de procédure pénale français.

Les investigations sollicitées peuvent notamment être :

- des auditions, y compris par visioconférence, de suspect ou de personne poursuivie, de victime, de témoin, d'expert, de tiers ;
- la transmission d'informations contenues dans des fichiers détenus par la police, la gendarmerie ou les autorités judiciaires tels que le Traitement d'Antécédents Judiciaires (TAJ), le Fichier automatisé des empreintes digitales (FAED), le Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) ;
- des investigations relatives à des comptes ou à des opérations bancaires et financières,
- l'identification du titulaire d'un numéro de téléphone ou d'une adresse IP ;
- des interceptions de télécommunications ;
- des mesures d'enquête en temps réel, telles qu'une livraison surveillée ;
- des enquêtes discrètes telles qu'une infiltration ;
- des mesures provisoires destinées à empêcher provisoirement toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation sur le territoire de l'État étranger d'exécution

d'éléments susceptibles d'être utilisés comme preuve, telles que le gel d'un compte bancaire ou la saisie de documents dans le cadre d'une perquisition ;

- le transfèrement temporaire d'une personne détenue sur notre territoire ou sur celui d'un autre État membre afin d'assurer sa participation à un acte d'enquête.

Une fois le formulaire complété, le magistrat émettant la décision d'enquête européenne doit, si nécessaire, le faire traduire dans la langue officiellement reconnue par l'État d'exécution, conformément aux articles 694-22 et D. 47-1-2 du Code de procédure pénale.

À cette fin, les trames de DEE prétraduites dans toutes les langues de l'Union européenne peuvent être utilisées. Elles sont mises à disposition sur le site internet du Réseau Judiciaire Européen. Un tableau récapitulant les langues acceptées par les différents États membres de l'Union européenne est également consultable sur le même site.

La transmission de la DEE peut ensuite s'effectuer par tout moyen sécurisé, directement à l'autorité judiciaire compétente pour l'exécuter. Afin d'identifier cette autorité, l'Atlas du Réseau Judiciaire Européen peut être consulté. Les magistrats de liaison en poste en Belgique, Allemagne, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, en Roumanie, en Italie (également compétent pour Malte), en Espagne, en Serbie (compétent pour Chypre) peuvent également être sollicités.

II. L'exécution d'une décision d'enquête européenne

S'agissant de l'exécution de DEE émises par des autorités étrangères, aux termes de l'article 694-30 du Code de procédure pénale, elle relève :

- du juge d'instruction du tribunal de grande instance territorialement compétent, dès lors que cette décision porte sur des actes qui ne peuvent être ordonnés ou exécutés qu'au cours d'une instruction préparatoire, ou qui ne peuvent être exécutés au cours d'une enquête qu'avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention.

- du procureur de la République du tribunal de grande instance territorialement compétent, dans les autres cas.

Le procureur de la République ou le juge d'instruction doit faire preuve de la même célérité dans la reconnaissance d'une décision d'enquête européenne que dans le cadre d'une procédure française similaire.

Aux termes du premier alinéa de l'article 694-35 du Code de procédure pénale, il prend sa décision dans un délai maximum de 30 jours à compter de la réception de la demande, après avoir accusé réception de cette dernière dans un délai d'une semaine (au moyen de l'annexe B).

Selon le premier alinéa de l'article 694-37 du Code de procédure pénale, la décision d'enquête européenne doit être au plus tard exécutée dans les 90 jours de sa reconnaissance, autrement dit à compter de la transmission aux services de police ou de gendarmerie compétents du soit transmis pour enquête ou de la commission rogatoire.

Ces délais peuvent toutefois être prorogés ou différés. Ils peuvent être prorogés s'il n'est pas possible de les respecter ou si des raisons particulières le justifient. Dans ce cas, le procureur de la République ou le juge d'instruction doit informer sans délai l'autorité étrangère des raisons de son retard et du temps estimé pour l'exécuter.

En outre, le magistrat français peut décider de reporter l'exécution de la décision d'enquête dans deux cas prévus par le second alinéa de l'article 694-37 du Code de procédure pénale :

- si elle risque de nuire à une enquête ou à des poursuites en cours ;

- ou si les objets, documents ou données concernés, sont déjà utilisés dans le cadre d'une autre procédure.

La décision d'enquête européenne ne peut être refusée que dans des hypothèses limitativement énumérées par les 1° à 9° de l'article 694-31 du Code de procédure pénale et dans une hypothèse prévue par l'article 694-34, hypothèses qui doivent être en pratique particulièrement exceptionnelles.

Il s'agit en pratique notamment des motifs qui suivent : existence d'un privilège ou d'une immunité, contrariété aux règles de responsabilité pénale applicables aux délits de presse, classification des informations sollicitées, mesure non autorisée en France pour des faits similaires et qui ne constituent pas des infractions pénales, atteinte à la règle non bis in idem, faits non pénalement sanctionnés en France et non commis dans l'État d'émission, atteinte aux principes fondamentaux, risque d'atteinte aux intérêts essentiels en matière de sécurité nationale, ou portant sur des informations

classifiées.

Les DEE soumises aux autorités judiciaires françaises doivent obligatoirement être traduites en langue française.

III. L'accueil en France de la décision d'enquête européenne

L'entrée en vigueur de la décision d'enquête européenne a été précédée en France par la publication de la circulaire du 16 mai 2017 présentant les dispositions de l'ordonnance n°2016-1636 du 1er décembre 2016 et du décret n° 2017-511 du 7 avril 2017, portant transposition de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale.

Des outils pratiques ont également été mis en ligne sur le site intranet de la direction des affaires criminelles et des grâces (note de présentation, guides d'aide à la rédaction des annexes A, B et C).

Peu de questions ont été posées par les juridictions à la DACG relatives à la mise en oeuvre de ce nouvel outil.

Mais, certains retours informels et l'exploitation des rapports des parquets constitués à l'occasion du rapport annuel du ministère public pour l'année 2017, enseignent que la DEE est pour lors peu appréciée par les juridictions françaises.

Les parquets situés en zone frontalière et pratiquant une coopération bilatérale soutenue, trouvent majoritairement l'annexe A inadaptée à leur charge de travail et aux ressources humaines disponibles. Les items trop nombreux et leur ordre de présentation sont jugés sévèrement.

Le délai d'exécution de 90 jours, pour l'exécution d'une DEE, qui n'est néanmoins pas prévu à peine de nullité, est souvent estimé trop court par les magistrats.

Si beaucoup de parquets estiment ainsi que la DEE est de nature à ralentir la coopération avec les pays frontaliers pour des types de contentieux s'accommodant mal de son formalisme, ils reconnaissent néanmoins l'utilité d'un formulaire standardisé s'agissant de la coopération judiciaire avec certains pays, en créant un outil unique dont le caractère complet est à souligner.

Par ailleurs, la possibilité d'accéder, via le site du Réseau Judiciaire Européen, à des trames de DEE déjà traduites dans la langue du pays d'exécution est appréciée comme de nature à permettre une réduction non négligeable des coûts de traduction et par conséquent une réduction intéressante des frais de justice.

Dans ce contexte, des initiatives locales se font jour dans le but de simplifier le maniement de ce nouvel outil, notamment dans les zones frontalières. Ainsi le parquet général près la cour d'appel de Colmar a-t-il initié en septembre 2017 des travaux visant à rétablir des modalités d'entraide simplifiées. Le parquet du tribunal de grande instance de Strasbourg a depuis, en lien avec le parquet d'Offenburg (Allemagne), constitué un formulaire bilingue de DEE ainsi que des formulaires adaptés à certaines demandes simples. De telles initiatives auront certainement vocation à se développer.

La complexité et longueur du formulaire pourraient justifier à terme que des projets de simplification soient portés au plan communautaire, sous l'impulsion de ces initiatives locales.

Inscription à la revue du GRASCO

Par mail : abonnement@larevuedugrasco.eu

Diffusion gratuite de vos offres d'emploi, événements, manifestations et parutions ouvrages[1]

Par mail : information@grasco.eu

1 après validation de la rédaction

LA PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE

ERIC ALT

MAGISTRAT, VICE-PRÉSIDENT DE L'ASSOCIATION ANTICOR,
SECRÉTAIRE NATIONAL DE L'ASSOCIATION SHERPA

La première législation sur les lanceurs d'alerte remonte à la fin du XVIIIème siècle. Deux officiers de la marine américaine avaient dénoncé leur amiral pour des faits de torture sur des prisonniers de guerre britanniques. Après avoir révoqué les officiers, l'amiral les avait poursuivi en diffamation. Le Congrès des États-Unis avait alors voté, le 30 juillet 1778, une loi faisant obligation à toute personne au service des États-Unis de l'informer des crimes commis par leurs supérieurs et avait pris en charge la défense des deux officiers. En 1863, pendant la guerre de sécession, une autre loi est intervenue pour lutter contre la fraude aux fournitures militaires. Cette législation garantissait à ceux qui signalaient de tels faits un pourcentage sur les fonds récupérés et la protection contre leur révocation.

Depuis, le lanceur d'alerte apparaît parfois au cinéma comme un héros citoyen : il prend la figure de celui qui signale les manoeuvres de scientifiques à l'origine d'un scandale dans l'industrie du tabac[1], d'une mère de famille qui révèle le scandale d'une pollution au chrome de l'eau potable[2], d'un avocat qui dénonce les agissements d'une firme agrochimique[3] ou encore de la publication d'un rapport secret sur les aspects cachés de l'engagement des États-Unis au Vietnam[4]. La situation d'Irène Frachon, à l'origine du scandale du Médiator, a elle aussi fait l'objet d'une adaptation cinématographique[5]. Mais aux États-Unis comme en France, aucun lanceur d'alerte n'est sorti indemne d'avoir révélé une vérité.

Car les lanceurs d'alerte sont des "sombres précurseurs"[6], qui remettent en cause l'ordre établi. Le lanceur d'alerte questionne la notion même de vérité, "*qui fait l'objet d'un curieux paradoxe dans pratiquement toutes les cultures : placé du côté du bien et de la vertu dans la plupart des morales sociales ou religieuses, elle fait également l'objet d'un discours critique qui en montre les dangers : dire la vérité, c'est aussi perturber l'ordre du discours, et risquer en fait la condamnation ou la marginalisation*"[7]. Défenseur de l'intérêt général face aux intérêts particuliers d'une société ou à la raison d'État, auteur d'une transgression éthique[8]. L'ambiguïté de la protection du lanceur d'alerte tient à cette situation paradoxale.

Au regard des avancées réalisées sur le plan international, la protection des lanceurs d'alerte en France manque encore d'effectivité.

I. Des avancées dans l'ordre international

Ces avancées s'expriment dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), protectrice de la liberté d'expression. Elles se manifestent aussi, au moins sur le plan des principes, par le nombre important de conventions internationales favorables à la protection des lanceurs d'alerte.

A. La liberté d'expression garantie par la jurisprudence de la CEDH

Depuis l'affaire Handyside, qui

portait sur une affaire de presse au Royaume-Uni, la Cour européenne affirme l'importance de la liberté d'expression. Elle constitue "*l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve des restrictions mentionnées, notamment dans l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle vaut non seulement pour les informations ou les idées accueillies avec faveur, ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'y a pas de société démocratique*[9]. »

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le lanceur d'alerte est avant tout une personne qui use de son droit fondamental à la liberté d'expression. L'esprit de la jurisprudence est favorable à la protection de ce droit fondamental, sous réserve que certains critères. Quels recours étaient à la disposition du lanceur d'alerte ? L'information divulguée servait-elle l'intérêt général ? L'information divulguée était-elle authentique ? Quel préjudice la divulgation de l'information a t-elle causé ? Le lanceur d'alerte était-il de bonne foi ? Les sanctions infligées au lanceur d'alerte étaient-elles nécessaires ?

L'affaire *Guja contre Moldavie* applique ces critères et pose les bases de cette jurisprudence pour les lanceurs d'alerte : le directeur du service de presse du parquet général avait transmis à la presse une lettre du vice- président du Parlement, qui visait à entraver le cours de la justice. Le directeur avait été révoqué pour cette raison. La Cour de Strasbourg condamne la Moldavie en rappelant que le droit à la liberté d'expression s'applique à la sphère professionnelle[10].

De même, dans l'affaire *Koudechkina contre Russie* : une magistrate avait été sanctionnée pour avoir critiqué publiquement la conduite de plusieurs responsables de sa hiérarchie, affirmé que les pressions sur les juges étaient monnaie courante et exprimé des doutes sur l'impartialité de la juridiction de Moscou. La Cour a estimé "*que l'intéressée a sans nul doute soulevé une très importante question d'intérêt général méritant de faire l'objet d'un débat libre dans une société démocratique.(...) Même si Mme Koudechkina s'est autorisée une certaine dose d'exagération et de généralisation, ses propos doivent être considérés comme un commentaire objectif sur une question revêtant une grande importance pour le public. Cette liberté de parole critique est une première condition d'un débat sur le fonctionnement du système et sa manière de produire des décisions*[11]. "

Dans l'affaire *Bucur contre Roumanie*, le requérant avait dénoncé des écoutes illégales au sein de son service public de renseignement. Sa hiérarchie s'étant désintéressée du problème. Il avait alors pris contact avec un député et participé avec lui à une conférence de presse, produisant les écoutes illégales. À la suite de cet événement, il avait été condamné par un tribunal militaire à deux ans d'emprisonnement avec sursis pour vol, collecte et transmission illégales d'informations à caractère secret. La Cour a considéré "*que l'intérêt général à la divulgation d'informations faisant état d'agissements illicites au sein du service secret est si important dans une société démocratique qu'il l'emporte sur l'intérêt qu'il y a à maintenir la confiance du public dans cette institution. Elle rappelle à cet égard qu'une libre discussion des problèmes d'intérêt public est essentielle dans un État démocratique et qu'il faut se garder de décourager les citoyens de se prononcer sur de tels problèmes*[12]."

La protection est comparable pour les agents de droit privé. Ainsi, dans l'affaire *Martchenko contre Ukraine* : un responsable syndical avait transmis au parquet et à l'organisme de contrôle des comptes publics des allégations d'agissements délictueux de la directrice de l'école où il travaillait. Aucune des deux instances n'avait trouvé de preuves suffisantes. La Cour affirme : "*bien qu'en vertu des obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention, les États parties aient la possibilité – parfois même le devoir – d'encadrer l'exercice de la liberté d'expression pour que la loi protège correctement la réputation personnelle, ils ne doivent pas le faire d'une manière qui entrave indûment le débat public sur les sujets d'intérêt général". Les juridictions, "en condamnant le requérant pour les lettres qu'il avait envoyées au parquet et à l'organisme de contrôle et en prononçant une longue peine de prison avec sursis, ont dépassé ce qui aurait constitué une ingérence nécessaire dans sa liberté d'expression*[13]."

Enfin, l'affaire *Heinisch contre Allemagne* concerne une infirmière gériatrique qui avait dénoncé de graves défaillances dans la gestion d'un foyer pour personnes âgées.

Elle avait été révoquée pour manquement à son obligation de loyauté. Appliquant les critères précités, la Cour conclut également que cette ingérence dans la liberté d'expression n'était pas nécessaire dans une société démocratique[14].

B. Les lanceurs d'alerte reconnus par les conventions internationales

De nombreux textes européens et internationaux reconnaissent le lanceur d'alerte.

Ainsi, la Recommandation CM/Rec (2014)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte a été adoptée le 30 avril 2014. Dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil demande aux États "*de disposer d'un cadre normatif, institutionnel et judiciaire pour protéger les personnes qui, dans le cadre de leurs relations de travail, font des signalements ou révèlent des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général*".

La Recommandation N° R(2000)10 du Comité des Ministres sur les codes de conduite pour les agents publics demande aux États de leur faire obligation de signaler aux autorités compétentes les activités illégales dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Elle demande aussi de veiller à ce que les agents subissent aucun préjudice de ce fait.

La Convention civile contre la corruption du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 demande aux États de prévoir une protection adéquate contre toute sanction injustifiée à l'égard des employés qui dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables (art. 9). La Convention pénale du 27 janvier 1999 prévoit la protection des collaborateurs de justice et des témoins (art.22).

La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions internationales du 17 décembre 1997 ne prévoit pas de dispositions relatives aux lanceurs d'alerte. Mais elle doit être mise en oeuvre à la lumière de Recommandations adoptées en 2009 à l'occasion de son 10ème anniversaire : les États parties doivent notamment mettre en place des dispositifs permettant les alertes et s'assurer que ceux qui procèdent à des signalements soient protégés contre tout recours en justice.

La Convention des Nations-Unies contre la corruption demande à chaque État partie "d'envisager" d'incorporer dans son système juridique des mesures pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale des faits de corruption (art.33). Le rapporteur spécial de l'ONU sur la liberté d'opinion et d'expression a aussi, dans une déclaration conjointe avec les représentants de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et de l'Organisation des États américains (OEA) a rappelé que les lanceurs d'alerte, qui divulguent des informations sur les violations de la loi, les agissements illicites des institutions publiques, des menaces graves concernant la santé, la sécurité ou l'environnement, ainsi que la violation des droits de l'homme devrait être protégé contre toute sanction s'il agit de bonne foi[15].

Il faut y ajouter la convention n°158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement, qui prévoit que ne constitue pas un motif valable de licenciement "*le fait d'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités compétentes*".

Enfin, il faut citer un texte de la société civile qui fait référence : les Principes de Tshwane, adoptés en 2013 par 22 organisations et centre de recherche, après une large consultation d'experts. Seule l'Union européenne n'avait, en 2018, pas adopté de texte relatif aux lanceurs d'alerte.

Ces dispositions sont généralement peu contraignantes, mais elles constituent un socle qui consacre la légitimité de l'alerte éthique et à la lumière desquels des juridictions peuvent appliquer les textes nationaux. De plus, les États ont tiré la leçons de situations concrètes, où l'impossibilité de donner ou d'entendre une alerte a eu des conséquences catastrophiques. Au Royaume-Uni, la loi sur les lanceurs d'alerte[16] est issue d'un rapport commandé après la catastrophe ferroviaire de Clampham Jonction, l'explosion de la plate-forme de forage Piper Alpha et la faillite de la banque BCCI. Aux États-Unis, la législation sur les lanceurs d'alerte a été complétée en 1989 à la suite de l'accident de la navette Challenger[17]. La loi Sarbanes Oxley tire les leçons de l'affaire Enron[18]. Au Canada, la législation a été revue après le scandale "des commandites" dans lequel un important programme de propagande politique avait fait l'objet de surfacturations et de détournements.

La Commission européenne, longtemps réticente à l'idée d'une protection des lanceurs d'alerte, a présenté le 23 avril 2018 une proposition de directive « sur la protection des personnes dénonçant

des infractions » au droit de l'Union. C'est en partie la conséquence de la résolution du 20 janvier 2017 du Parlement européen et du travail des députés Virginie Rozières et Michèle Rivasi. Reste à voir si le texte pourra être adopté rapidement par le Conseil.

II. Des marges de progression en droit interne

Sans doute, sur le plan historique, peut-on faire remonter la première alerte en France aux initiatives du Lieutenant-colonel Picquart, qui a mis en évidence l'auteur du bordereau servant de base à l'accusation contre le capitaine Dreyfus. Picquart est accusé d'être à l'origine de la fuite de documents confidentiels. Il est emprisonné de 1898 à 1906 et n'en sortira qu'une fois la condamnation de Dreyfus cassée.

En droit interne, la protection tient d'abord à l'application de la jurisprudence de la CEDH. Elle tient aussi à des avancées législatives dont l'effectivité a cependant été limitée par les exigences du législateur et la censure du Conseil constitutionnel.

A. Une protection jurisprudentielle inspirée de la CEDH

Une partie de l'effectivité de la protection des lanceurs d'alerte revient à la jurisprudence. Elles tient aussi aux progrès législatifs, dont le dernier en date figure dans la loi Sapin II du 9 décembre 2016.

Celle-ci encadrait déjà l'alerte. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que "*les salariés jouissent, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de leur liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées*". *En conséquence, "un dispositif d'alerte professionnelle ne peut avoir pour objet que la mise en oeuvre de traitements répondant à une obligation législative et réglementaire de droit français visant à l'établissement de procédure de contrôle interne dans les domaines financier, comptable, bancaire et de lutte contre la corruption, ainsi que celle de traitements relatifs aux domaines comptables et d'audit dans les entreprises concernées par la section 301 (4) de la loi américaine dite "Sarbanes Oxley*" ; les faits recueillis sont strictement limités aux domaines concernés par le dispositif d'alerte". Elle a donc cassé l'arrêt qui admettait qu'un dispositif d'alerte professionnelle pouvait avoir un objet plus large[19].

La jurisprudence consacre aussi le droit de saisir l'autorité légitime. Ainsi, le fait pour un salarié de porter à la connaissance de l'inspecteur du travail des faits concernant l'entreprise et lui paraissant anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas, en soi, une faute[20]. De même, le fait de porter à la connaissance du procureur de la République des agissements qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, ne constituent pas une faute, sauf si la dénonciation est mensongère ou que le salarié a agi de mauvaise foi[21]. Récemment, la Cour de cassation a encore jugé que "*le fait pour un salarié de porter à la connaissance du procureur de la République des faits concernant l'entreprise qui lui paraissent anormaux, qu'ils soient au non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute*"[22].

Un autre apport de la jurisprudence a été de conforter dans certaines conditions les garanties du lanceur d'alerte, en dehors des situations dans lesquelles celui-ci use de sa liberté d'expression. Elle a consacré l'indépendance du chercheur. Ainsi, dans l'affaire mettant en cause de M. Cicollela pour une étude "Ether et Glycol", la cour d'appel a retenu que celui-ci devait prendre part à un symposium international en qualité de président d'un comité scientifique et qu'il avait la qualité de chercheur. Dès lors, l'employeur devait exercer son pouvoir hiérarchique dans le respect des responsabilités confiées à l'intéressé et de l'indépendance des chercheurs. Le licenciement de celui-ci par l'Institut national de recherche et de sécurité pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles (INRS) était donc dépourvu de cause réelle et sérieuse. L'approbation par la Cour de cassation de cette solution a eu une dimension symbolique dépassant la portée juridique de l'arrêt, qui constate seulement que la juridiction du fond n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation dans son raisonnement et avait souverainement apprécié le caractère abusif du licenciement[23].

Cette jurisprudence peut être rapproché de celle du Conseil d'État, qui a annulé la sanction d'un cadre de la gendarmerie : celui-ci avait, dans son activité de chercheur, critiqué le rapprochement police-gendarmerie, manquant à son obligation de réserve. Mais, là aussi, la décision a une portée relative : le Conseil d'État a jugé que les propos qui avaient été tenus constituaient une critique de fond,

sous la forme d'une défense de la gendarmerie, formulée en termes mesurés et sans caractère polémique : dans ces conditions, en faisant le choix de la mesure la plus lourde, équivalente à un licenciement, alors qu'elle disposait d'un éventail de sanctions large ; l'administration a prononcé à l'encontre de cet officier de gendarmerie une sanction manifestement excessive. Cependant, la décision ne dit rien de la légalité d'une décision de sanction plus mesurée[24].

B. Une avancée législative

De nombreux scandales, comme celui du Médiator ou ceux des Swissleaks, Luxleaks et Panama Papers, ont en commun d'avoir été révélés par des lanceurs d'alerte. Des compétences diverses se mobilisent notamment à l'Université[25]. Syndicats, associations, ONG demandent une meilleure protection des lanceurs d'alerte, lancent des pétitions. Au terme de cette campagne de plaidoyer, une proposition de loi relative à la protection globale des lanceurs d'alerte est déposée le 29 mars 2016[26].

En effet, dans sa version initiale, la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite Sapin II) ne comprenait qu'un article autorisant la future agence de prévention de la corruption à financer la protection juridique des lanceurs d'alerte et des dispositions permettant le signalement de faits à l'Autorité des marchés financiers.

Après la publication du rapport du Conseil d'État, il devenait plus difficile encore de différer une intervention législative. En effet, le rapport constatait un cadre juridique inadapté et appelait à diffuser une culture de l'alerte par la mise en place des procédures efficaces[27]. C'est donc par la voie d'un amendement que le statut des lanceurs d'alerte a été introduit dans la loi « Sapin II ».

Cet amendement constitue une avancée certaine pour la protection des lanceurs d'alerte. Mais les exigences posées, ainsi que la jurisprudence constitutionnelle en ont limité l'effectivité.

i. Les progrès dans la protection des lanceurs d'alerte

Le principal apport de la loi est de substituer aux définitions sectorielles une définition globale du lanceur d'alerte. Cette définition organise les conditions de l'alerte. Elle consacre la légitimité de cette alerte. Elle protège aussi celui qui révèle un risque : "*un lanceur d'alerte est 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*".

Il est clair que le lanceur d'alerte est une personne physique, il ne peut donc être anonyme, même si la CNIL admet de tels dispositifs[28]. Il doit aussi être désintéressé. Cette exigence reflète la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, pour laquelle un acte motivé par un grief, une animosité personnelle ou encore par la perspective d'un avantage personnel, ne justifie pas un niveau de protection élevé[29]. Enfin, il doit être de bonne foi. Dans son arrêt Guja contre Moldavie, la Cour avait jugé *qu'il n'y avait aucune raison de penser que le requérant était motivé par le désir de tirer un avantage personnel de son acte, qu'il nourrissait un grief personnel à l'égard de son employeur ou [d'un tiers], ou qu'il était mû par une quelconque autre intention cachée*. Certains ont pu s'interroger sur la pertinence de ce critère pour justifier l'alerte. En effet 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 d'alerte (*Public Interest Disclosure Act*) en 2013. Le juge ne doit plus vérifier la bonne foi, mais seulement le fait que le lanceur d'alerte "*pouvait raisonnablement croire qu'il se trouvait face à une situation contraire à l'intérêt général.*"

Dans ces conditions, le lanceur d'alerte ne peut faire l'objet de poursuites pour violation du secret professionnel. Ceux-ci -mis à part le secret défense, celui de l'avocat et celui du médecin- peuvent être divulgués à trois conditions : si la divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, si elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et si la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte[30].

Les destinataires d'un signalement sont tenus d'une obligation de confidentialité. Le fait de divulguer l'identité du lanceur d'alerte ou les informations recueillies est

puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000€ d'amende.

En cas de litige, la charge de la preuve est inversée : l'auteur de mesures défavorables au lanceur d'alerte doit prouver que celles-ci sont justifiées par des éléments étrangers à l'alerte. Enfin les décisions défavorables seront nulles de plein droit. Ceci est particulièrement important en cas de licenciement, qui dans ce cas, est réputé n'avoir pas jamais été prononcé.

La loi crée une nouvelle incrimination contre les représailles : "*Toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement aux personnes et organismes mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article 8 de la loi est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 € d'amende*". Cette incrimination était nécessaire, car ce comportement ne pouvait être atteint que marginalement par le délit qui vise le fait d'entraver, d'une manière concertée ou à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression[31]. De même, dans le secteur public, il ne pouvait guère être atteint par l'incrimination visant le fait, pour le dépositaire de l'autorité publique, de faire obstacle à l'application de la loi[32].

Enfin, des dispositions sanctionnent les procédures abusives ou "poursuites baillons". Le juge d'instruction peut prononcer une telle amende en cas de non-lieu, de même que la chambre d'instruction. Ces amendes, d'un montant maximum de 30000 euros ne sont pas exclusives des sanctions déjà prévues pour ce type de comportement.

ii. Des exigences qui privent en partie la protection de son effectivité.

La protection contre les sanctions et la pénalisation des représailles ne pouvait suffire. Une protection active est aussi nécessaire.

Les avancées dans la protection des lanceurs d'alerte sont tempérées par les exigences du législateur, par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et par l'intervention d'autres dispositions législatives.

En premier lieu, la loi impose une gradation des canaux de signalement. Le législateur impose un signalement interne au supérieur hiérarchique ou au référent désigné par celui-ci, qui va jouer un rôle de filtre. Certes, en l'absence de diligences de la hiérarchie *dans un délai raisonnable* ou "*en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversible*", le signalement peut être adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels.

Beaucoup dépendra donc de la qualité des référents qui sont nommés dans les entreprises et les administrations. Les textes prévoient par son positionnement, de la compétence, de l'autorité et des moyens suffisants à l'exercice de ses missions. Mais toutes les entreprises ne sont pas tenues d'avoir un référent. Ensuite, quand un référent sera nommé, il devra parfois faire preuve de détermination pour soutenir une alerte. Souvent, le mécanisme risque de jouer un rôle dissuasif pour le lanceur d'alerte.

Ensuite, en l'absence de diligences de la hiérarchie dans un délai raisonnable, le signalement est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels.

Enfin, à défaut de traitement par ces derniers dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public.

En deuxième lieu, une partie de la protection du Défenseur des droits a été neutralisée par le Conseil constitutionnel. C'est sans doute un progrès de confier à cette autorité administrative indépendante cette nouvelle compétence. Toute personne peut adresser son signalement au Défenseur des droits pour être orientée vers l'organisme approprié. Cette dernière notion est relativement floue, mais elle devrait au moins permettre au Défenseur ou à ses représentants locaux de donner des conseils pertinents. Elle sera utile pour les lanceurs d'alerte externes à une entreprise ou à une administration, qui ne peuvent évidemment pas saisir un supérieur hiérarchique ou un référent.

Mais le législateur avait aussi prévu la possibilité pour le Défenseur des droits d'accorder une aide financière à un lanceur d'alerte "*qui engage une action en justice en vue de faire reconnaître une mesure défavorable à son encontre au seul motif d'un signalement. Il pouvait aussi "assurer, en tant que de besoin, un secours financier aux lanceurs d'alerte*". Il s'agissait d'une faculté limitée aux lanceurs d'alerte qui connaîtraient, du fait de leur action, "*des conditions financières présentant un caractère de gravité et compromettant les conditions d'existence*".

Or le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition au motif "que la mission confiée par les dispositions constitutionnelles précitées au Défenseur des droits de veiller au respect des droits et libertés

ne comporte pas celle d'apporter lui-même une aide financière, qui pourrait s'avérer nécessaire, aux personnes qui peuvent le saisir"[33]. Cette interprétation particulièrement restrictive de la Constitution est contestable : le Défenseur des droits est le gardien des principes, mais il est partiellement privé des moyens d'en assurer l'effectivité.

En troisième lieu, la transposition de la directive sur le secret des affaires n'augure rien de bon pour les lanceurs d'alerte. La notion de secret est très étendue. Certes le texte prévoit une exception pour le lanceur d'alerte. Mais celui-ci pourra toujours être poursuivi devant les juridictions commerciales. Il devra alors démontrer au juge qu'il a agi dans l'intérêt général. Ce ne sera pas toujours évident : le risque de menaces pour la santé et l'environnement peut faire l'objet de longues contreverses scientifiques avant d'être reconnu. Enfin, s'il perd son procès, il devra réparer intégralement le préjudice causé par la divulgation de l'information. Certes, il n'ira pas en prison, mais il sera ruiné. Car la sanction civile n'a d'autre limite que l'importance du dommage causé.

Ainsi, la loi n'est qu'un socle de protection minimale, sur lequel la société civile devra développer une culture de l'alerte éthique. Au Royaume-Uni, le lanceur d'alerte peut trouver un soutien dans une Fondation (*Public Concern at Work*), qui a pris en charge 17000 alertes depuis sa création en 1993 dont les trois quarts avaient été lancées en interne sans succès. De même, aux États-Unis, l'ONG *Government Accountability Project*, au Canada la *Federal Accountability Initiative for Reform*, en Allemagne le *Whisleblower-Netzwerk* développent une action de plaidoyer et de protection des lanceurs d'alerte.

Il faut aussi que les citoyens s'approprient la loi. L'enjeu est de taille : selon une enquête réalisée en 2015, 36% des salariés déclaraient qu'ils avaient été confrontés à des pratiques frauduleuses. Le même nombre déclarait avoir peur des conséquences ou des représailles en cas de révélation des faits.

Par ailleurs, l'avancée législative de 2016 ne solde pas la situation des lanceurs d'alerte qui, antérieurement à la loi, ont subi un préjudice du fait de la divulgation d'informations dont la collectivité a pu bénéficier. La regrettable inertie des gouvernements, qui ont toujours refusé leur protection aux lanceurs d'alerte, y compris aux personnalités les plus emblématiques, n'est pas remise en cause .

Enfin, la loi ne traite pas non plus le cas des lanceurs d'alerte étrangers, notamment pour le cas où la France serait bénéficiaire des informations divulguées. Dans certains cas, ils pourraient relever de l'article 4 du préambule de la Constitution de 1946, qui prévoit que *tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République*. Le nouveau texte ne rendra pas plus effectif ce principe constitutionnel pour des lanceurs d'alerte comme Edward Snowden.

Notes :

1 Revelations, Michel Mann, 1999.

2 Erin Brockovitch, Steven Soderberg, 2000.

3 Michael Clayton, Tony Gilroy, 2007.

4 Pentagon Papers, Steven Spielberg, 2018.

5 La fille de Brest, Emmanuel Bercot, 2016.

6 F. Chateauraynaud et D. Torny, les sombres précurseurs, une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque, ed EHESS, 1999.

7 Marie-Anne Paveau, les diseurs de vérité ou de l'éthique énonciative, Cahiers de l'école doctorale en linguistique, janvier 2013.

8 Alain Anquetil, La transgression du lanceur d'alerte, le blog d'éthique des affaires.

9 Handyside. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, n° 5493/72.

10 Guja c. Moldavie, 12 février 2008 , n° 14277/04.

11 Koudechkina contre Russie, 26 février 2009, n°29492/05.

12 Bucur et Toma contre Roumanie, 8 janvier 2013, n°40238/02.

13 Martchenko c. Ukraine, 19 février 2009, n°4063/04.

14 Heinisch c. Allemagne, 21 juin 2011, n° 28274/08.

15 Déclaration du 6 décembre 2004.

16 Public Interest Disclosure Act, 2 juillet 1998.

17 Whistleblower Protection Act, 10 avril 1989.

18 Sarbanes Oxley Act, section 806, 30 juillet 2002.

19 Chambre sociale, 8 décembre 2009, bull. n°276.

20 Chambre sociale, 14 mars 2000, n°97-43268, Bull. n°104 (malversation et détournement de recettes).

21 Chambre sociale, 12 juillet 2006, n°04-41075, Bull. n°245 (faits dont les résidents d'un établissement de soins ont été victimes).

22 Chambre sociale, 30 juin 2016.

23 Chambre sociale, 11 octobre 2000, n°98-45276 : "[la cour d'appel, d'une part] a pu décider que le comportement de M. Cicollela ne rendait pas impossible son main-

tien dans l'entreprise pendantt la durée du préavis et ne constituait pas une faute grave, et d'autre part, dans l'exercice du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, elle a décidé que le licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse".

24 Conseil d'État, 12 janvier 2011, M. Matelly, n° 338461; Commandant de gendarmerie, l'intéressé a été ultérieurement réintégré et promu lieutenant-colonel.

25 Colloque universités de Paris I et de Paris-Ouest les 9 et 10 avril 2015, Actes publiés dans la Revue internationale des droits de l'homme 10, 2016.

26 Proposition de loi n°3607 présentée par M. Yann Galut.

27 Conseil d'État, Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, la Documentation française, avril 2015.

28 Délibération n°2014-042 du 30 janvier 2014 modifiant l'autorisation unique n°2005-305 du 8 décembre 2005 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en oeuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle.

29 Guja c/Moldova.

30 Article 122-9 du Code pénal.

31 Art. 431-1 du Code pénal.

32 Art.432-1 du Code pénal.

33 Décision n°216-740 DC.

OUVRAGES RÉCENTS

LA CATASTROPHE INVISIBLE

HISTOIRE SOCIALE DE L'HÉROÏNE

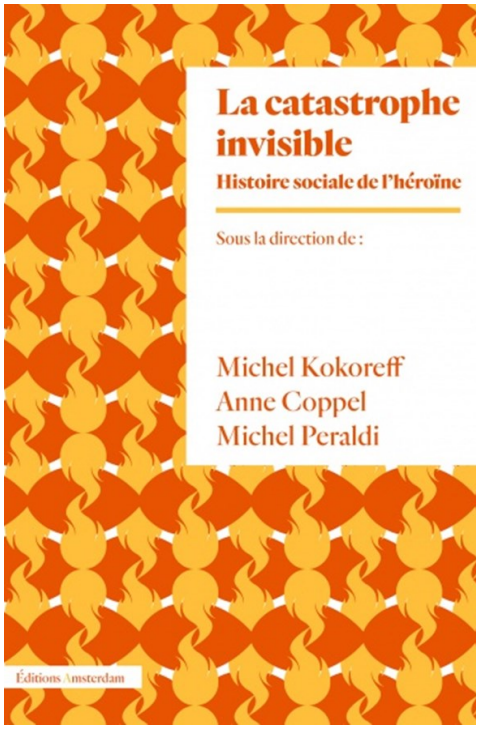
SOUS LA DIRECTION DE : MICHEL KOKOREFF, ANNE COPPEL, MICHEL PERALDI

EDITEUR : AMSTERDAM

Présentation de l'éditeur

L'ambition de ce livre est de donner de la profondeur historique à la catastrophe sanitaire et sociale que fut l'héroïne, à sa répression, aux dynamiques et cycles de sa consommation et de son trafic. Il raconte cette histoire dans ses multiples dimensions, sociale et économique, culturelle et urbaine, politique et géopolitique, en privilégiant le point de vue de ceux qui ont été ses acteurs ou témoins. Plus généralement, il prend l'héroïne comme analyseur, pour saisir ce que les drogues font à la société.

Le marché de l'héroïne se structure au cours des années 1950, mais c'est avec Mai 68 que s'amorce un premier tournant : dans ce bouillonnement politique, sociétal et culturel, les produits se diffusent au sein d'une jeunesse en quête de liberté et d'expériences. La fin des Trente Glorieuses marque un durcissement. La consommation d'héroïne s'étend et les sources d'approvisionnement se multiplient, bien au-delà du mythe de la « French

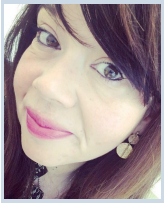


Connection ». Les années 1980 sont un tournant majeur : on voit apparaître des « scènes » où les drogues sont vendues et consommées ouvertement dans les squats, quartiers délabrés, « banlieues » et autres « cités maudites ». Les ravages de l'héroïne deviennent de plus en plus visibles et sa diffusion joue un rôle central dans la construction du problème des banlieues dans sa version sécuritaire et racialisée. Les quartiers dits défavorisés vont être au coeur de sa diffusion mortifère, frappées par l'épidémie de sida, d'une part, et par les politiques répressives, d'autre part. Une bascule s'opère dans les années 1990 lorsque Simone Veil, ministre de la Santé, s'engage dans la miseen place d'un dispositif expérimental de réduction des risques.

L'histoire de l'héroïne est celle de la répression, de la guerre à la drogue et, en corollaire, de l'absence de culture de santé publique en France, mais c'est aussi celle d'un processus de transformation des appartenances collectives et des identités culturelles qui interroge le rôle des produits psychotropes dans le changement social.

Avec les contributions de Vincent Benso, Anne Coppel, Jean-Michel Costes, Claire Duport, Emmanuelle Hoareau, Michel Kokoreff, Aude Lalande, Alexandre Marchant, Fabrice Olivet, Michel Peraldi, Liza Terrazzoni.

PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE SUR LE DÉLIT DE PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS



DOROTHÉE GOETZ

DOCTEUR EN DROIT ET EN SCIENCES CRIMINELLES, ASSISTANTE SPÉCIALISÉE AU PARQUET DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE STRASBOURG

L'article 432-12 du Code pénal, qui incrimine la prise illégale d'intérêts, dispose que le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

La simple lecture de cette disposition pose la question suivante : que faut-il entendre par l'expression « intérêt quelconque » ? Dans le silence du texte, on peut en effet se demander si un lien d'amitié peut être constitutif de cet « intérêt quelconque » nécessaire à la caractérisation du délit de prise illégale d'intérêts. Dans un arrêt du 5 avril 2018, la chambre criminelle de la cour de cassation (n° de pourvoi : 17-81912) répond à cette question par l'affirmative.

En l'espèce, dans le cadre d'une enquête préliminaire, il était découvert que le maire d'une commune avait participé à toutes les étapes du processus de décision ayant abouti à retenir une société comme cessionnaire d'un terrain communal sur lequel était envisagée la construction d'un écoquartier. Or le dirigeant de cette société était un ami de longue date du maire et avait été, durant plusieurs années, son partenaire de golf. Le maire était poursuivi du chef de prise illégale d'intérêt et le dirigeant de la société de recel de ce délit. En première instance, les deux protagonistes étaient renvoyés des fins de la poursuite. Sur appel du ministère public, les seconds juges infirmaient ce jugement. À l'inverse des premiers juges, ils considéraient en effet que l'infraction était suffisamment caractérisée. Le texte d'incrimination visant un intérêt « quelconque », les juges estimaient que cet intérêt pouvait être de nature matérielle ou morale, direct ou indirect et qu'il n'avait pas à être « d'un niveau suffisant ». Cette argumentation n'est pas surprenante. Il s'agit en effet de la voie dans laquelle la jurisprudence s'est déjà engagée depuis plusieurs années. La chambre criminelle a ainsi déjà considéré que l'intérêt, matériel ou moral, direct ou indirect, pris par des élus municipaux en participant au vote des subventions bénéficiant aux associations qu'ils président entre dans les prévisions de l'article 432-12 du Code pénal[1]. En outre, dans le silence du texte, les seconds juges relevaient opportunément que, pour être caractérisé, cet intérêt ne nécessitait d'apporter la preuve ni d'une contrepartie financière ni d'une contradiction avec l'intérêt du service public. Là encore, cette précision tire les conséquences de la jurisprudence existante selon laquelle, en matière de prise illégale d'intérêts, il est indifférent que les élus aient retiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal[2]. L'ensemble de ces arguments permettait aux juges du fond de conclure qu'en l'espèce, une simple relation amicale pouvait suffire à caractériser l'intérêt quelconque visé par le texte d'incrimination.

Le maire et le dirigeant de la société

cessionnaire n'avaient en revanche pas la même interprétation de la notion d'intérêt inscrite à l'article 432-12 du Code pénal. L'argument pivot de leur pourvoi en cassation est simple : la simple amitié, qui n'est pas notoire et n'est pas accompagnée de relations d'affaires, ne peut suffire, en l'absence de tout autre lien, à caractériser l'infraction de prise illégale d'intérêts. En d'autres termes, pour les requérants, rien ne démontrait qu'en l'espèce, le maire avait pris un intérêt dans l'attribution de cette opération de création d'un éco-quartier à une société dont le gérant était son ancien partenaire de golf.

Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation revient sur les nombreux signaux de l'implication du maire dans cette opération de cession. L'édile avait en effet participé, outre aux étapes préalables désignant cette société comme cessionnaire du terrain, aux délibérations du conseil municipal engageant la commune à garantir l'emprunt contracté par cette société et supprimant la condition résolutoire du contrat de cession qui obligeait la société à consigner une somme destinée à assurer l'achèvement des travaux de démolition et de construction. Ce faisceau d'indices de son implication dans l'opération permettait de déduire qu'il avait « pris un intérêt en cédant le terrain communal, conscient de sa relation avec le gérant de la société cessionnaire, un ami de longue date qui avait été, pendant plusieurs années, un partenaire de golf ».

Cette lecture audacieuse de l'article 432-12 du Code pénal n'est pas surprenante. Prévisible, cette intransigeance à l'égard des élus figurait déjà en filigrane de la motivation d'un arrêt du 12 novembre 2015, relatif au délit de recel de prise illégale d'intérêts (I). Surtout, dans un arrêt du 13 janvier 2016, la chambre criminelle s'était déjà appuyée sur cette veine jurisprudentielle timidement ouverte en 2015. Elle avait en effet, dans cet arrêt, explicitement manifesté son choix en faveur d'une conception large de la notion d'intérêt (II).

I. Une intransigeance à l'égard des élus locaux implicitement annoncée

L'arrêt du 12 novembre 2015 (n° de pourvoi: 14-83073), dont s'inspire l'arrêt commenté, a posé le principe selon lequel le délit de recel de prise illégale d'intérêts ne peut être reproché à la personne qui aurait commis l'infraction principale, celle-ci fût-elle prescrite. En dépit de cette solution qui, d'un point de vue pratique, empêchait les poursuites du chef de recel de prise illégale d'intérêts, la motivation de cet arrêt est particulièrement éclairante sur l'intransigeance de la chambre criminelle à l'égard des élus locaux poursuivis de ce chef.

En l'espèce, deux conseillers municipaux étaient, au visa de l'article 432-12 du Code pénal, mis en examen pour prise illégale d'intérêts. Le délit étant prescrit, le juge d'instruction avait requalifié les faits en recel. En effet, les deux élus percevaient des revenus locatifs annuels provenant de parcelles dont ils étaient propriétaires et sur lesquelles étaient implantées des fermes d'éoliennes dont la mise en place avait reçu l'avis favorable du conseil municipal auquel ils participaient. Les intéressés étaient renvoyés devant le tribunal correctionnel qui les avait déclarés coupables de recel de prise illégale d'intérêts. Ce jugement était ensuite confirmé par la cour d'appel qui entérinait, pour chacun d'eux, une condamnation à quatre mois d'emprisonnement avec sursis et à 8 000 € d'amende. Or, en raison de la prescription du délit originaire, les prévenus contestaient l'exercice de poursuites pour recel de prise illégale d'intérêts. Leur argument était le suivant : si la prescription couvre le délit originaire, elle doit s'étendre au recel puisque les deux infractions procèdent des mêmes faits. La Cour de cassation, dans cet arrêt de principe, casse et annule l'arrêt de la cour d'appel. Au visa des articles 321-1 et 432-12 du Code pénal, elle proclame que « le délit de recel de prise illégale d'intérêts ne peut être reproché à la personne qui aurait commis l'infraction principale, celle-ci fût-elle prescrite ». En outre, la haute juridiction reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché elle-même si le délit de prise illégale d'intérêts était prescrit. Elle prononce donc le renvoi de l'affaire.

Contrairement aux apparences, et malgré le renvoi de l'affaire, la motivation de la chambre criminelle était en réalité annonciatrice du raisonnement audacieux au coeur de l'arrêt du 5 avril 2018.

En effet, pour la Cour de cassation, la prescription de l'infraction originaire ne constitue pas ipso facto un empêchement des poursuites pour recel de ce même délit. Ainsi, bien que le recel soit une infraction de conséquence qui suppose la commission d'une infraction préalable, la jurisprudence a déjà affirmé l'autonomie du délit de conséquence par rapport à l'infraction originaire[3]. En ce sens, la prescription des délits de conséquence est indépendante de celle applicable à l'infraction d'origine qui peut donc être déjà prescrite[4]. En revanche, ce que condamne ici la Cour de cassation, c'est le fait de poursuivre du délit de recel de prise illégale d'intérêts

la personne qui aurait commis l'infraction principale et ce, même si celle-ci est prescrite. En d'autres termes, la qualification de recel de prise illégale d'intérêts ne peut être retenue, même en cas de prescription de l'infraction originaire, à l'encontre de celui qui aurait commis l'infraction principale et qui en aurait retiré des bénéfices. Il faut donc en déduire que seul le tiers bénéficiaire du délit de prise illégale d'intérêts peut être poursuivi sur le fondement de l'article 321-1 du Code pénal[5]. La prescription de l'infraction originaire ne saurait faire exception à cette règle.

Cette solution s'inscrit dans la relation traditionnelle qu'entretient le recel avec l'infraction originaire. La jurisprudence exige toujours que l'infraction d'origine soit commise par une personne autre que le receleur, sous peine d'être frappée par la théorie des qualifications incompatibles. En l'espèce, la Cour de cassation interdit que la prescription de l'infraction originaire puisse mettre en échec la théorie des qualifications incompatibles. Soutenir l'inverse risquerait de ruiner la raison même de l'existence du recel. En cela, cette solution doit être approuvée.

Pourtant, en raison de la prescription de l'infraction originaire, cette solution laisse un trouble à l'ordre social impuni. Sur ce point, deux remarques s'imposent. Premièrement, le 16 décembre 2014, la Cour de cassation avait, pour la première fois, appliqué sa jurisprudence relative à la dissimulation à la prise illégale d'intérêts, en vigueur avant la réforme de la prescription. Celle-ci permettait opportunément de reporter le point de départ du délai de prescription[6]. Cette voie n'est pas, en l'espèce, empruntée, du moins pas ouvertement. La Cour de cassation reproche, sans autre précision, à la cour d'appel « de ne pas avoir recherché elle-même si le délit de prise illégale d'intérêts était prescrit ». Peut-être fallait-il déjà voir derrière cette formule une invitation lancée par la haute juridiction à la cour d'appel afin que celle-ci rebondisse sur la dissimulation. Un report du point de départ de la prescription aurait en effet pu permettre de poursuivre les élus. Deuxièmement, cette solution conduit indirectement à établir un parallèle entre le recel et le blanchiment. Or ce dernier est autonome à l'égard de l'infraction préalable[7]. En effet, contrairement au recel qui est inapplicable à l'auteur de l'infraction principale, l'article 324-1 du Code pénal est applicable « à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise ».

Dans cet arrêt de 2015, c'est, de manière implicite que la Cour de cassation montre son souhait d'adopter une lecture stricte de l'article 432-12 du Code pénal. Quelques mois plus tard, dans un arrêt du 13 janvier 2016, elle a cette fois expressément et sans ambages confirmé son acception large de l'« intérêt quelconque ».

II. Une intransigeance à l'égard des élus locaux explicitement affirmée

Dans un arrêt du 13 janvier 2016 (n° de pourvoi: 14-88382), la chambre criminelle a considéré qu'un soupçon de partialité entre un candidat et un collaborateur du maire suffisait à caractériser l'infraction de prise illégale d'intérêts. Dans cet arrêt de principe, elle a affirmé que des relations personnelles et professionnelles étroites entre un fonctionnaire (ou en l'espèce un élu) et un candidat à un marché public présument une situation de conflit d'intérêts.

L'enquête préliminaire menée établissait en effet clairement l'existence de liens personnels et professionnels étroits entre le gérant de la société candidate et le collaborateur du maire. Les indices témoignant de ces relations étaient multiples et fréquents et établissaient une possible situation de conflit d'intérêts. Ainsi, le chef d'entreprise avait été salarié de plusieurs sociétés au sein desquelles le chargé de communication avait exercé des responsabilités avant son embauche en qualité de collaborateur du maire. De plus, de nombreux échanges téléphoniques était recensés entre le candidat et le collaborateur du maire (49 échanges téléphoniques sur la période du 6 mars au 13 avril 2012). Il était également relevé que le collaborateur du maire et le représentant de la société candidate étaient « amis » sur Facebook[8].

Poursuivi initialement sous la qualification de délit de favoritisme, le prévenu a plaidé la relaxe devant la cour d'appel au motif « qu'il est dénué de toute compétence en matière de marchés publics, qu'il ne s'est occupé que des seuls aspects techniques du marché litigieux, laissant au service de la commande publique le soin d'élaborer l'appel d'offres ». Or, la cour d'appel relevait que les manoeuvres reprochées au prévenu ne constituaient pas une rupture d'égalité entre les candidats mais « compte tenu de sa relation amicale et professionnelle avec l'un des candidats », le prévenu « s'est ainsi trouvé en situation potentielle de conflit d'intérêts, ses relations à titre privé avec un des candidats étant susceptibles d'interférer avec l'intérêt public dont il avait la charge et de faire

naître un doute sur l'impartialité et l'objectivité de son rapport d'analyse ».

En d'autres termes, une situation seulement potentielle de conflit d'intérêts peut suffire pour caractériser une prise illégale d'intérêts.

La lecture combinée de ces trois arrêts montre que la Cour de cassation s'est orientée crescendo – de 2015 à 2018 - vers une intransigeance de plus en plus marquée dans son appréciation de l'intérêt visé par l'article 432-12 du Code pénal. Pour les élus locaux et les agents publics, la plus grande prudence est donc de mise face à cette définition du conflit d'intérêts fondé sur une interférence entre un intérêt public et un intérêt privé influençant ou – c'est là tout l'intérêt – paraissant influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de leurs fonctions.

Notes :

1. Crim. 22 oct. 2008, n° 08-82.068, Bull. crim. n° 212 ; Dalloz actualité, 21 nov. 2008, obs. E. Royer ; AJDA 2008. 2144 ; D. 2008. 3013 ; AJ pénal 2009. 34, obs. G. Royer ; Dr. pénal 2009, n° 3, obs. Véron ; ibid. Chron. 9, obs. Linditch
2. Crim. 19 mars 2008, n° 07-84.288, Bull. crim. n° 69 ; AJ pénal 2008. 238 ; RSC 2008. 592, obs. C. Mascala ; RTD com. 2008. 878, obs. B. Bouloc ; RLCT 2008/39, n° 1106, note Y. Mayaud
3. C. Saas, La prescription de l'abus de confiance et du recel, AJ pénal 2006. 214
4. Crim. 16 juill. 1964, D. 1964. 664
5. Crim. 24 mars 2010, n° 09-81.153, Dalloz jurisprudence ; 9 févr. 2011, n° 10-82.988, Dalloz jurisprudence ; 5 déc. 2012, n° 12-80.032, Dalloz jurisprudence
6. V. Crim., 16 déc. 2014, n° 14-82.939, Dalloz actualité, 26 janv. 2015, obs. S. Fucini ; D. 2015. 76 ; AJCT 2015. 285, obs. J. Lasserre Capdeville ; RTD com. 2015. 165, obs. B. Bouloc
7. V. A. Darsonville, L'indépendance relative du blanchiment par rapport à son infraction principale, AJ pénal 2008. 234 ; Crim. 14 janv. 2004, n° 03-81.165, Bull. crim. n° 12 ; D. 2004. 1377 , note C. Cutajar ; RSC 2004. 350, obs. R. Ottenhof ; RTD com. 2004. 623, obs. B. Bouloc
8. P. Villeneuve, Prévention des conflits d'intérêts, mode d'emploi à l'usage des élus locaux, AJCT 2013. 512

OUVRAGES RÉCENTS

PLONGÉE EN EAU TROUBLE

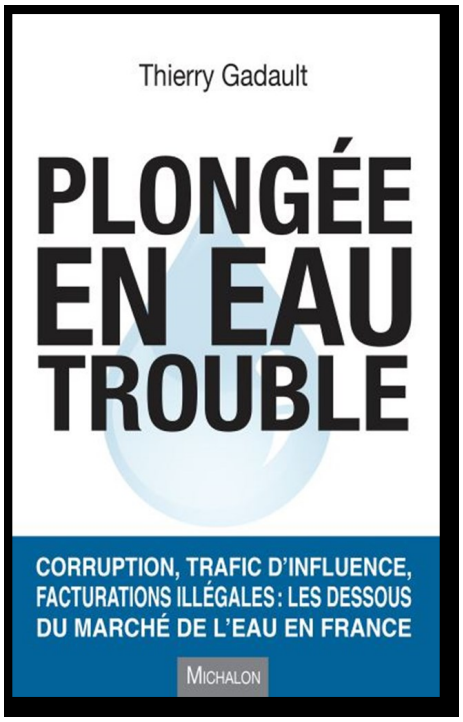
AUTEUR : THIERRY GADAULT

EDITEUR : MICHALON

Présentation de l'éditeur

Le marché de l'eau en France demeure opaque. Pour la plupart des habitants des plus grandes villes, la facture est souvent invisible, car noyée dans les charges collectives. Sait-on pourtant que le véritable prix du mètre cube d'eau en France est de 1,50 euro, quand le prix moyen payé par les abonnés en France est de 3,98 euro par m3 ?

Petits arrangements, conflits d'intérêts, corruption... Au terme d'entretiens menés, entre autres, avec Marc Laimé, consultant indépendant spécialisé dans l'eau et l'assainissement, et Jean-Luc Touly, syndicaliste de Veolia et principal opposant à la gestion privée de l'eau, Thierry Gadault lève le voile sur les scandales soigneusement dissimulés en Île-de-France, en Guadeloupe, en Avignon ou à Lourdes, où sociétés privées et élus locaux s'entendent au détriment des usagers.



Une enquête édifiante sur une situation intolérable à l'heure où, avec le changement climatique et l'apparition de nouvelles pollutions chimiques, la gestion de l'eau devient cruciale.

CONFUSION DES PEINES : PRÉCISIONS QUANT À L'APPLICATION DE L'ARTICLE 132-23-1 DU CODE PÉNAL

NOTE SOUS ARRÊT, CASS.CRIM., 2 NOV. 2017, N° 17-80.833, F+B+R+I : JURISDATA N° 2017-021683

EMILIE EHRENGARTH

DOCTEUR EN DROIT, CHERCHEUR ASSOCIÉ À L'UNIVERSITÉ DE STRASBOURG (CENTRE DE DROIT PRIVÉ FONDAMENTAL, EA N° 1351)

A la suite d'une condamnation prononcée à son encontre, un justiciable saisissant la Cour d'appel de Lyon, demande le prononcé de la confusion de la peine prononcée par le tribunal français avec deux peines prononcées précédemment par le tribunal de Malaga, juridiction espagnole. Dans cet arrêt, la Cour de cassation vient préciser les modalités d'accueil et d'application d'un tel mécanisme en droit pénal français.

La Cour d'appel de Lyon avait été saisie le 11 juin 2013 d'une requête en vue de voir confondue une peine d'emprisonnement de dix années qu'elle avait prononcée pour des faits délictueux commis en 2002 et 2003 avec deux peines de trois ans, neuf mois et un jour, et de vingt-et-un mois prononcées par le tribunal de Malaga, instance espagnole. En se fondant sur l'article 132-23-1 du Code pénal relatif à la reconnaissance des décisions émanant de systèmes juridiques européens, la Cour de cassation, suivant le raisonnement retenu par la cour d'appel, par une analyse couplée de l'article et de la décision-cadre 2008/675/JAI[1] à laquelle s'ajoute l'arrêt de la CJUE en date du 21 septembre 2017 (C-171/16), accueille la requête du condamné. Elle considère que, comme les peines prononcées par le tribunal espagnol ont été exécutées et purgées dans leur totalité, le prononcé de la confusion des peines par le tribunal français ne peut plus « influer sur » les conditions d'exécution desdites peines. La disposition nationale, relais des dispositions européennes, respecte alors dans son intégralité le principe de la compétence territoriale souveraine des juridictions.

La Cour de cassation vient préciser, à cette occasion, les modalités d'application de l'article 132-23-1 du Code pénal en vertu duquel « *les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un Etat membre de l'Union européenne [doivent être] prises en compte dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales françaises et [doivent produire] les mêmes effets juridiques que ces condamnations* »[2], complétant ainsi le raisonnement formulé dans l'arrêt du 19 novembre 2014[3]. La Haute juridiction apporte alors deux éclairages fondamentaux en la matière. D'une part, elle fixe une méthodologie dans l'étude de la recevabilité des requêtes en confusion des peines (II), et d'autre part, elle réaffirme son attachement au principe de la compétence territoriale des juridictions, y compris en matière de reconnaissance des décisions émanant de juridictions membres de l'Union européenne (I).

I. La reconnaissance des décisions de justice émanant d'une autre juridiction européenne

En octobre 1999, à l'occasion du conseil de Tampere, les représentants des communautés européennes concluent à la nécessité de mettre en place un espace pénal harmonisé dans lequel l'ensemble des Etats membres travailleraient de concert à la lutte contre la délinquance transnationale. Or une telle entreprise ne peut être effective que par une reconnaissance

interétatique des décisions de justices, permettant une application de celles-ci que le délinquant recherché se trouve sur le sol du pays qui prononce la décision ou sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne. Dans la foulée a été adoptée une série de décision-cadres ayant pour objet la mise en oeuvre de cette coopération. Parmi elles figurent la décision-cadre 2008/675/JAI dont les principes ont été transposés en droit interne par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010[4].

En se fondant sur l'article 132-23-1 du Code pénal, la Cour de cassation admet la possibilité de confondre une peine prononcée par un tribunal d'un Etat membre avec celle prononcée par un tribunal français, participant par ce biais à la coopération internationale *via* la reconnaissance mutuelle des décisions de justice entre juridictions de l'Union européenne.

En l'espèce, il s'agit de la reconnaissance de deux décisions émanant de tribunaux espagnols en tant que premier terme, ce qui permettrait à la personne condamnée par la justice française de requérir que soit ordonné le prononcé de la confusion de l'ensemble des peines prononcées à son encontre. La référence explicite aux textes européens, dans le présent arrêt comme dans celui du 19 novembre 2014[5], démontre la volonté de la Cour de cassation de s'inscrire dans cette entreprise de collaboration. La juridiction rattache sa réflexion et sa solution non pas seulement à l'application logique de la règle de droit nationale mais procède à l'accumulation des précisions liées aux sources. La Cour cite ainsi en référence et pour fonder sa solution l'arrêt de la CJUE par lequel la Cour de justice précise que le mécanisme de la confusion des peines entre bien dans les prévisions de la décision-cadre 2008/675/JAI du 24 juillet 2008 et l'article 3§3 de décision-cadre susnommée.

Par cette construction jurisprudentielle, elle semble satisfaire aux exigences liées à la politique européenne en matière de coopération internationale. L'attendu de principe illustre la philosophie européaniste nouvelle qui tend à imprégner la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, permettant d'affirmer sans trop d'hésitation la place et le rôle des juridictions nationales en tant que juridictions de droit commun des principes et règles émanant de l'Union européenne.

Le raisonnement appliqué en la matière n'est pas sans rappeler celui qui est adopté par la France en matière de mandat d'arrêt européen. Outil de coopération facilité par l'allègement des procédures intra-européennes, le mandat d'arrêt européen rend possible une remise simplifiée des personnes suspectées d'avoir commis une infraction sur le territoire de l'Europe ou à l'encontre desquelles une peine a été prononcée et doit être exécutée. Le mécanisme, fruit de la décision-cadre n° 2002/584/JAI du 13 juin 2002, a été introduit en droit français en 2004 à l'article 695-11 et suivants du Code de procédure pénale[6]. Tout comme le mécanisme de la confusion des peines, le mandat d'arrêt européen a pour objet de faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires au sein de l'Union en donnant un caractère quasi automatique à la décision de placement en détention provisoire ou en détention post-sentencielle qui émane de l'Etat d'émission[7]. La Cour de cassation, en ce domaine, adopte un raisonnement similaire à celui qu'elle applique en matière de confusion des peines, se fondant tantôt sur le texte de loi national et sur la décision-cadre[8], tantôt sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[9]. Ces deux outils de coopération expriment ainsi la volonté de participation active de chaque Etat membre de l'Union européenne, gommant les frontières et harmonisant les techniques pénales, encourageant par là-même la discussion entre partenaires et particulièrement entre institutions car que ce soit pour l'exécution du mandat d'arrêt européen ou pour l'application de la confusion des peines ce n'est pas le ministère des affaires étrangères qui intervient, mais bien le tribunal saisi du dossier qui prend souverainement la décision.

Si la Cour de cassation s'inscrit dans un schéma intégrationniste, elle n'en reste pas moins vigilante quant au respect des conditions de recevabilité du mécanisme de la confusion des peines, n'hésitant pas à refuser le bénéfice de celui-ci lorsqu'elle conclut à l'incompétence de la juridiction.

II. La clarification jurisprudentielle des modalités d'application du mécanisme de la confusion des peines en cas de condamnations multiples mêlant décisions nationales et étrangères.

Après avoir vérifié les conditions classiques d'accueil des requêtes en vue d'une confusion des peines (requête émanant de la personne condamnée, concernant une peine de nature identique)[10] la Cour de cassation, comme dans l'arrêt du

19 novembre 2014, applique le mécanisme inscrit à l'article 132-23-1 du Code pénal.

Contrairement à ce qu'elle a jugé en 2014, la Haute juridiction conclut à la compétence des juridictions françaises pour décider de la recevabilité et, en l'espèce de l'accueil, de la requête formulée par M. X. en vue de voir la peine prononcée à son encontre par le tribunal de Lyon confondue avec celles prononcées par le tribunal de Malaga. Il est intéressant de procéder à une lecture conjointe des deux arrêts, la Cour procédant à l'établissement des critères de compétences positifs et négatifs des juridictions françaises. En effet, à la lecture de l'arrêt de 2014, il est possible de conclure à l'affirmation par la Cour de cassation d'une compétence négative des juridictions françaises lorsque celles-ci doivent statuer sur une requête relative à la confusion des peines alors que la peine prononcée par le tribunal français est la première dans l'ordre des condamnations pénales. En application du strict principe de la compétence territoriale des juridictions de chaque Etat membre de l'Union européenne, et comme le rappelle l'article 132-23-1 du Code pénal, il est interdit à une juridiction française « d'influer » sur le prononcé d'une condamnation prononcée par un autre Etat membre. Dans cette affaire, la peine prononcée par le tribunal français avait été exécutée et purgée dans son ensemble, la première condition de procédure étant respectée, mais, la seconde condamnation qui faisait l'objet de la requête en confusion des peines, émanait d'un tribunal non français. En application du principe de la compétence territoriale des juridictions, qui interdit toute ingérence dans le système judiciaire souverain de chaque Etat, la Cour de cassation conclut logiquement à la non-applicabilité de l'article 132-23-1 du Code pénal, la France n'étant pas compétente pour s'immiscer dans les conditions d'exécution de peines prononcées par un autre Etat membre de l'Union européenne, en l'occurrence les tribunaux de Francfort et de Courtai. La situation est toute autre lorsque le requérant présente sa demande de confusion de peines alors que la peine prononcée par le tribunal français intervient en second[11]. C'est exactement le cas dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 2 novembre 2017.

La Cour de cassation a pu conclure à la recevabilité de la requête et donc à la compétence de la juridiction française en matière de confusion de peines car la peine première avait été exécutée dans sa totalité en Espagne, la France étant alors la seconde juridiction à statuer sur un délit commis par le mis en cause.

La lecture conjointe des deux arrêts de 2014 et de 2017, sur le fondement du principe de compétence territoriale des juridictions, donne à penser qu'un ordre dans la détermination de la compétence de la juridiction est établi lorsque le tribunal français est amené à se déterminer sur l'applicabilité du mécanisme de l'article 132-23-1 du Code pénal. Aux termes de cet article, de l'article 3 § 3 la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil du 24 juillet 2008 et de l'arrêt C-171/16 de la CJUE du 21 septembre 2017[12], seule est compétente pour statuer sur la recevabilité d'une telle requête la juridiction qui doit appliquer la confusion des peines pour une peine non-encore exécutée. Si la peine première est prononcée par la France, comme c'est le cas dans l'arrêt du 19 novembre 2014, il est alors impossible pour le tribunal français de statuer sur une requête en confusion de peines lorsque la peine française a été purgée dans sa totalité. Par le seul fait de l'exécution totale de la peine, le tribunal français perd toute compétence pour statuer sur la recevabilité d'une telle requête. Seuls les tribunaux de l'Union européenne qui auront à connaître ensuite d'actes de même nature commis par le même délinquant pourront statuer sur ce point. C'est ainsi qu'en 2014, seuls les tribunaux de Francfort et de Courtai auraient pu étudier une telle demande. En revanche, si le tribunal français intervient en seconde position et si la peine a été totalement purgée dans l'autre Etat membre, ce qui écarte tout risque d'ingérence de la juridiction française, la Cour ne peut que conclure à l'application de l'article 132-23-1 du Code pénal, respectant alors les principes de droit européen.

L'on observe alors l'adroite analyse de la Cour de cassation qui, tout en constatant l'existence d'un espace pénal européen[13], combine reconnaissance mutuelle et respect du principe de la souveraineté des Etats membres de l'Union européenne.

La solution de la Cour de cassation, conforme à l'article 3 de la décision-cadre 2008/675/JAI, précise la notion d'influence mentionnée à l'article 132-23-1 du Code pénal. Dans l'arrêt du 19 novembre 2014, les peines prononcées par les juridictions européennes étaient encore à exécuter, seule la peine prononcée par la juridiction française était purgée. Dans la présente décision, l'ordre

des arrêts était inversé, les peines prononcées par le tribunal espagnol était purgées, seule restait à exécuter la peine prononcée par le tribunal français. La confusion des peines ne pouvait donc pas influer sur les modalités d'exécution des peines prononcées par la juridiction étrangère. La Cour de cassation exerce pleinement son office en venant combler les lacunes du texte en précisant les modalités d'application de l'article 132-23-1 du Code pénal, réservant celui-ci aux seuls cas pour lesquels la requête est formulée devant une juridiction française, pour une condamnation succédant à une condamnation prononcée par un tribunal d'un autre Etat de l'Union européenne et purgée dans son intégralité.

En somme, les juridictions françaises ne sont compétentes pour prononcer la confusion d'une peine sur le fondement de l'article 132-23-1 du Code pénal que lorsque la peine prononcée par un tribunal français intervient dans un second temps, la condamnation première devant alors impérativement émaner de la juridiction étrangère. Dans le cas où le tribunal français interviendrait en premier, il ne peut, sous peine de violer le principe de souveraineté des juridictions étrangères, intervenir en aval de la décision émanant du tribunal étranger pour décider de la confusion de la peine nouvelle prononcée par cette juridiction avec celle prononcée par la juridiction française.

Notes :

1. Décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil, relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, du 24 juillet 2008, J.O.U.E. du 15 août 2008, L 220/32.
2. Voir : E. BONIS-GARCON, J. Cl. Pénal Code, art. 132-23-1 et 132-23-2, fasc. 20.
3. Cass.crim., 19 novembre 2014, n° 13-80.161, D. 2014, p. 2411.
4. Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, art. 17 transposant les dispositions de la décision-cadre2008/675/JAI, J.O.R.F. n°0059 du 11 mars 2010 p. 4808.
5. Cass. crim., 19 novembre 2014, n° 13-80161.
6. V. Rep.pén. Dalloz, V° « Mandat d'arrêt européen », par J. LELIEUR, « Le mandat d'arrêt européen », act. Sept. 2017, n° 65 et s.
7. S. MANACORDA, « Le mandat d'arrêt européen et l'harmonisation substantielle : le rapprochement des incriminations », in L'intégration du droit pénal indirect, Paris, Société de législation comparée, coll. Unité mixte de recherche de droit comparé, vol. 10, p. 33
8. Par exemple : cass.crim., 31 mai 2016, n° 15-87.585. Alors qu'en 2013, la Cour se fondait encore seulement sur les dispositions du Code de procédure pénale (cass.crim., 10 septembre 2013, n° 13-85.248).
9. Par exemple : cass.crim., 17 octobre 2017, n° 17 -84.667 ; Dans cet arrêt la Cour de cassation fait une référence explicite à la solution de la CJUE, dans l'arrêt du 16 juillet 2015 (n° C-237/1PPU) rendu en matière durée de détention.
10. Code pénal, art. 132-2 et s.
11. Situation envisagée par Ph. CASTEL, « Les confusions de peines », in Pour une refonte du droit des peines, Actes de colloque Bordeaux 1/04/2016, éd. LexisNexis, /s la dir. D'Evelyne BONIN-GARCON, oct. 2016.
12. CJUE, n° C-171/16, Trayan Beshkov contre Sofiyska rayonna prokuratura, 21 septembre 2017, consd. 48 : « La décision–cadre 2008/675/JAI du Conseil, du 24 juillet 2008, relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, doit être interprétée en ce sens qu'elle est applicable à une procédure nationale ayant pour objet l'imposition, aux fins de l'exécution, d'une peine privative de liberté totale prenant en compte la peine infligée à une personne par le juge national ainsi que celle imposée dans le cadre d'une condamnation antérieure prononcée par une juridiction d'un autre État membre à l'encontre de la même personne pour des faits différents ».
13. C. BERLAUD, A propos de l'arrêt du 2 novembre 2017, « confusion des peines, l'espace pénal européen existe bien », Gaz.palais, 3 novembre 2017, n° 39.

LA REVUE DU GRASCO

Numéro ISSN : 2272-981X

Université de Strasbourg, UMR-DRES 7354

11, rue du Maréchal Juin - BP 68 - 67046 STRASBOURG CEDEX

Site internet : http://www.GRASCO.eu

Adresse mail : information@grasco.eu

Directrice de la revue du GRASCO : Chantal CUTAJAR

Rédactrice en chef : Jocelyne KAN

Rédacteur adjoint—Conception : Sébastien DUPENT

RÉFLEXIONS SUR LA CAMPAGNE ANTI-CORRUPTION MENÉE PAR LES ÉTATS-UNIS : DES LEÇONS DE MORALE AMÉRICAINES ?

MATT R. LADY

AVOCAT AUSTRALIEN, CHERCHEUR ASSOCIÉ À L'INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES SUR LA JUSTICE (IHEJ)

Cette étude présente une vision peu orthodoxe du parcours et du développement de la campagne des États-Unis visant à lutter contre la corruption dans le monde des affaires. Elle s'attache à examiner les origines de cette campagne et cherche à déterminer comment celle-ci est perçue en France et aux États-Unis.

Il ressort que la base morale communément admise et constituée par le US Foreign Corrupt Practices Act 1977 (FCPA) est confuse, lacunaire voire défectueuse. Cependant il est admis que le FCPA est un instrument privilégié de la politique étrangère américaine, concourant à la réalisation de ses objectifs et de ses priorités en termes de conduite des relations internationales.

Cette étude cherche à apporter un regard critique sur les justifications des lois de lutte contre la corruption étrangère en France et aux États-Unis, dans une volonté d'apporter aux débats actuels sur l'extraterritorialité d'application de lois anti-corruption une clarification.

I. Le FCPA : une histoire américaine

Aux États-Unis, la justification du FCPA tient en un mot : droiture. Le législateur américain des années 1970 fut profondément outré par la découverte d'une corruption transnationale menée à l'étranger par les entreprises américaines largement répandue. Le Congrès, tous partis confondus, agit alors à la criminalisation de cette pratique, orchestrant sa sévère répression.

Cette brève histoire du FCPA - relayée par la presse, les membres de la société civile et les professionnels du droit -débute le plus souvent par une déclaration : « l'Amérique a fait ce qui était juste », quand bien même elle endurait la perte de milliards au profit de « rivaux peu scrupuleux » originaires « d'États sans principes » continuant à corrompre.[1]

En matière d'extorsion et de corruption, les États-Unis ont occupé la position moraliste affirmant, le reste du monde tenu de suivre, un « sage leadership ». Bien que ce récit souffre d'un cruel manque de détails, il est, presque communément et sans conteste, professé et accepté.

Laissons à présent de côté ce récit du FCPA américain pour observer la perspective française du sujet.

II. Le FCPA en France

Il existe deux récits concurrents sur les justifications du FCPA en France : d'un côté les « convertis », qui acceptent le récit dominant américain (A), de l'autre les « sceptiques », qui considèrent l'action comme des forces économiques rivales (B).

A. Les convertis

Ceux qui, en France, acceptent le récit américain justifiant le FCPA - qu'ils soient issus du gouvernement, du monde des affaires, ou de la société civile -, reconnaissent cette politique américaine comme établie sur des bases morales. Ils voient dans le FCPA un acte de bienfaisance du leadership moral assuré par les États-Unis en croisade pour relever le niveau d'éthique dans les affaires internationales.

À la manière du récit américain sur le FCPA, ces récits sont peu étayés, lourds de suppositions et moralisants.

Alors que l'argument du FCPA est utilisé pour promouvoir ces « valeurs américaines » à destination des corrompus de ce monde, les convertis l'accueillent comme un bien inestimable.

Beaucoup parmi ces convertis considèrent que la France et les États-Unis - deux États démocratiques, libéraux et promoteurs du « libre-marché » - ont des valeurs et intérêts communs lorsqu'il s'agit de lutter contre la corruption, et opposent ainsi ces objections morales à leurs entreprises impliquées dans des actes de corruptions transnationales[2].

Les convertis affirment que la France a banni ce type de corruption seulement après que les États-Unis aient « guidé le monde » vers la criminalisation de ce type de pratiques durant 25 ans. De fait, ils n'ont pas noté que les États-Unis n'avaient pas appliqué le FCPA les 20 premières années de son entrée en vigueur.

Les convertis soulignent également le manque de lois anti-corruption et les défaillances du système juridique français en matière de corruption transnationale. Ils pointent du doigt les divergences entre les taux américains concernant les incriminations relatives à la corruption transnationale vis-à-vis de ceux de la France, où il existe encore peu de condamnations d'entreprises impliquées dans des affaires de corruption transnationales[3]. Ils affirment que la France devrait être plus agressive, comme les Américains, dans l'application de ses lois anti-corruption.[4]

Au sein de l'élite des juristes d'entreprise, certains professent la plus-value économique permise par la campagne américaine contre la corruption transnationale. Toute une industrie s'est développée sur ce sujet ces 20 dernières années. Cette industrie (ainsi-nommée « FCPA, Inc. ») est constituée de cabinets qui apportent leur aide aux entreprises pour qu'elles effectuent une mise en conformité avec les dispositions normatives nationales et internationales. En effet, la mise en conformité légale et réglementaire avec les lois américaines d'application extraterritoriale, telle le FCPA, est un domaine d'activité en pleine expansion pour les professionnels du droit en France.

B. Les sceptiques (hérétiques)

En France, le récit concurrent sur le FCPA raconte une histoire tout à fait différente. Les sceptiques se prononcent souvent contre l'application extraterritoriale du FCPA et s'insurgent contre le supposé « impérialisme moral » de cette disposition américaine, parmi d'autres.

Qui sont ces Américains ? Quelles sont leurs requêtes pour qu'ils se permettent de nous donner des leçons de morale ? De quelle légitimité disposent-ils pour professer au monde entier leurs conceptions de ce que sont des pratiques répréhensibles moralement ?

Malheureusement ces objections portées au versant juridictionnel du FCPA ne se saisissent pas des principaux enjeux du fait qu'elles sont la plupart du temps associées à des affirmations vagues sur une perception de la nature extraterritoriale des poursuites d'une « multinationale » aux États-Unis.[5]

Les personnes moins informées ou les réactionnaires appartenant à ce groupe ont tendance à orienter leurs protestations sur le FCPA entendu au sens large, en y incluant d'autres lois américaines. Par exemple, les sanctions économiques orchestrées par les États-Unis mises en oeuvre à l'encontre de régimes ou États considérés comme hostiles aux intérêts des États-Unis, peuvent compromettre des multinationales opérant dans les pays en question.

La sentence de 9 milliards de dollars d'amende prononcée à l'encontre de BNP Paribas en 2015, comprenant la violation des sanctions étasuniennes et de l'embargo[6] sur Cuba, l'Iran et le Soudan, illustre bien l'échec d'une distinction entre différents régimes juridiques[7].

Pour certains, les lois américaines, qui peuvent prendre en otage des multinationales ayant des activités ou des liens avec les États-Unis pour leur comportement en dehors des Etats-Unis, font partie d'une stratégie économique et diplomatique plus large.

Leurs considérations sont orientées vers l'aspect territorial de la pratique de corruption alléguée, tout en occultant le spectre du FCPA qui, depuis 1998, s'applique à des multinationales ayant des liens étroits avec les États-Unis.[8]

Un mail compromettant a été transmis aux américains ? Vous et votre entreprise êtes désormais régis par une juridiction américaine. Un « américain accidentel » travaille pour votre entreprise ? Vous êtes certainement assujettis à la juridiction américaine. La commission a été réglée en dollars ou elle a transité par une banque américaine ? Vous relevez de la compétence d'une juridiction américaine.

Cette juridiction étendue, tentaculaire et agressive pour la mise en oeuvre du FCPA à l'encontre de « multinationales » provoque l'angoisse des sceptiques en France. Ces derniers y voient l'expression d'un impérialisme juridique par les autorités américaines.[9]

Les plus alarmistes parmi les sceptiques affirment qu'une « guerre économique » est en cours entre la France et les États-Unis et que le FCPA est un simple instrument utilisé par l'État américain pour maintenir son hégémonie économique et militaire.[10]

À ce sujet, Hervé Juvine du Eurogroup Consulting a déclaré que « L'extraterritorialité du droit américain est une des nouvelles armes de la guerre économique moderne. »[11]

L'affaire Alstom de 2014 est un bon exemple de la profonde suspicion qui existe en France à l'égard du FCPA. Un des arguments avancé est que le gouvernement des États-Unis a favorisé l'acquisition d'un groupe français d'importance stratégique à la faveur de son rival américain, General Electric.[12]

La récente loi veto-proof dite CAATSA[13] adoptée par le Congrès américain ciblant l'Iran, la Corée du Nord et la Russie, leurs entreprises et les individus aussi bien que les multinationales qui commercent avec ces pays ou les personnalités morales ayant leur nationalité, ressort désormais comme de nouvelles sanctions économiques américaines menaçant les entreprises européennes, notamment celles qui participent au développement du projet gazoduc « Nord Stream 2 ».

Le président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, réagissant sur les menaces aux intérêts énergétiques européens produits par cette loi, a déclaré : « America First ne peut pas signifier que les intérêts de l'Europe viennent ensuite ».[14]

En mai 2018, la sortie de l'accord sur le nucléaire iranien (« JCPOA ») par le président Donald Trump a été suivie par des menaces proférées par son administration à l'encontre des entreprises européennes ayant investi ou cherchant à investir en Iran, affirmant que ces dernières seraient punies sévèrement si elles violaient les sanctions rétablies par les États-Unis sur l'Iran.

Le constructeur automobile français PSA a ainsi annoncé en Juin 2018 qu'il suspendrait toutes ses opérations de joint-venture en Iran, représentant 700 millions d'euros en production, afin d'éviter le risque de sanctions américaines.[15]

Le groupe Total a également annoncé qu'il cesserait toute activité en Iran, sous la pression de sanctions incertaines qui pourraient être prononcées par le département du Trésor américain.[16] Il est attendu que Renault suive la tendance et renonce à ses activités en Iran du fait des risques qui pèsent sur ses partenaires commerciaux exposés aux sanctions, tels que Nissan et Mitsubishi.

D'autres entreprises basées en Europe sont aussi exposées vis-à-vis de la réactivation des sanctions américaines sur l'Iran, c'est le cas de l'italien ENI, de l'espagnol Repsol ou encore de l'Hellénique Petroleum grecque.

Faisant part de sa frustration face au comportement des États-Unis, le ministre français de l'Économie, Bruno Le Maire a récemment réagit : « Voulons-nous être des vassaux des États-Unis qui obéissent le doigt sur la couture du pantalon ? ».[17]

Néanmoins, ce que les hommes d'affaires et le gouvernement français ont vu comme un braquage de haut-vol orchestré par le US Department of Justice (« DOJ ») dans les affaires impliquant Alstom ou BNP-Paribas, leurs homologues américains l'ont perçu comme le résultat de conseillers juridiques « inexpérimentés », un échec de coopération avec les autorités américaines et une conduite illégale éhontée de la part des entreprises mises en cause.

Peu habitués au système de « justice négociée » américain, les entreprises françaises ont servi d'exemple.

Les mieux informés parmi les sceptiques concentrent leur analyse sur le FCPA et sur la façon dont cette loi participe à l'hégémonie économique américaine sur le marché mondial. Ils avancent par exemple que les États-Unis ont écarté leurs rivaux commerciaux de leur « chasse gardée » - telle que la péninsule arabe ou la Corée du Sud - à travers une diplomatie et une coercition économique importantes.

D'autres affirment que les capacités et les pratiques des services de renseignement américains sont utilisées à l'avantage des firmes américaines lors d'importantes transactions impliquant des secteurs d'industries stratégiques.

Ceux qui disposent d'une expérience dans le milieu du renseignement parlent de la Five Eyes *intelligence alliance*[18] pour expliquer pourquoi ces États poursuivent rarement, si ce n'est jamais, leurs entreprises respectives pour des faits de corruption transnationale (signifiant que tous connais-

sent les agissements des autres) et se sont accordés pour ne pas utiliser les informations recueillies dans le cadre de cette alliance pour des raisons juridiques nationales ou des objectifs commerciaux.

Certains s'interrogent, à quand remonte la dernière implication d'une entreprise américaine pour des faits de corruption transnationale ? Les entreprises américaines ne seraient-elles pas impliquées dans des pratiques de corruption transnationale dans les affaires internationales ? Nous nous ferons notre propre opinion sur le sujet.

Nous l'avons vu, pour les sceptiques, la France serait sous le joug d'une suzeraineté économique américaine. Ils notent qu'au cours des huit dernières années, les États-Unis ont imposés plus de 1,6 milliards de dollars d'amende aux entreprises françaises en vertu de violations du FCPA et de normes qui s'y rapportent. Au niveau européen, les entreprises des États membres ont payé plus de 40 milliards de dollars au FCPA américain, sanctions et pénalités bancaires inclues, au cours des dix dernières années.[19] Ce n'est pas un montant dérisoire, même pour l'économie européenne.

III. Une vision critique du FCPA

À la manière du discours américain dominant, bien que tronqué, sur le FCPA, une réflexion critique fait défaut en France, notamment sur l'histoire et le développement de cette loi. Cela est regrettable. Ce manque aurait conduit les Français à accepter sans sourciller l'orthodoxie professée par les États-Unis sur le FCPA, orthodoxie produite par les autorités, les professionnels du droit et (de façon embarrassante) par de nombreux professeurs de droit. Lorsque l'on admet que le FCPA s'est constitué sur des bases morales, on crée un accord biaisé sur la criminalisation de la corruption transnationale dans les affaires internationales.

Les archives du Congrès américain au milieu des années 1970 sont la preuve que le législateur a rédigé le FCPA non pas dans une démarche altruiste de préoccupation sur la conduite (im)morale des entreprises mais en réaction aux sérieux dommage que les entreprises américaines avaient causé à la politique étrangère et aux relations internationales des États-Unis, alors que des pratiques corrompues avaient été révélées.

Contrairement à une idée répandue, le Congrès n'était pas surpris du fait, voire de l'importance, de la corruption transnationale opérée par ses champions nationaux. Mais les législateurs étaient dérangés par le retour de flamme que ce comportement avait provoqué dans plusieurs pays d'importance stratégique au coeur de la guerre froide.

Alors que les révélations d'une corruption transnationale galopante des entreprises américaines retentissaient dans le monde, le gouvernement américain a fait face à une réelle crise. Des gouvernements amis et alliés des États-Unis - le Japon, la Corée du Sud, l'Italie, le Honduras, les Pays-Bas, le Venezuela, la Bolivie, l'Équateur inclus - ont subi d'intenses pressions au niveau national pour endiguer les pratiques de corruption généralisées des entreprises américaines dominantes dans ces pays.

Plusieurs hauts responsables de ces pays furent inquiétés ou bien emprisonnés,[20] l'idéologie communiste contre le capitalisme corrompu en fut revigoré[21], et la politique étrangère américaine ainsi que les relations des États-Unis avec ces pays furent mises en péril.[22]

Au milieu des années 1970, le législateur avait compris que les multinationales américaines étaient devenues si puissantes qu'elles pouvaient profondément nuire aux intérêts américains dans leur quête de profit rapide et d'accords importants à l'étranger.

Par l'intermédiaire d'une corruption transnationale importante, les entreprises américaines pouvaient conduire leur propre politique étrangère alors qu'elles octroyaient des pots-de-vin à des responsables politiques étrangers. Cet argent pouvait ensuite être utilisé par ces responsables politiques ou ceux qui aspiraient à ce type de fonction, pour financer des campagnes électorales et monnayer le soutien d'hommes d'affaires, de politiques ou d'élites.

« *Disclosures have shown that United Brands dealings with the Honduran Government and Lockheed's relationship with the Dutch Crown, Italian political parties, and former key leaders of the ruling Japanese party had an impact as great as the Department of State might have had. Surely the public expects more than to have foreign policy made in the board rooms of United Brands or Lockheed.* » [23]

Ces éléments ne sont ni controversés ni contestés. Cependant, ils sont curieusement et la plupart du temps éludés des discussions sur les raisons pour lesquelles les États-Unis ont banni la corruption

transnationale. Les faits constitutifs de l'histoire du FCPA sont simplement oubliés ou ignorés, peut-être parce qu'ils contreviennent au récit favorisé par le gouvernement américain, à savoir que le FCPA a été adopté car c'était « *the right thing to do* ».

Nous pouvons clairement considérer que cette justification du FCPA - issue de considérations de politiques étrangères et liées aux relations internationales - diffère considérablement des justifications moralistes communément acceptées aujourd'hui.

Il n'est pas aisé de remettre en question 40 ans d'une « bonne histoire » acceptée aux États-Unis bien qu'elle soit douteuse. Il y a peu à faire pour changer l'opinion américaine sur ce sujet. S'ils sont enclins à croire que le FCPA a été adopté pour de bonnes et vertueuses raisons, il importe peu que cette loi le fut pour des raisons liées à la conduite de la politique étrangère et à la *realpolitik*.

Dans ce cas, les justifications réelles ou admises se marient bien ensemble, elles se conçoivent bien aux États-Unis.

Mais c'est au lecteur français que je souhaite m'adresser afin qu'il puisse considérer de façon critique les bases sur lesquelles se fonde le FCPA. Accepter une vision critique qui écorche la perspective traditionnelle et moraliste du FCPA, a des implications multiples.

Les décideurs politiques qui cherchent à se retrouver dans le réseau des lois économiques américaines - créées pour remplir les objectifs de politique étrangère américaine - doivent se positionner selon une alternative : suivre les objectifs de cette politique étrangère ou retourner vers la défense de leurs intérêts nationaux lorsque des conflits apparaissent.

Sans une vision claire et étayée du FCPA, les mesures législatives visant à l'adoption de politiques ou de lois similaires pour lutter contre la corruption transnationale créent un risque d'introduire encore plus de confusion concernant les justifications de ces lois, d'imposer le fardeau de la mise en conformité aux affaires, et d'importer des paradigmes juridiques servant des objectifs de politique étrangère de pays différents.

Le FCPA est une réponse légitime et appropriée du gouvernement américain aux problèmes liés à la corruption transnationale qu'il a rencontrés lorsque ses multinationales ont été impliquées publiquement. En d'autres mots, le FCPA était un message normatif adressé à ces entreprises. Ce message était clair : ces pratiques sont révolues et la politique étrangère américaine est le domaine exclusif des branches exécutive et législative du gouvernement.[24]

IV. Pourquoi la France a banni la corruption transnationale ?

Au vu de cette singulière histoire américaine, pourquoi la France a-t-elle agi plus tard pour bannir la corruption transnationale ? Les gouvernements français auraient-ils souffert des mêmes traumatismes que ceux des États-Unis ? Hélas ces questions restent peu étudiées en France.

À la manière du discours dominant des États-Unis, bien qu'avec moins de conviction, les justifications à l'encontre de la corruption transnationale en France se concentrent sur des valeurs morales. Il existe cependant peu de preuves quant à cette théorie au regard des archives législatives.

En effet, la décision française de criminaliser la corruption transnationale est liée à la ratification de la Convention anti-corruption de l'OCDE en 1997. Pourquoi la France a-t-elle adoptée cette convention ?

De fait, la France n'a jamais soutenu cette Convention et elle est longtemps restée suspicieuse des raisons qu'avaient les États-Unis de soutenir cet accord. Or, si l'on examine de plus près les négociations précédant la ratification de cette Convention, on observe que la France a été sujette à une pression des États-Unis et de ses affidés, ratifiant cet accord à contrecoeur.

Au moment des négociations, la France était empêtrée dans des affaires mettant en lumière une corruption politique galopante. Les informations divulguées dans les médias et dans la société civile auraient ainsi poussé les gouvernements Juppé et Jospin à soutenir cette initiative menée par les États-Unis.

Les représentants français ne pouvaient pas être publiquement contre les pratiques de corruption dévoilées ainsi au niveau national tout en refusant un accord international de lutte contre la corruption.

Les responsables américains ont exploité ces circonstances, menaçant leurs homologues français de révéler des informations quant aux supposées pratiques frauduleuses des firmes françaises.[25] Compte tenu de la relation dirigiste existante au regard de multinationales françaises d'intérêt stratégique, ces menaces tournées vers la déstabi-

lisation et la coercition du gouvernement français, ont donc conduit ce dernier à se soumettre à la volonté américaine.

Si personne ne soutien publiquement la corruption transnationale aujourd'hui, peut-être n'y avait-il aucun mal à forcer la France, et d'autres États, à accepter cette convention anti-corruption ? Cependant les questions géopolitiques, de commerce international et les priorités des politiques étrangères des États étant divergentes, ne peuvent se résoudre simplement.

Lorsque la France a succombé à la pression américaine et ratifié cette Convention, criminalisant ainsi la corruption transnationale, elle l'a fait pour des raisons étrangères à son habitude. En d'autres mots, la loi ne remplissait pas son objectif et n'a pas répondu à un problème identifié et légitime pour le législateur français, et qui ne l'a pas soumis à débat.

Contrairement à d'autres accords multilatéraux, la Convention anti-corruption était un produit de l'unilatéralisme américain servant sa politique étrangère et économique, et donnant ultimement peu de bénéfices tangibles aux autres États signataires.

En France, beaucoup au sein de la société civile ou des professions juridiques ont soutenu la réforme pour la lutte contre la corruption portée par la loi Sapin II adoptée en 2016, affirmant que l'application d'une variante de la « justice négociée » américaine en matière de corruption transnationale permettrait de mieux dissuader et punir les pratiques illicites.

Cet effort pour une mise à jour du régime anti-corruption français visait à prévenir ce que M. Sapin appelait les attaques « infamantes » portées au système juridique français.[26] À travers cette loi, le gouvernement français semble avoir considéré qu'il était plus avantageux de suivre l'exemple américain en matière de corruption transnationale.

Il semblerait qu'à ce jour en France des lois anti-corruption n'ont pas été correctement débattues par le législateur ou explicitées par le gouvernement. À l'inverse, elles résultent d'une coercition d'un État étranger.

L'on peut avancer que ces éléments ont eu plusieurs implications sur l'application et le respect des lois, mais également sur leur compréhension par les entreprises françaises et les citoyens.

Il est soutenable qu'en ne parvenant pas à exprimer une justification proprement française de la lutte contre la corruption transnationale, le législateur et les représentants français ont, de ce fait, importé le récit dominant américain. Ce résultat n'est pas nécessairement indésirable *per se*.

Comprendre pourquoi les États se comportent ainsi est essentiel afin de conduire de manière effective les politiques étatiques de relations internationales. Les responsables et les professionnels du droit français bénéficieraient de l'étude attentive de l'histoire, des justifications avérées et de l'évolution du FCPA, avant de suivre l'approche américaine de lutte contre la corruption transnationale.

Le parcours juridique du FCPA démontre clairement que cette loi était destinée à l'accomplissement des objectifs de politique étrangère et de conduite des relations internationales des États-Unis.

Si les politiques étrangères et économiques de la France et des États-Unis ont été convergentes sur ces questions, un accord franco-américain augmenterait les chances de ces deux nations dans la mise en oeuvre de politiques contre la corruption transnationale.

Cependant si ces politiques n'étaient pas dans un même alignement, ou souvent contestées, ce domaine du droit et de la politique internationale pourrait voir naître des conflits. Certains signes indiquent que cette dernière hypothèse pourrait se réaliser.

Mettant de côté les leçons de morale américaines sur les pratiques de corruption transnationale, il nous reste à considérer quels sont les coûts et bénéfices de la France dans la criminalisation de ces pratiques.

Aujourd'hui, lorsque les autorités françaises et les avocats acceptent le récit dominant américain qui justifie le FCPA « i.e. la morale et les valeurs », ils cèdent le terrain stratégique des politiques internationales aux États-Unis et se retrouvent à oeuvrer pour la réalisation des buts de politique étrangère et économique américains.

En France et ailleurs, nous devrions comprendre clairement que le FCPA a été fondé principalement sur la protection et l'affirmation des intérêts nationaux américains, y compris sa politique étrangère et ses intérêts économiques.

Dans la mesure où les intérêts de la France sont favorisés par son soutien et son alignement sur la politique étrangère et les intérêts économiques internationaux des États-Unis, il s'agit d'un sujet qui doit être sérieusement débattu.

Un manque de réflexion critique sur cet important sujet de droit et de politique internationale nous a sans doute laissé sans clarté sur les objectifs finaux.

Nous devrions voir clairement que la rhétorique morale en matière de corruption étrangère n'a servi qu'à nous détourner du but fondamental et des justifications objectives de la FCPA.

Notes :

1. Voir US General Accounting Office, Report to Congress (4 Mars 1981), « Impact of Foreign Corrupt Practices Act On US Business »: https://www.gao.gov/assets/140/132199.pdf.

2. Cette perspective figure souvent dans les publications et les communiqués de l'OCDE et de son Groupe de travail sur la corruption transnationale.

3. NB: La Cour de cassation a rendu, le 14 mars 2018, son arrêt Pétrole contre nourriture : Cass. Crim., March 14, 2018, No. 16-82.117, FS-P + B. Voir aussi, Julie Gallois, 4 avril 2018, « Pétrole contre nourriture : précisions en matière de corruption d'agents publics étrangers et d'abus de biens sociaux », https://www.dalloz-actualite.fr/flash/petrole-contre-nourriture-precisions-en-matiere-de-corruption-d-agents-publics-etrangers-et-d-.

4. Voir, e.g., Transparency International (France), https://transparency-france.org/actu/guide-pratique-entreprises-loi-sapin-2/ et Transparency International, « New Anti-corruption Law in France Shows Progress but Does Not Go Far Enough », 23 novembre 2016, http://www.transparency.org/news/pressrelease/new_anti_corruption_bill_in_france_shows_progress_but_does_not_go_far_enoug.

5. Voir « Rapport d'information déposé par la commission des affaires étrangères et la commission des finances en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 3 février 2016 sur l'extraterritorialité de la législation américaine », Assemblée nationale, Paris, 5 octobre 2016.

6. Voir les lois américaines International Emergency Economic Powers Act 1977 et Trading with the Enemy Act 1917.

7. Sur cette question, voir Stéphane Lauer, Le Monde, 30 juin 2014, « La BNP paiera une amende de près de 9 milliards de dollars aux Etats-Unis » : http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2014/06/30/la-bnp-devra-regler-8-834-milliards-de-dollars-d-amende-aux-etats-unis_4448280_3222.html.

8. Après la ratification par les États-Unis de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption en 1998, le FCPA a été amendé pour s'appliquer clairement à une section beaucoup plus large de personnes et d'entreprises ayant des liens avec les États-Unis. Voir : International Anti-Bribery and Fair Competition Act 1998.

9. Voir, e.g., ancien Secrétaire d'État chargé du Commerce extérieur, Pierre Lellouche, qui a fait valoir : « Au fil de mon travail à la commission des Affaires étrangères, j'ai découvert la puissance du rouleau compresseur normatif américain qui revêt la forme d'un véritable impérialisme juridique et économique. » Raphaël Legendre, citer Pierre Lellouche, « Au nom de la lutte contre la corruption, les États-Unis imposent leurs lois aux entreprises étrangères », L'Opinion, 5 juin 2016 : https://www.lopinion.fr/edition/economie/pierre-lellouche-nom-lutte-contre-corruption-etats-unis-imposent-leurs-104011.

10. Sur cet aspect, voir Julie de la Brosse, « Le Rack-et Géant des Amendes Economiques », L'Express, 11 novembre 2016.

11. Voir, Béatrice Mathieu, « Les États-Unis, justiciers du business mondial », L'Express, 13 octobre 2016, https://www.lexpress.fr/actualite/monde/amerique-nord/les-etats-unis-justiciers-du-business-mondial_1838440.html.

12. Voir, par exemple, Jean-Michel Quatrepoint, Alstom, scandale d'État, Fayard, 2015.

13. Le loi Countering America's Adversaries Through Sanctions Act 2017, « CAATSA », est une loi fédérale des États-Unis qui a imposé des sanctions à l'Iran, la Corée du Nord et la Russie.

14. Voir Clark Mindock, The Independent, 27 juillet 2017, « Europe 'stands ready to act' if US sanctions on Russia affect its oil and gas supplies » : https://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/us-russia-sanctions-latest-europe-ready-to-act-jean-claude-juncker-energy-security-america-first-a7861851.html.

15. Voir Reuters, 4 juin 2018, « France's PSA suspends joint ventures in Iran to avoid US sanctions » : https://www.reuters.com/article/us-iran-nuclear-peugeot/frances-psa-begins-to-suspend-its-joint-ventures-in-iran-idUSKCN1J026R.

16. Voir Hayat Gazzane, 17 Mai 2018, Le Figaro, « Iran : la pression monte autour des entreprises françaises » : http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2018/05/17/20002-20180517ARTFIG00102-iran-la-pression-monte-autour-des-entreprises-francaises.php.

17. Voir Reuters, 11 mai 2018, « Iran : Les Européens n'ont pas à payer de sanctions, dit la France » : https://fr.reuters.com/article/frEuroRpt/idFRL8N1SI1CD.

18. L'alliance de renseignement Five Eyes est composée des États-Unis, du Canada, de la Grande-Bretagne, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande.

19. Voir Jean-Michel Quatrepoint, « Quand la justice orchestre le racket des entreprises européennes—Au nom de la loi… américaine », Le Monde Diplomatique, janvier 2017, pp. 1, 22 et 23; https://www.monde-diplomatique.fr/2017/01/QUATREPOINT/56965.

20. Par exemple, en 1976, l'ancien Premier ministre japonais Tanaka, contraint de démissionner, a été arrêté et reconnu coupable d'avoir accepté 2 millions de dollars de Lockheed pour inciter All Nippon Airways à acheter ses avions de ligne Tristar au lieu du DC-10 de McDonnell Douglas. Tanaka a été reconnu coupable de corruption et condamné à quatre ans de prison.

21. Voir Frank Church, « Lockheed: Corporation or Political Actor? », The Harvard Crimson, 26 octobre 1976.

22. Voir « Securities and Exchange Commission, Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices », (1976). Voir aussi, Note, « Disclosure of Payments to Foreign Government Officials Under the Securities Acts » 89 Harvard Law Review 1848 (1976).

23. Traduction française : Les révélations ont montré que les relations de United Brands avec le gouvernement hondurien et les relations de Lockheed avec la Couronne hollandaise, les partis politiques italiens et les anciens dirigeants du parti au pouvoir ont eu un impact aussi grand que celui du département d'État. Sûrement le public attend plus que d'avoir une politique étrangère faite dans les salles de conseil de United Brands ou Lockheed. Voir « Foreign Payments Disclosure: Hearings Before the Subcommittee on Consumer Protections and Finance of the House Committee on Interstate and Foreign Commerce », 94th US Cong. 2 (1976), citer par Mike Koehler, « The Story of the Foreign Corrupt Practices Act », 73 (5) Ohio State Law Journal (2012), 942.

24. Notez que le FCPA interdit également les contributions politiques étrangères faites corrompues.

25. Voir Elizabeth Spahn, « Multijurisdictional Bribery Law Enforcement: the OECD Anti-Bribery Convention » 53(1) Virginia Journal of International Law (2012), 11 et Daniel K. Tarullo, « The Limits of Institutional Design: Implementing the OECD Anti-Bribery Convention », 44 Virginia Journal of International Law (2003-2004), pp. 678-679.

26. L'ancien ministre des Finances, Michel Sapin, a déclaré : Je ne pense pas qu'il y ait plus de comportements délictueux chez nous qu'ailleurs. Mais l'absence de condamnations en France pour versements en particulier de pots-de-vin a créé un climat de soupçon envers notre pays que je juge infamant », voir Le Monde, « La loi Sapin II sur la corruption présentée en conseil des ministres », 30 mars 2016, https://www.lemonde.fr/economie/article/2016/03/30/la-loi-sapin-ii-sur-la-corruption-presentee-en-conseil-des-ministres_4892455_3234.html.