LA REVUE DU GRASCO

www.grasco.eu
www.larevuedugrasco.eu

N°25— Décembre 2018

Parution trimestrielle
Gratuite

EDITORIAL

CHANTAL CUTAJAR

DIRECTRICE DU GRASCO

La lutte contre la corruption en Europe : quel bilan ? Quelles perspectives ?

La corruption est « la plus grande menace qui pèse sur la démocratie en Europe aujourd'hui ». Devenue un « impératif catégorique », elle accède, depuis la fin du XXème siècle au rang de priorité affichée des Nations Unies, de l'OCDE, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne.

Les organisations internationales ont adopté des instruments juridiques contraignants dans le but de prévenir, réprimer et soutenir l'action des victimes de la corruption et mis en place des instances de suivi et d'évaluation de la mise en oeuvre effective de ces instruments pour contraindre les États à respecter leurs engagements internationaux.

Cependant, l'absence de directive européenne a permis aux États-Unis de s'ériger en gendarme du monde en matière de lutte contre la corruption en utilisant le Foreign Corrupt Practices Act, dit FCPA. Cette loi, d'application extraterritoriale permet de poursuivre et de condamner toute entreprise ou personne qui enfreint ses dispositions et qui a indirectement ou directement une activité aux États-Unis ou encore un lien avec sa monnaie.

Depuis 2008, les États-Unis utilisent cette législation comme un véritable outil de guerre économique. En effet, on constate une surreprésentation notable des entreprises européennes dans les dossiers relatifs FCAP mais il en va de même des dispositions sanctionnant la violation des embargos financiers internationaux des États-Unis. Le rapport de la mission d'information sur l'extraterritorialité de loi américaine rapporte ainsi que les entreprises européennes ont versé les deux tiers des plus grosses amendes pour corruption.

Ainsi, en 2016, 27 entreprises ont été sanctionnées à hauteur de 2,5 milliards de dollars pour avoir enfreint cette loi. En septembre 2018, une amende de 25,2 millions de dollars (21,76 millions d'euros) a été versée par le laboratoire français Sanofi à la Securities and

SOMMAIRE

ÉDITO....1

INTERVIEW :

VICTORIA PALAU, CHEFFE D'ÉQUIPE DU PROJET EUROMED JUSTICE IV....5

MICHEL QUILLÉ, CHEF DU PROJET EUROMED POLICE IV....10

DOCTRINE JURIDIQUE :

L'ACTION PUBLIQUE FACE À L'EXIGENCE RENFORCÉE DE PROBITÉ : DE LA RÉPRESSION À LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DES AGENTS PUBLICS, PAR ALEXANDRE TRÉMOLIÈRE....15

AFFAIRE DITE DES « BIENS MAL ACQUIS », CONSIDÉRATIONS JURIDIQUES QUANT À LA RESTITUTION DES BIENS CONFISQUÉS DE TEODORIN O., PAR CORENTIN LATIMIER....24

DOCTRINE SCIENCES CRIMINELLES :

DES CLÉS POUR LUTTER CONTRE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS : VERS UNE COOPÉRATION MULTILATÉRALE ET MULTIDISCIPLINAIRE RENFORCÉE, PAR CAROLINE CHARPENTIER ET MAIWENN RATINET....30

COMPLIANCE/CONFORMITÉ :

L'IMPACT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES SUR LES PROGRAMMES DE COMPLIANCE : QUELS OUTILS AU SERVICE DE LA CONFORMITÉ ? L'EXEMPLE DU RGPD, PAR ALAIN BENSOUSSAN....37

JURISPRUDENCE :

PHISHING : APPRÉCIATION DE LA NÉGLIGENCE GRAVE DE LA VICTIME DANS LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA COUR DE CASSATION, PAR GARANCE MATHIAS....39

Exchange Commission (SEC), pour un versement de pots-de-vin pour remporter des appels d'offres au Kazakhstan et au Moyen-Orient.

Ces sanctions record prononcées contre plusieurs grandes entreprises françaises sur le fondement du FCPA ont poussé le législateur français à réagir, et à promulguer la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite Loi Sapin 2, dans le but de répondre au renforcement des réglementations internationales dans le domaine de la lutte contre la corruption mais également de concurrencer l'action des autorités étrangères.

Cependant, la question se pose de l'aptitude même de cette loi, à enrayer la stratégie américaine. En effet, la loi française soumet certaines entreprises dépassant un certain seuil, sous le contrôle de l'Agence Française Anticorruption (AFA), à mettre en place un programme de conformité tant au sein de la maison mère que dans l'ensemble des filiales françaises et étrangères. Or, ces conditions de seuil qui concernent environ 30 000 entreprises, exonère une grande partie des filiales de sociétés étrangères qui, ainsi, ne pourront pas être contrôlées par l'AFA. On peut douter au demeurant qu'elle dissuade le Department of Justice (DOJ) des États-Unis de poursuivre des entreprises contrôlées par l'Agence Française Anticorruption pour les mêmes faits, dès lors qu'aucun texte n'interdit à une autorité de poursuite étrangère de se saisir de faits pour lesquels elle s'estimerait compétente.

Il apparaît ainsi que seule une stratégie européenne pourrait être de nature à contrebalancer la stratégie américaine. Elle pourrait comme le préconise Bernard Cazeneuve, ancien premier ministre, avocat chez August Debouzy, passer par l'institution d'un procureur européen anticorruption : « **il est urgent de corriger l'asymétrie entre l'Europe et les États-Unis dans la lutte contre la corruption dont pâtissent aujourd'hui les entreprises européennes ». Mais au-delà, « Prévenir la corruption au sein d'entreprises françaises est encore la meilleure manière de les protéger contre les procédures souvent intrusives des instances de poursuite américaines** ».

Parrain de la promotion 2018-2019 du Master 2 « Juriste conformité » de la faculté de droit, de sciences politique et de gestion de l'Université de Strasbourg, Bernard Cazeneuve a répondu favorablement à la demande des étudiants de participer aux « Rencontres du Master » Jeudi 7 février 2019 sur le thème « Comment lutter contre la corruption en Europe ? ».

Nous vous y donnons rendez-vous !

Notes :

1. Thorbjørn Jagland, Secrétaire Général du Conseil de l'Europe Discours 22 janvier 2013, http://assembly.coe.int/ASP/NewsManager/FMB_NewsManag erView.asp?ID=8330&L=1
2. Voir numéro spécial de La Revue du Grasco sur la Corruption sur le site : http://www.larevuedugrasco.eu/docu ments/revue_numero_special_corrup tion_sept_2012.pdf
3. Convention des Nations Unies contre la corruption, dite convention de Mérida, adoptée le 31 octobre 2003 et ouverte à la signature le 9 décembre 2003. Elle est entrée en vigueur le 14 décembre 2005 : http://www.un.org/fr/events/anticorruptio nday/index.shtml
4. Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales adoptée à la Conférence de négociations le 21 novembre 1997 et entrée en vigueur le 15 février 1999 : http://www.oecd.org/fr/corruption/
5. Convention pénale sur la corruption (STE) n° 173 adoptée le 27 janvier 1999 et son protocole additionnel (STE n° 191) adopté le 15 mai 2003 et la Convention civile sur la corruption (STE n° 174) adoptée le 4 novembre 1999 et entrée en vigueur le 1er novembre 2003 : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_fr.asp
6. Acte du Conseil du 26 mai 1997 établissant la convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne [Journal officiel C 195 du 25.6.1997] http://europa.eu/legislation_summarie s/fight_against_fraud/fight_against_cor ruption/index_fr.htm
7. Il convient de mentionner en outre La convention de l'Organisation des Etats américains, signée le 26 mars 1996, entrée en vigueur le 6 juin 1997 et la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, dite convention de Maputo, adoptée le 11 juillet 2003.
8. http://www.assemblee-nationale.fr/ 14/rap-info/i4082.asp
9. https://www.nouvelobs.com/economie/20190117.OBS8654/bernard-cazene uve-il-faut-un-procureur-europeen-ant icorruption.html

LES RENCONTRES DU MASTER 2 « JURISTE CONFORMITÉ »

JEUDI 7 FÉVRIER 2019

16h30 > 18h00

LIBRAIRIE KLEBER / SALLE BLANCHE

DISCUSSION / DÉBAT

BERNARD CAZENEUVE
Avocat

CHANTAL CUTAJAR
Directrice du GRASCO

Comment lutter contre la corruption en Europe ?

ORGANISÉ PAR : Faculté de droit de sciences politiques et de gestion Université de Strasbourg

COMITÉ SCIENTIFIQUE DU GRASCO

FALLETTI François

Ancien magistrat, il a exercé plus de 15 ans au sein de la Direction des affaires criminelles et des Grâces du ministère de la Justice dont il a été le directeur de 1993 à 1996. Il a ensuite été procureur général près les cours d'appel de Lyon, Aix en Provence et Paris. Avocat général à la cour de cassation, il a été le membre français de l'Unité Eurojust à La Haye (2004-2008). Il a également exercé les fonctions de président de l'association internationale des procureurs (2007-2010), de secrétaire général de l'association internationale des procureurs francophones (2009-2018), et assuré la mission de conseiller spécial auprès de Madame le Commissaire européen pour la Justice (2016-2017). Docteur en droit, diplômé de Sciences-po Paris, il est l'auteur de plusieurs ouvrages, notamment du "précis de droit pénal et de procédure pénale" (PUF 7e édition 2018) coécrit avec Frédéric Debove. Il est aujourd'hui avocat au Barreau de Lyon.

LABORDE Jean-Paul

Conseiller honoraire à la Cour de cassation et ancien Directeur exécutif du comité des Nations Unies chargé de la lutte contre le terrorisme avec rang de Sous-Secrétaire général. Il est actuellement ambassadeur itinérant de l'Assemblée parlementaire de la Méditerranée, Directeur du Centre d'expertise sur la lutte contre le terrorisme, titulaire de la Chaire Cyber à l'École de St-Cyr Coëtquidan et Conseiller spécial de l'Initiative mondiale de lutte contre le crime transnational organisé.

LEBLOIS-HAPPE Jocelyne

Professeur à L'Université de Strasbourg et chargée de cours à l'Université Albert-Ludwig de Fribourg-en-Brisgau (Allemagne). Elle est membre du groupe European Criminal Policy initiative et du groupe d'experts sur la politique pénale de l'UE auprès de la commission européenne.

MATHON Claude

Avocat général honoraire à la Cour de cassation (chambre criminelle). Après avoir Développé une carrière essentiellement comme procureur de la République, il a dirigé le Service Central de prévention de la Corruption (2001). Spécialisé en intelligence économique, il a présidé à la rédaction de trois rapports : « Entreprise 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 ».

PRADEL Jean

Ancien magistrat (de 1959 à 1969), il obtient l'agrégation en droit privé et en sciences criminelles en 1969. D'abord affecté à la Faculté de droit de Tunis, il devient professeur à la Faculté de droit à Poitiers (1972). Depuis 2003, il est professeur émérite de l'Université de Poitiers. Il est directeur honoraire de l'institut de sciences criminelles de Poitiers. Il a présidé l'Association française de droit pénal. Il participe à de nombreux congrés internationaux. Il est l'auteur de nombreux ouvrages, notamment - Droit pénal général, Procédure pénale, Droit pénal comparé, Droit pénal spécial en collaboration avec M. Danti-Juan, Droit pénal européen avec G. Corsten et G. Vermeulen.

SORDINO Marie-Christine

Professeur à l'Université de Montpellier, Directrice de l'Équipe de droit pénal (EDPM-UMR 5815), Directrice du Master 2 Droit pénal fondamental et du Master 2 Pratiques pénales. Elle est auteur de nombreux ouvrages dont Mutations du droit pénal, entre affirmation de valeurs et protection des libertés ?, Faculté de droit et science politique de l'Université de Montpellier, coll. Actes de colloque, décembre 2017 ; Lanceur d'alerte : innovation juridique ou symptôme social ?, Faculté de droit et science politique de l'Université de Montpellier, coll. Actes de colloque, décembre 2016 ; Innovation numérique et droit pénal économique et financier : enjeux et perspectives, Faculté de droit et science politique de l'Université de Montpellier, coll. Actes de colloque, mai 2016 . Elle est cotitulaire de la chronique « Sanctions » au Bulletin Joly des entreprises en difficulté (BJE), titulaire de la chronique « Droit de la concurrence », RSC et expert auprès d'organismes nationaux et internationaux.

STRICKLER Yves

Docteur de l'Université de Strasbourg, Maître de conférences à Toulouse, Professeur à Nancy, puis à Strasbourg, il exerce depuis 2010 à l'Université Côte d'Azur. Membre du Haut Conseil de la Magistrature de la Principauté de Monaco, il dirige à Nice l'Institut fédératif de recherche "interactions".

STORCK Michel

Professeur émérite à l'Université de Strasbourg.

INTERVIEW

VICTORIA PALAU, CHEFFE D'ÉQUIPE DU PROJET EUROMED JUSTICE IV AVEC LA PARTICIPATION DE VIRGIL IVAN-CUCU, EXPERT EN RENFORCEMENT DES CAPACITÉS DANS LE CADRE DU PROJET EUROMED JUSTICE

PROPOS RECUEILLIS PAR JOCELYNE KAN, RÉDACTRICE EN CHEF DE LA REVUE DU GRASCO

L.R.D.G . : L.R.D.G. : Qu'est-ce qu'EuroMed Justice IV ?

L'objectif d'EuroMed Justice IV, un Projet financé par l'Union européenne (UE), est de contribuer au développement d'un espace euro-méditerranéen doté d'un système de justice effectif, efficace et démocratique, et soucieux du respect et de la protection des droits de l'Homme.

EuroMed Justice concentre ses travaux sur la coopération judiciaire en droit pénal, en coordination avec Eurojust, le Réseau Judiciaire Européen (RJE) et ses parties prenantes internationales principales, en l'espèce, l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDC), la Direction exécutive du Comité contre le terrorisme des Nations unies (ONU-DECT) et l'Association internationale des procureurs (AIP). Les autres domaines d'EuroMed Justice couvrent la coopération judiciaire en matière civile, avec le soutien de la Conférence de la Haye de droit international privé (HCCH), l'indépendance et la responsabilité de la justice (avec un accent particulier sur les Conseils supérieurs du pouvoir judiciaire ou de la magistrature, en partenariat avec le Conseil de l'Europe) et l'accès à la justice (essentiellement les cadres qui régissent l'aide juridictionnelle).

Dans le domaine de la coopération en matière pénale spécifiquement, EuroMed Justice aborde la coopération judiciaire et des services répressifs liée aux affaires transfrontalières complexes, notamment en matière de criminalité organisée et de terrorisme. Ainsi, EuroMed Justice vise à développer les capacités des systèmes de justice pour faire face aux menaces les plus importantes posées par les formes graves de criminalité internationale organisée d'une manière cohérente et efficace, par l'amélioration et le renforcement de la coopération entre les autorités judiciaires et des services répressifs des pays partenaires du voisinage sud (PPVS) et les agences de l'UE, les États membres de l'UE et les organisations internationales pertinentes.

En outre, la plupart des PPVS ont ratifié les conventions internationales et les règles générales relatives à la coopération judiciaire. Toutefois, des problèmes surviennent en cas de conflits de compétence, lorsque des différences existent entre le droit national et le droit international. Les conventions internationales devraient être appliquées, mais dans la pratique, les juges et procureurs font face à des difficultés et le développement des capacités est nécessaire.

Par conséquent, le Projet construit les fondements pour la mise en oeuvre des règles existantes relatives à la coopération internationale, pour des synergies accrues entre les autorités centrales, les bureaux des procureurs et les services répressifs, une coordination plus systématique et l'utilisation de tous les outils à leur disposition tels que les équipes communes d'enquête ou l'entraide judiciaire.

La multidisciplinarité du Projet EuroMed Justice implique la coordination des divers acteurs aux niveaux national, régional et interrégional, ainsi que l'intégration et l'alignement d'un large éventail d'activités développées pour traiter des priorités en matière de formes graves de criminalité transnationale au travers d'une coopération renforcée entre les autorités judiciaires et les services répressifs.

Le Projet est mis en oeuvre par un consortium dont le chef de file est la *Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Publicas* – FIIAPP (Espagne). Les autres membres du consortium sont le Center for International Legal Cooperation – CILC (Pays-Bas), l'Institut européen d'administration publique – IEAP (Pays-Bas), et Justice Coopération Internationale – JCI (France).

L.R.D.G. : Quels sont les objectifs du Projet EuroMed Justice IV et comment ce projet est mis en oeuvre ?

L'objectif principal d'EuroMed Justice est de jeter les bases d'un mécanisme euro-méditerranéen interrégional de coopération judiciaire et des services répressifs, composé de professionnels de la justice pénale – juges, procureurs, conseillers juridiques appartenant aux ministères de la Justice.

L'objectif spécifique est de promouvoir la coordination et la coopération efficace entre les PPVS et l'UE dans le domaine de la coopération judiciaire et des services répressifs en matière pénale.

Pour ce faire, EuroMed Justice travaille sur la capacité des PPVS à apporter une réponse judiciaire et des services répressifs à la criminalité transnationale qui soit coordonnée au niveau national et à développer les capacités des plateformes de coopération de lutte contre la criminalité transfrontalière aux niveaux régional (Sud-Sud) et euro-méditerranéen (Nord-Sud).

EuroMed Justice a créé un mécanisme de coopération fondé sur des plateformes nationales et régionales de professionnels de la Justice directement connecté et soutenu par Eurojust et le RJE. En plus d'Eurojust et du RJE, les activités sont développées en coopération avec l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDC), la Direction exécutive du Comité contre le terrorisme des Nations unies (DECT), le Conseil de l'Europe (Programme HELP, Conseil consultatif des procureurs européens) et l'Association internationale des procureurs (AIP).

Dans ce contexte, le Groupe d'experts en matière pénale – CrimEx – a été placé au coeur de ce mécanisme de coopération et de coordination judiciaire et des services répressifs. Les membres du CrimEx – trois représentants par PPVS – ont été désignés conformément à des critères définis en consultation avec Eurojust et le RJE en matière pénale.

Le CrimEx exerce l'appropriation par les Pays partenaires du Voisinage Sud (PPVS) dans la mise en oeuvre de la coopération judiciaire et des activités de formation, et veille au suivi des résultats. Bénéficiant du soutien d'Eurojust, le RJE, la DECT de l'ONU et l'ONUDC et en coordination avec d'autres projets comme EuroMed Police, Cyber South, ou CT MENA (Counter-terrorism in the Middle East and North Africa), le CrimEx fait office de véritable cellule de réflexion et de forum régional afin d'instaurer un climat de confiance mutuelle, d'échanger des bonnes pratiques et informations, de réaliser des analyses approfondies de la situation dans chaque PPVS et dans toute la région, et d'établir des recommandations, lignes directrices, manuels, études et recherches spécifiques. 8 réunions du CrimEx ont eu lieu depuis la première session du CrimEx, organisée à Madrid du 14 au 16 mars 2018.

Eurojust et le RJE apportent leur soutien au CrimEx et leur conseil sur la création d'un Réseau EuroMed de coopération judiciaire en matière pénale. Il convient de mentionner que les membres du CrimEx sont les potentiels points de contact d'Eurojust et du RJE, ainsi que les principaux éléments des plateformes nationales et régionales de coopération en matière pénale.

En somme, EuroMed Justice vise à obtenir une coopération régionale efficace en matière pénale et à créer un mécanisme de coopération judiciaire et des services répressifs à trois niveaux :

- Plateformes nationales de coordination pour faciliter le développement stratégique et

opérationnel, l'échange d'informations et une coordination renforcée parmi l'éventail d'acteurs nationaux impliqués dans les activités contribuant à la lutte contre la criminalité ;

- Plateformes régionales (Sud-sud ou méditerranéennes) afin d'améliorer la transmission et le traitement des demandes d'entraide judiciaire ainsi que la coopération rapide entre les PPVS (coopération Sud-Sud) ;
- Plateformes interrégionales EuroMed Justice (Nord-Sud ou euro-méditerranéenne) afin d'analyser et de réfléchir sur les moyens formels et informels de coopération ainsi que sur l'utilité et les modalités opérationnelles d'un possible Forum EuroMed des Procureurs Généraux, l'objectif étant d'instaurer à un haut niveau la confiance nécessaire pour permettre aux PPVS de participer pleinement à la coopération transfrontalière.

L.R.D.G. : Quels pays participent au Projet EuroMed Justice IV et quels sont les partenaires de ce Projet ?

Ce Projet d'envergure régionale s'adresse aux Pays partenaires du voisinage sud de l'UE : la République démocratique populaire d'Algérie, la République arabe d'Egypte, Israël, le Royaume de Jordanie, le Liban, la Libye, le Royaume du Maroc, Palestine et la République de Tunisie.

Le Projet EuroMed Justice IV s'inscrit dans une approche holistique, réunissant toutes les parties prenantes pertinentes aux niveau international, européen et national. Ainsi, celles-ci sont impliquées dans ce processus et participent à la conception et à la mise en oeuvre des activités d'EuroMed Justice.

Au niveau national, le Projet a créé un format tripartite réunissant des représentants du ministère de la Justice, des magistrats et des procureurs.

Au niveau européen, Eurojust et le RJE sont les parties prenantes essentielles de ce Projet. Leurs représentants prennent part au comité de pilotage du Projet, aux sessions du CrimEx ainsi qu'à la mise en oeuvre des activités du Projet. Eurojust et le RJE ont accepté de fournir des experts, d'accueillir des visites d'études, de participer à la sélection des membres du CrimEx, de recevoir des observateurs des PPVS, d'héberger des liens vers le site internet du Projet[1], de disséminer et de soutenir les résultats du Projet. Au travers des coordinateurs nationaux et du CrimEx, EuroMed Justice facilite le développement de la liste de points de contacts d'Eurojust dans les PPVS. Par ailleurs, le CrimEx coopère étroitement avec les magistrats de liaison présents dans les PPVS et avec les points de contact d'Eurojust.

En plus d'Eurojust et du RJE, il existe une connexion et un soutien directs de la part d'autres parties prenantes européennes et internationales : le Réseau européen de formation judiciaire (REFJ), Europol, Interpol, le Réseau euro-arabe de formation judiciaire, l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDC), la Direction exécutive du Comité contre le terrorisme des Nations unies (DECT), les comités du Conseil de l'Europe, l'Institut international pour la justice et l'état de droit de Malte et l'Institut international de Syracuse pour la justice pénale et les droits de l'homme, ainsi que l'Association internationale des procureurs (AIP).

L.R.D.G. : Quelles sont les activités d'EuroMed Justice dans le cadre du Projet ?

Dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, les activités d'EuroMed Justice ont notamment tourné autour des axes suivants : création de plateformes/réseaux de coopération, rédaction d'études comparatives et d'outils servant à la coopération judiciaire et des activités de formation. Il convient de mentionner les activités suivantes :

EuroMed Justice a élaboré les 'documents du CrimEx', des outils essentiels pour la coopération transrégionale : les fiches EuroMed (fondées sur le modèles des fiches belges du RJE), les analyses juridiques et les analyses des écarts dans les PPVS et le manuel sur la coopération judiciaire. Les analyses juridiques et des écarts sont des recherches comparées sur le droit applicable dans chacun des 8 PPVS concernant l'entraide judiciaire, la confiscation et le recouvrement des avoirs, l'extradition, le transfert des procédures pénales, les techniques d'enquête spéciales, la cybercriminalité, le financement du terrorisme ou encore la lutte contre le terrorisme. Les documents du CrimEx sont pionniers dans la région méditerranéenne et constituent des outils pratiques majeurs pour la coopération interrégionale en matière pénale.

Le CrimEx a également développé le Manuel EuroMed sur les

preuves électroniques. La première Conférence EuroMed sur la preuve numérique, organisée conjointement à Lisbonne du 23 au 25 avril 2018 par EuroMed Justice, EuroMed Police, la DECT, l'ONUDC et avec le soutien d'Eurojust et du RJE a représenté une phase clef pour l'amélioration de la coopération judiciaire et des services répressifs entre les États membres de l'UE et les PPVS. Dans ce cadre, le Manuel EuroMed sur les preuves électroniques a été finalisé. Celui-ci contient des outils à l'attention des autorités judiciaires et en charge des enquêtes pour obtenir des preuves électroniques transfrontalières rapidement et efficacement. Le Manuel a été présenté à New York le 26 septembre 2018, lors d'un événement en marge de l'Assemblée générale des Nations unies.

Concernant les plateformes de coopération, il convient de rappeler la création du CrimEx[2]. En outre, selon la feuille de route de Tallinn[3], le CrimEx, en étroite coopération avec Eurojust, le RJE, l'ONUDC et l'AIP poursuit l'exploration des pistes pour son évolution vers un mécanisme EuroMed de coopération en matière pénale permanent et durable. La 4ème session du CrimEx et sa participation à la 49ème réunion plénière du RJE ont été organisées conjointement avec le RJE sous les auspices de la présidence estonienne de l'UE. Cet événement représente une avancée dans la reconnaissance du CrimEx en tant que partenaire des agences de l'UE ; le CrimEx a assisté pour la première fois à une réunion plénière du RJE. Les membres du CrimEx ont appris et discuté des différents modèles de réseaux judiciaires.

Le CrimEx est en effet devenu une plateforme et un facilitateur pour la coopération interrégionale, aidant à connecter les points de contact et réseaux judiciaires et à résoudre des affaires concrètes.

Enfin, EuroMed Justice organise par ailleurs des activités de renforcement des capacités institutionnelles et individuelles concernant la coopération judiciaire et des services répressifs en matière pénale : formation de formateurs, formation de professionnels de la Justice en charge des enquêtes et des poursuites dans les affaires complexes transfrontalières, y compris en matière de terrorisme, visites d'études et séminaires, ainsi qu'un séminaire régional pour les points de contact en matière de cybercriminalité.

Il convient de souligner que la protection des droits fondamentaux, et notamment des droits des suspects et des accusés dans le cadre des procédures pénales, est considérée comme étant une question essentielle pour la coopération transfrontalière en matière pénale en raison des différences importantes de standards dans les pays concernés.

L.R.D.G. : Quelle est la raison pour laquelle le Forum EuroMed des Procureurs Généraux a été créé sous l'impulsion d'EuroMed justice, le 23 janvier 2018 ?

Le Forum EuroMed des Procureurs Généraux a été créé le 23 janvier 2018 à Madrid, lors d'une réunion tenue au siège du bureau du procureur général espagnol. Le procureur général près la Cour de cassation de la France comptait parmi les membres fondateurs du Forum. En outre, la Belgique, l'Espagne, Chypre, l'Italie, la Grèce et Malte ont soutenu la création du Forum. La vision stratégique et l'initiative du Forum revient à M. Virgil Ivan-Cucu, l'expert principal en contenus de ce projet, qui, en sa qualité de sénateur et membre fondateur de l'AIP, a réuni son expérience dans la magistrature et la diplomatie judiciaire afin de faire progresser la coopération interrégionale en matière de poursuites.

Le 23 janvier 2018, un moment historique, une pierre angulaire et une étape essentielle ont été marqués à Madrid, avec l'organisation de la première réunion du Forum EuroMed des Procureurs Généraux. Suite au Forum, le CrimEx et les représentants des Procureurs Généraux ont poursuivi les discussions et consultations concernant un possible cadre pour le Forum EuroMed des Procureurs Généraux, selon leurs compétences respectives. La 8ème session du CrimEx, organisée en novembre 2018 à Barcelone, a permis de discuter d'un possible cadre organisationnel du Forum EuroMed des Procureurs Généraux.

La deuxième réunion du Forum des Procureurs Généraux aura lieu les 30 et 31 janvier 2019 au siège d'Eurojust à La Haye. L'objectif de la deuxième réunion sera de discuter au plus haut niveau de la proposition du cadre, des tendances pertinentes en matière de criminalité régionale et interrégionale, des mesures d'enquête et de poursuites appropriées pour les contrer, ainsi que des questions juridiques d'intérêt ayant un effet sur le travail des autorités de poursuites. La réunion visera également à échanger des expériences et des bonnes pratiques et à formuler des observations ou

opinions communes.

L.R.D.G. : Quel bilan faites-vous du Projet EuroMed Justice IV ?

Il convient tout d'abord de souligner que le rôle et l'expérience de l'Équipe en charge de la mise en oeuvre du Projet, et en particulier ceux de cheffe d'Équipe du Projet ainsi que ceux de Virgil Ivan-Cucu en tant qu'expert principal en renforcement des capacités judiciaires et responsable des contenus, contribuent au succès du Projet.

En deux ans d'avancées stratégiques (2016-2018), les résultats d'EuroMed Justice sont remarquables et uniques grâce à sa nouvelle approche fondée sur une stratégie claire et centrée sur la promotion de la coopération judiciaire interrégionale en matière pénale dans l'espace euro-méditerranéen.

La création du groupe CrimEx et la confiance instaurée en son sein, les documents du CrimEx et le Manuel EuroMed sur les preuves électroniques (élaboré conjointement avec EuroMed Police), ses résultats concrets, la création du Forum EuroMed des Procureurs Généraux, ainsi que la collaboration étroite avec Eurojust et le RJE et d'autres parties prenantes internationales – en particulier, l'ONUDC et la DECT – comptent parmi les jalons et réussites d'EuroMed Justice IV.

La réunion des points de contact du RJE avec les membres du CrimEx à Tallinn en 2017, ainsi que la première réunion du Forum EuroMed des Procureurs Généraux à Madrid en 2018 constituent des événements historiques et des jalons d'EuroMed.

Les éléments constitutifs d'un mécanisme euro-méditerranéen de coopération judiciaire fonctionnel ont été créés sous EuroMed Justice IV. Cependant, plus de temps, volonté et efforts communs sont nécessaires pour faire mûrir ce mécanisme.

Notes :

1. www.euromed-justice.eu
2. Cf. Question 2.
3. EuroMed justice, Feuille de route pour une plateforme judiciaire EuroMed, 4ème Session du CrimEx, Tallinn du 21 au 23 novembre 2017. Disponible à l'adresse suivante: https://www.euromed-justice.eu/fr/activity/4%C3%A8me-session-du-crimex-tallinn-21-23-novembre-2017.

Bibliographies :

La biographie de Mme Victoria Palau est disponible à l'adresse suivante : https://www.euromed-justice.eu/fr/content/expert-principal-1-%E2%80%93-cheffe-d%E2%80%99%C3%A9quipe-mme-victoria-palau-tarrega.

La biographie de M. Virgil Ivan-Cucu est disponible à l'adresse suivante : https://www.euromed-justice.eu/fr/content/expert-principal-2-%E2%80%93-expert-en-renforcement-des-capacit%C3%A9s-m-virgil-ivan-cucu.

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

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

INTERVIEW

MICHEL QUILLÉ, CHEF DU PROJET EUROMED POLICE IV

PROPOS RECUEILLIS PAR JOCELYNE KAN, RÉDACTRICE EN CHEF DE LA REVUE DU GRASCO

L.R.D.G. : Quelle est la finalité du Projet EuroMed Police IV et comment ce Projet est mis en oeuvre ?

Le Projet EuroMed Police IV est un Projet financé par l'Union européenne qui a pour objectif d'améliorer la sécurité des citoyens dans la zone euro-méditerranéenne :

– en facilitant une approche coordonnée de la coopération régionale à travers l'identification d'aires de priorité et la formulation d'une stratégie en adéquation avec les priorités également établies par l'Union européenne. Pour être plus concret, ce sera le fait que les pays partenaires du Sud et les pays de l'Union européenne aient choisi ensemble d'axer leurs efforts sur la lutte contre le terrorisme, la cybercriminalité ou le trafic d'êtres humains qui sont des priorités dans le domaine de la sécurité des deux côtés de la Méditerranée. Dès lors que ce choix est opéré en commun, la coopération s'impose d'elle-même.

– en renforçant la coopération stratégique et opérationnelle entre les pays partenaires d'EuroMed d'une part et entre ces pays et les Agences et États membres de l'Union européenne d'autre part. Cela se fera de façon concrète en améliorant le partage et l'analyse des informations stratégiques sur la criminalité, comme Europol le fait au bénéfice de l'Union européenne.

– par un renforcement des capacités des polices des pays partenaires d'EuroMed, en ayant pris soin d'identifier auparavant les lacunes qui peuvent exister dans les domaines prioritaires de la sécurité. À partir de ce constat, l'expertise et les bonnes pratiques en place sont utilisées comme moyens de renforcement des capacités de ces polices.

Pour assurer la viabilité et la bonne réalisation de ce Projet deux idées force ont été mises en avant :

– dans un souci de « durabilité » : il a été décidé que toutes les activités développées par le Projet devaient laisser une trace afin de pouvoir être réutilisées au bénéfice des étapes ultérieures du Projet et qu'elles devaient se développer de façon programmée.

– dans ce but a été élaborée une stratégie avec un plan de travail sur les 4 ans de la durée du Projet et des plans d'action pour chacune des grandes priorités identifiées

et qui sont au nombre de cinq : la lutte contre le terrorisme, la cybercriminalité, la lutte contre la traite des êtres humains et la facilitation de l'immigration irrégulière, la lutte contre le trafic d'armes, la lutte contre le trafic de drogues.

Dans ce travail d'identification des priorités ont également été citées des priorités qualifiées de transversales et qui sont : la falsification de documents, les enquêtes financières, le blanchiment d'argent, le contrôle des frontières, l'analyse criminelle. À leur lecture, on s'aperçoit que ces priorités sont soit des moyens de faciliter la commission des infractions qualifiées de prioritaires (faux documents, blanchiment d'argent) soit des instruments d'une meilleure lutte contre le crime (enquêtes financières, contrôle des frontières, analyse criminelle)

Pour renforcer la durabilité souhaitée et bénéficier d'outils déjà existants et performants, le Projet EuroMed Police a développé un partenariat avec les Agences européennes que sont Europol et le Cepol (Collège européen de Police) ainsi qu'avec Interpol.

Europol a fourni une plateforme d'échanges appelée EuroMed Threat Forum (le Forum EuroMed de la Menace) où les informations de nature stratégiques sur les phénomènes de criminalité identifiés comme priorités sont partagées entre les polices des pays partenaires. Cette plateforme permet de percevoir l'évolution de ces phénomènes criminels et à partir de là déterminer de nouvelle activités de coopération. Pour alimenter cette plateforme chacun des pays a identifié un ou plusieurs spécialistes de l'analyse criminelle, qui ont été regroupés en un « Réseau EuroMed des Analystes ».

Quant au Cepol, il accueille une base de données « EuroMed Knowledge Base » créée et mise en place par l'Équipe de Projet EuroMed. La mission de cette base de données est de rassembler et conserver les documents, bonnes pratiques, modes d'opérer et nouvelles modalités d'enquête qui auront été identifiés au cours des ateliers de travail pendant le déroulement des activités du Projet. L'alimentation de cette base sera le fait de fonctionnaires de police des Académies de Police ou Services de formation des pays partenaires eux-aussi constitués en réseau, le Réseau EuroMed de Renforcement des Capacités.

Pour illustrer le fonctionnement du Projet, on peut donner un exemple.

Il s'agit du domaine de la facilitation de l'immigration irrégulière qui est l'une des cinq activités majeures du Projet. L'activité sur ce thème a commencé par ce qui est baptisé « Échange » déroulé sur une semaine entière et qui en est en fait la réunion des spécialistes de ce domaine de chaque pays partenaire. Au cours de cette semaine, les travaux s'étant déroulés en Italie, pays en première ligne sur la question de l'immigration irrégulière, ont été présentés les modes d'enquête en place dans chaque pays dans la lutte contre les réseaux d'immigration irrégulière. Pour avoir une vision de l'état des lieux, on a également utilisé les informations reçues sur l'EuroMed Threat Forum hébergé à Europol.

Mais en même temps que les bonnes pratiques ont été identifiés les difficultés ou insuffisances : c'est ainsi qu'il a été noté l'insuffisante utilisation des investigations financières pour démanteler les réseaux criminels se livrant au trafic de migrants ou d'êtres humains. Il en a découlé la mise en place d'un atelier de travail qui peut être considéré comme une action de formation. Cet atelier de travail s'est tenu au Liban en avril 2018. Il a permis de mettre en évidence toutes les modalités de l'enquête financière pouvant permettre de démanteler ces réseaux. Il en est résulté un « recueil de ces bonnes pratiques et méthodes d'enquête» qui va trouver sa place dans l'EuroMed Knowledge Base. Sous réserve d'une actualisation nécessaire en fonction de l'évolution des modes d'action des criminels, ce recueil sera disponible pour tout pays voulant améliorer ses outils de lutte contre le trafic de migrants. En fonctionnant de la sorte on renforce encore la durabilité du projet et de ses activités.

Enfin, dernière particularité du Projet, c'est sa flexibilité : il n'y a pas obligation pour chaque pays de participer à toutes les activités du Projet. Sans avoir besoin de détailler particulièrement, on sait que tous les pays d'une même région ne sont pas affectés par les mêmes types de crime. Par exemple seuls trois pays de la région MENA (La région du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord), le Liban, la Jordanie et l'Egypte, nous ont fait part être particulièrement touchés par le trafic de Captagon. Il est alors possible, et c'est ce qui est programmé, de

réunir dans une activité de dimension sous-régionale les pays concernés. La flexibilité va même plus loin puisqu'il est prévu qu'EuroMed Police peut opérer un soutien de nature quasiment « bilatérale » en soutenant seulement un pays qui aurait identifié un problème à traiter dans une relative urgence.

L.R.D.G. : À qui s'adresse le Projet EuroMed Police IV ?

Le Projet EuroMed Police IV s'adresse à tous les services de police des pays partenaires du Sud qui sont le Maroc, l'Algérie, la Tunisie, la Libye, l'Egypte, la Jordanie, Israël, la Palestine, le Liban et la Syrie. Mais pour ce dernier pays sa participation est mise en suspens du fait de sa situation intérieure.

Du côté des pays membres de l'Union européenne, ils sont regroupés en un Consortium dont le rôle directeur est assuré par la France avec Civipol Conseil, mais également la Direction de la Coopération Internationale de la Police Nationale française. Les autres pays représentés par leurs ministères de l'Intérieur sont l'Italie, l'Espagne, la Roumanie et la Slovaquie ainsi que les Pays-Bas qui sont représentés par leur Police Nationale.

Les autres partenaires du Projet sont les Agences de l'Union européenne, Europol et Cepol, avec la fonction de soutien au Projet telle qu'elle a été précédemment décrite.

Interpol est également partenaire du Projet lorsque l'activité du Projet est focalisée sur un des domaines d'expertise de cette organisation. C'est le cas en matière de lutte contre le terrorisme mais c'est également le cas de façon plus transversale avec l'utilisation des bases de données d'Interpol telle celle des documents de voyage volés.

Par services de police ont entend toute entité qui est chargée d'une mission d'enquête ce qui exclut de facto les services de renseignement.

L.R.D.G. : Quelles sont les activités d'EuroMed Police en matière de lutte contre les phénomènes criminels les plus impactants ?

Les activités d'Euromed Police pour avoir une quelconque efficacité dans la lutte contre les phénomènes criminels les plus impactants doivent être particulièrement ciblées et focalisées sur des domaines où le Projet amène une réelle valeur ajoutée.

En effet deux paramètres sont à prendre en compte :

Dans le champ de la coopération policière de multiples initiatives sont mises en oeuvre dans la région MENA : tout d'abord au plan multilatéral avec l'apport d'Interpol, dans le domaine du renforcement des capacités avec l'ONUDC ou le Conseil de l'Europe. Cette coopération est également très développée au plan multilatéral entre par exemple les Pays du Maghreb et les pays qui ont une relation ancienne avec eux tels la France, l'Espagne ou l'Italie. Dès lors, il importe avant tout d'éviter toute duplication et choisir un domaine à défricher où doit apparaître une plus-value.

Un exemple significatif de cette approche est constitué par la production conjointe par les Projets EuroMed Police et EuroMed Justice du « Manuel de la preuve digitale ». Cette création est partie du constat initial que dans la lutte contre l'utilisation d'Internet à des fins terroristes (radicalisation, revendication ou appel à commettre des attentats) les services de police des pays partenaires du Sud avaient des difficultés à entrer en contact avec les fournisseurs de service pour leur demander la suppression de contenus. Il a paru alors utile comme première mesure d'identifier les représentants de ces fournisseurs de service dans la zone couverte par le Projet EuroMed Police. Ceci a été fait et a permis à l'occasion d'une réunion tenue à Alger en Février 2018 que ce contact direct soit établi.

Mais il a paru utile d'aller plus loin en créant un manuel avec des lignes directrices communes pour les services de police et les autorités judiciaires pour adresser les demandes de preuve digitale aux fournisseurs d'accès de telle façon à ce que ces preuves soient obtenues avec succès et permettent ainsi la condamnation des criminels. Pour la production de ce manuel les projets EuroMed Justice et EuroMed Police ont été assistés d'experts de la Sous-Direction du Contre-Terrorisme de l'ONU.

L'idée qui a prévalu à partir de là a été celle d'une harmonisation des procédures où à tout le moins d'une standardisation et tout particulièrement de celles qui demandent une intervention de la police ou de la justice.

Ce travail qui s'est matérialisé par la rédaction de ce « Manuel de la preuve digitale » devra être actualisé de façon permanente de façon à tenir compte

des différents changements tout aussi bien dans le champ des fournisseurs de service que dans celui des services d'application de la loi. Les deux agences européennes, Europol et Eurojust, qui ont développé des actions dans ce domaine de la preuve numérique, ont été sollicitées pour, du fait de leur permanence, assurer un suivi lorsque les deux Projets seront en phase de fin.

L.R.D.G. : Qu'est-il résulté de la troisième Réunion de Haut Niveau d'EuroMed Police organisée au siège d'Europol les 27 et 28 septembre 2018 ?

L'objectif de cette Réunion était double.

Il s'agissait d'abord de présenter la première ébauche de l'Évaluation EuroMed de la Menace (que l'on présente sous son acronyme anglais EMTA pour Euromed Threat Assessment). Ce mécanisme EMTA constitue un document unique présentant une analyse approfondie de la criminalité organisée et du terrorisme dans la région EuroMed.

Ce document basé sur les informations de nature stratégique communiquées par les pays partenaires d'EuroMed permet à tous les participants du Projet d'avoir, pour eux-mêmes d'abord, la vision et les interrelations des phénomènes criminels, avec pour finalité ULTIME de pouvoir faire évoluer les méthodes de lutte en fonction des évolutions constatées. Ce document, sans en être la duplication, est établi sur le même principe et la même méthodologie que le rapport SOCTA (Serious and Organised Crime Threat Assessment) qu'établit Europol tous les 4 ans avec révision tous les 2 ans. Ce SOCTA permet au Conseil de l'Union européenne et à la Commission d'établir les priorités dans la lutte contre la criminalité organisée au sein de l'Union. C'est le même objectif qui est attendu de l'EMTA dont il est en outre prévu qu'il pourra également alimenter ce SOCTA.

Le deuxième objectif de cette Réunion de Haut Niveau était de permettre la participation des Directeurs de Police des pays partenaires du Sud à la Conférence des Chefs de Police de l'Union européenne. Cette Conférence annuelle, qui se tient au siège d'Europol, est l'occasion pour ces Chefs de Police européens de réfléchir ensemble à l'évolution des phénomènes criminels et aux nouvelles méthodes pour y faire face. Depuis trois ans les Directeurs de Police des pays EuroMed ou leurs adjoints participent à cette Conférence en bénéficiant de cet aspect didactique. Cela leur permet également de rencontrer leurs homologues de l'Union européenne et renforcer encore par une meilleure connaissance réciproque la volonté de coopération.

L.R.D.G : Quel bilan pouvez-vous déjà faire du Projet EuroMed Police qui prend fin en 2020 ?

D'ores et déjà le Projet présente un bilan positif dans le sens où, à la différence à la phase III du Projet EuroMed Police, une majorité d'activités a été réalisée dans les pays partenaires du Sud.

Ceci a été un choix délibéré de l'Équipe de Projet qui y a vu le moyen de renforcer l'implication dans le Projet ainsi que le sentiment d'appartenance. En effet lors de la réalisation des activités dans les pays partenaires du Sud on a constaté du fait de la qualité du soutien logistique mais également du fait de la qualité du contenu des présentations que ces pays adhéraient vraiment au Projet alors même que la nouvelle approche plus technique aurait pu déclencher une réticence.

Dernier indice de l'attractivité du Projet : chacun des pays partenaires, notamment du Sud, a tenu à ce qu'une activité au moins soit organisée sur leur territoire, certains en ont même déjà organisé deux.

Ce sentiment d'appartenance et la durabilité espérée tiennent aussi à la mise en place méthodique et au suivi du fonctionnement des réseaux et bases de données qui structurent le Projet.

Mais ce côté positif s'apprécie aussi en fonction de l'évolution stratégique des relations extérieures de l'Union européenne. EuroMed Police a été le précurseur, tout particulièrement dans sa phase actuelle, de relations renforcées entre l'Union européenne et la majorité des pays EuroMed. En effet, dans une nouvelle approche de la politique de voisinage la Commission Européenne a souhaité que des accords de coopération opérationnels soient conclus entre Europol et les pays suivants : Maroc, Algérie, Tunisie, Egypte, Jordanie et Liban. Ces accords, lorsqu'ils auront été conclus, permettront l'échange de données personnelles entre ces

pays et Europol, ces données opérationnelles devront permettre d'initier des enquêtes de part et d'autre de la Méditerranée.

Bien sûr il sera nécessaire de s'assurer un bon niveau d'adéquation entre le niveau de protection des données dans chacun de ces pays et l'Union européenne. La conclusion finale de ces accords et leur signature pourrait être un long processus. Néanmoins cette évolution est irréversible et EuroMed Police en aura été un des vecteurs.

OUVRAGES RÉCENTS

LE CRIME EN BLEU

ESSAI DE THALASSOPOLITIQUE

AUTEUR : FLORIAN MANET

ÉDITEUR : NUVIS

Présentation de l'éditeur

Et si les terroristes préparaient un Bataclan sur mer ? Cette perspective redoutable illustre l'actualité des menaces maritimes pesant sur nos économies globalisées, plus que jamais tributaires de la maritimisation des échanges et de nos modes de vie. Terrorisme, piraterie, cybercrime, trafic organisé d'êtres humains, narco trafic international, trafic illicite de déchets, d'armes ou encore de biens contrefaits, fraudes, pêche illégale, pollution expriment les multiples facettes d'une activité criminelle organisée transnationale qui met en risque les équilibres socio-économiques et géopolitiques, jusqu'au coeur des territoires. L'auteur souligne dans ce livre l'importance des enjeux attachés à la lutte contre cette « thalassocratie criminelle » qui prospère dans les mécanismes spécifiques de l'écosystème maritime. Acteur économique et géopolitique à part entière, la criminalité organisée exploite insidieusement les lacunes du droit international de la mer et démultiplie ainsi sa capacité de déstabilisation des territoires. La police judiciaire maritime et portuaire est à la fois un outil de souveraineté sur les eaux territoriales et un levier de performance et d'anticipation en sécurité intérieure. Pour mieux lutter contre la criminalité organisée, l'auteur invite à une convergence des stratégies de défense et de sécurité intérieure ainsi qu'à une meilleure synergie internationale.

L'ACTION PUBLIQUE FACE À L'EXIGENCE RENFORCÉE DE PROBITÉ : DE LA RÉPRESSION À LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DES AGENTS PUBLICS

ALEXANDRE TRÉMOLIÈRE

MAGISTRAT, CHEF DU BUREAU DU DROIT PÉNAL, DU DROIT PRIVÉ ET DE LA DÉONTOLOGIE À LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE ET DU MINISTÈRE DE LA COHÉSION DES TERRITOIRES ET DES RELATIONS AVEC LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Les opinions exprimées dans le présent article n'engagent que l'auteur, et non l'institution à laquelle il appartient.

Si la problématique de la moralisation de la vie publique est désormais bien ancrée dans le débat public, ce n'est qu'au cours de la décennie écoulée que la question des conflits d'intérêts est devenue centrale dans la déontologie des acteurs publics. Qu'il s'agisse de lutter contre la corruption, de veiller à l'impartialité des décisions publiques ou, plus globalement, de garantir leur transparence, les enjeux attachés à la prévention des conflits d'intérêts sont désormais majeurs. Comme le relevait le rapport de la Commission présidée par le Vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé, l'objectif est à la fois « *d'assurer la confiance mutuelle entre les citoyens et les agents qui incarnent l'autorité ou le service publics, de sécuriser l'action publique et ceux qui y participent en protégeant ces derniers contre les risques de conflits ou de soupçons de conflits d'intérêts et, par suite, de préserver la réputation de la puissance publique, élément de confiance et de compétitivité sur la scène internationale* »[1].

Se rattachant directement à l'exigence de probité, la prévention de ces conflits d'intérêts revêt une dimension particulière dans l'objectif de renforcement de la confiance entre les acteurs publics et les citoyens. La transparence, au-delà des exigences résultant de l'article 15 de la Déclaration de 1789, apparaît comme un préalable au respect par les acteurs publics de leurs obligations de probité et d'impartialité. Pourtant, cette approche soulève deux difficultés : d'une part, elle présente un risque pour la vie privée des intéressés, et, surtout, d'autre part, cette exigence peut rapidement perdre tout caractère raisonnable, voire rationnel. Déjà, au milieu du XIXème siècle, Renan nous prévenait : « *De même qu'au XVIIIe siècle il était de mode de ne pas croire à l'honneur des femmes, de même il n'est pas de provincial quelque peu leste qui, de nos jours, ne se fasse un genre de n'avoir aucune foi politique et de ne pas se laisser prendre à la probité des gouvernants. C'est une manière de prendre sa revanche, et aussi de faire croire qu'il est initié aux hauts secrets* »[2].

L'équilibre entre intérêt général et intérêt privé sur lequel repose l'exigence de probité a fortement évolué au cours des dernières décennies. Au fil de l'actualité, aux poursuites engagées et aux sanctions parfois prononcées pour prise illégale d'intérêts, favoritisme ou détournement de biens publics, a succédé une réflexion préventive destinée à protéger l'intérêt général, mais également les acteurs publics eux-mêmes contre des mises en cause, dont la croissance est à la fois le fruit d'une attention accrue mais également d'abus. Si les scandales médiatiques ne doivent pas avoir pour effet ni de négliger l'atteinte que de discrets arrangements à la règle portent à l'exigence d'exemplarité des acteurs publics, ni se

sous-estimer l'attachement de la majorité des agents publics aux valeurs de probité, la prévention des situations de conflits d'intérêts, vers laquelle s'est progressivement réorienté le législateur, peut aussi connaître des excès dont la conséquence est la paralysie de l'action publique.

Le changement de paradigme, d'une logique purement répressive à un objectif de prévention, que traduisent la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, implique donc, pour conforter l'exigence de probité, un nouvel équilibre. De la définition de celui-ci dépend l'efficacité de l'approche déontologique contemporaine et, in fine, pour autant qu'il soit possible, du rétablissement de la confiance des citoyens.

À cet égard, si les textes récents, en développant une approche préventive, tendent à sortir d'une certaine indolence par rapport à l'exigence de probité (I), ces évolutions conduisent, aujourd'hui, à un équilibre relativement insatisfaisant tant que les différentes parties intéressées n'auront pas saisi la pleine dimension des nouveaux impératifs auxquels sont soumis les acteurs publics (II).

I. Le développement d'une approche préventive : d'une relative indifférence à une nécessaire prise de conscience des conflits d'intérêts

Si la notion de conflit d'intérêts est récente en droit français, n'ayant été pleinement consacrée que par la loi du 11 octobre 2013 – nonobstant des dispositions sectorielles antérieures – elle s'inscrit dans la continuité de principes relativement anciens, tant sur le plan du droit administratif, que du droit pénal. Les réformes récentes ont surtout permis aux acteurs publics de prendre pleinement conscience de cette problématique afin de sécuriser leurs propres décisions.

A. Au-delà de la répression, une nouvelle approche préventive

L'exigence de probité des acteurs publics est suffisamment ancienne pour avoir donné lieu, au-delà de l'affirmation des principes, à une jurisprudence relativement abondante et bien ancrée. Si nous ne reviendrons pas ici sur cette histoire[3] et la relativité avec laquelle la notion d'intégrité a pu parfois être perçue s'agissant de la confusion entre intérêts public et privé[4], les textes et la jurisprudence qui en ont posé les jalons constituent toujours le socle actuel de la déontologie des agents publics face aux situations que nous qualifions aujourd'hui de conflits d'intérêts, et témoignent ainsi d'une certaine constance dans l'appréhension de cette problématique, au-delà de la rigueur croissante avec laquelle ils ont été traités et des évolutions sémantiques.

Ainsi, en droit administratif, les principes d'impartialité, d'intégrité et de probité ont été, au cours du XXème siècle, consacrés par le Conseil d'État avant d'apparaître expressément dans le statut général de la fonction publique (art. 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, telle que modifiée par la loi du 20 avril 2016). Ce dernier principe en particulier fait obstacle à ce qu'un fonctionnaire agisse alors que ses intérêts personnels sont en contradiction avec ceux de la collectivité publique à laquelle il appartient[5]. Ce n'est toutefois qu'au cours des années récentes que la jurisprudence lui a donné son plein effet en en tirant des conséquences pour la légalité de l'acte administratif pris en violation de ces obligations[6].

Parallèlement, sur le plan pénal, le délit d'ingérence constitue, de manière ancienne (art.175 du Code pénal du 1810), une infraction sanctionnant lourdement les acteurs publics ayant adopté un comportement non déontologique. Les délits de prise illégale d'intérêts qui lui ont succédé aux articles 432-12 et 432-13 du Code pénal visent à marquer « *la confusion, la collusion, les liens commerciaux dissimulés et le self -service du chargé de fonctions publiques* »[7], de même que les délits de favoritisme, de détournement de biens publics et de négligence, prévus aux articles 432-14 à 432-16 du Code pénal, sanctionnent l'absence de probité dans la gestion des deniers publics, en complément de la responsabilité financière encourue par la plupart des ordonnateurs (art. L. 313-1 et suivants du Code des juridictions financières).

Le paradoxe de cet encadrement législatif et jurisprudentiel tient, d'une part, à la lourdeur de la sanction potentielle vis-à-vis de celui qui avait fauté et, d'autre part, au caractère tardif de cette sanction qui ne permettait pas d'assurer la probité de l'action publique elle-même, surtout si l'on y ajoute la quasi-impossibilité, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, de faire suspendre une décision administrative manifestement illégale. Au demeurant, si

la sanction pénale encourue était particulièrement sévère, sa méconnaissance par les premiers concernés n'en était pas moins significative, tant la jurisprudence a pu donner à ces infractions une portée parfois sous-estimée[8]. L'effet dissuasif de la peine était donc d'autant plus limité que les condamnations étaient rares[9] et le seul aspect lié aux conflits d'intérêts réellement traité concernait les départs d'agents publics vers le privé, avec toutes les limites qui ont pu être constatées quant aux contrôles préalables.

Le développement de la jurisprudence administrative sur le principe d'impartialité, en faisant porter un risque sur la légalité même de la décision, a entraîné de premiers ajustements, relayés de manière sectorielle par le législateur (en particulier dans les domaines de la santé et de la sécurité[10]). C'est ainsi que les législations portant sur la prévention des conflits d'intérêts se sont développées progressivement dans les domaines les plus sensibles (loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades ; loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament ; décret du 18 mars 1986 portant code de déontologie de la police nationale) avant qu'un encadrement général intervienne en 2013 et en 2016.

Cette évolution traduit un rapport nouveau à l'intégrité des acteurs publics et aux risques de conflits d'intérêts. En effet, en passant d'une approche purement répressive, mise en oeuvre de manière exceptionnelle, à une obligation de prévention de ces situations, qui tend à devenir une obligation de résultat[11], le législateur, suivant les recommandations notamment des commissions Sauvé (Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, 2011)[12], Jospin (Commission pour la rénovation et la déontologie de la vie publique, 2012)[13], et Pêcheur (Rapport sur la fonction publique, 2013)[14], a entendu développer une réelle culture déontologique. Celle-ci ne se limite pas à sanctionner le franchissement d'une ligne rouge, symbolisée par les infractions pénales précitées, mais implique un comportement vertueux dans le cadre d'un « écosystème de la déontologie », qui repose à la fois sur l'agent lui-même, mais également sur sa hiérarchie, dont le rôle essentiel est rappelé à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, tous deux pouvant bénéficier du soutien d'un référent déontologue (art. 28 bis du statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales) voire de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) (art. 20 de la loi du 11 octobre 2013 et art. 25 ter du statut général général précité).

Le cadre juridique issu de ces évolutions récentes permet à chaque agent de réfléchir aux risques afférents à sa situation et d'échanger avec plusieurs personnes sur ces risques, et en particulier avec son supérieur hiérarchique, afin d'adopter le comportement approprié. Dès lors, on comprend que le législateur n'ait pas souhaité atténuer la force des sanctions pénales encourues, notamment en cas de prise illégale d'intérêts[15]. Cette infraction demeure un guide utile, en ce qu'elle rappelle qu'au-delà du risque raisonnable, la possibilité d'une sanction lourde demeure, et est potentiellement d'autant plus conséquente que l'intéressé dispose de multiples outils de prévention et d'accompagnement.

Il reste qu'en la matière même si la préoccupation déontologique n'est pas nouvelle, l'acculturation est nécessairement longue et apparaît, aujourd'hui, incomplète.

B. Une prise de conscience relative

Si les derniers textes législatifs ont conféré aux agents publics des moyens utiles pour assurer une telle prévention des conflits d'intérêts, leur mise en oeuvre concrète, outre qu'elle requiert un temps d'adaptation, s'avère encore imparfaite.

En effet, les outils développés au cours des années récentes demeurent, pour certains, théoriques, faute de mise en oeuvre concrète à ce jour. Tel est le cas du référent déontologue. Plus d'un an après la publication du décret d'application (décret du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique), les administrations ne l'ayant pas encore mis en place sont nombreuses. Même si cela résulte de difficultés essentiellement pratiques (délai de réflexion sur le meilleur format au regard des possibilités offertes, choix des personnes, procédures préalables à leur installation, notamment la remise d'une déclaration d'intérêts), cela retarde d'autant la possibilité pour les agents de disposer d'un contact clairement identifié, alors même que l'intérêt propre à la fonction de référent déontologue, outre son expertise, est d'offrir un regard distinct et plus extérieur que celui du chef de service. Il ne faut cependant pas oublier que l'installation du référent ne suffit pas à le rendre effectif : encore faut-il qu'il soit connu

des agents et que les conditions de sa saisine soient adaptées aux différentes personnes susceptibles d'être concernées, c'est-à-dire à tous les échelons hiérarchiques.

En outre, la procédure destinée à permettre aux lanceurs d'alerte de signaler, entre autres, un conflit d'intérêts (art. 6 et suivants de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique) est également mise en oeuvre de manière incomplète. La circulaire d'application de la loi Sapin II dans la fonction publique a été publiée le 19 juillet 2018 par le ministère chargé de la fonction publique et les arrêtés que chaque administration doit prendre pour définir les modalités concrètes de traitement des signalements, ont, dans de nombreuses administrations, pris du retard. Pourtant, le respect de la procédure est une condition indispensable au bénéfice de la protection offerte par la loi aux lanceurs d'alerte, alors même que le risque d'un tel signalement peut constituer une incitation supplémentaire à prévenir ces situations.

Or, la capacité des acteurs publics à prendre pleinement en compte les impératifs de la prévention des conflits d'intérêts repose sur l'existence de ressources susceptibles de les aider dans leur réflexion personnelle sur ces questions qui sont, pour une part importante, à la frontière de la vie privée et de la vie publique. L'absence d'effectivité des nouveaux outils mis à leur disposition ne peut avoir pour effet que de ralentir le développement de la culture déontologique souhaitée par le législateur[16].

Néanmoins, la création d'un véritable écosystème de la déontologie va au-delà des seuls outils normatifs dès lors que l'objectif est d'assurer une réelle prise en compte de ces obligations par chacun des acteurs. À cet égard, l'attention portée aux instruments de droit souple présente un intérêt particulier en matière de déontologie[17]. La loi du 20 avril 2016 encourage d'ores et déjà les administrations à concevoir des chartes de déontologie ou guides de bonnes pratiques (art. 25 de la loi du 13 juillet 1983), sans exclure que, dans certains cas, ces textes soient normatifs (par ex. le code de déontologie de la police nationale). Les formats retenus en la matière sont très diversifiés, de la charte courte et facilement consultable aux guides plus étoffés développés par certaines administrations. Au-delà du format, l'intérêt de ces outils est à la fois de préciser de manière aisément compréhensible par tous les obligations applicables et qui ne sont pas toujours accessibles, notamment lorsqu'elles ne résultent que de la jurisprudence, et de rappeler régulièrement, par leur présence et leur visibilité, les impératifs de la déontologie : confronté à une situation de conflit d'intérêts potentielle, l'agent sera plus en mesure de réagir s'il dispose déjà d'un outil de référence à portée de main qui pourra le guider dans sa réflexion et, le cas échéant, l'orienter vers l'interlocuteur idoine[18]. Sans développer ici l'idée d'une charte nationale portée par un récent rapport parlementaire[19], il semble en tout état de cause nécessaire que les règles déontologiques disposent d'une visibilité accrue par une généralisation des outils de droit souple.

Une réelle culture déontologique ne peut cependant devenir effective que si elle est intégrée dans l'action quotidienne de chacun des agents publics. Dans ce cadre, les recommandations formulées régulièrement tendant à une généralisation de la formation à ces principes ne peut qu'être rappelée[20], cette recommandation tendant d'ailleurs progressivement à se mettre en oeuvre, soit à l'initiative des écoles de formation, soit à l'initiative de certains chefs de service. Ces formations sont d'autant plus nécessaires que le conflit d'intérêts d'un agent, même situé à un échelon non décisionnaire, peut se répercuter sur l'ensemble du service dont l'impartialité pourrait être remise en cause. On rappellera sur ce point que, si le Conseil d'État retient une approche assez souple[21], la Cour de cassation a pu valider des condamnations pour prise illégale d'intérêts ou favoritisme dans des situations où le contact avec la décision semblait réduit[22].

La confrontation régulière de tous les agents publics aux problématiques de conflits d'intérêts apparaît donc indispensable, notamment par la formation, mais également par une approche individualisée dans le cadre d'entretiens déontologiques, qui, compte tenu des enjeux afférents aux impératifs de probité et d'impartialité, ne peuvent seulement concerner les agents soumis aux obligations déclaratives des articles 25 ter (déclaration d'intérêts), 25 quater (mandat de gestion) et 25 quinquies (déclaration de situation patrimoniale) du statut général.

L'ensemble de ces outils, dont le développement est encore perfectible, constitue le socle d'une réelle acculturation aux règles déontologiques et, en particulier, s'agissant

des conflits d'intérêts. Cela permet non seulement d'assurer un contrôle interne et un autocontrôle sur ces problématiques, mais offre également à l'administration l'occasion de prouver que ces sujets sont pleinement pris en charge et que la suspicion ne peut porter sur l'ensemble de son fonctionnement[23].

Néanmoins, le caractère très récent de ces outils et de la priorité donnée à la prévention sur la répression requiert encore de préciser le bon équilibre entre ces deux pôles afin d'ancrer la culture déontologique dans l'action quotidienne des agents publics.

II. Un équilibre non stabilisé : vers une meilleure appropriation des impératifs de prévention des conflits d'intérêts

Si des efforts importants ont été accomplis, notamment au cours de la décennie écoulée, pour développer une réelle culture déontologique, ces nombreux outils ne paraissent suffisants pour permettre une réelle prévention des conflits intérêts que s'ils s'accompagnent d'une appropriation de l'ensemble des moyens de gestion de telles situations et d'une approche plus concrète et adaptative de ces cas, qui en fasse un soutien pour l'action publique.

A. Un équilibre perfectible entre prévention et répression des conflits d'intérêts

Le risque de sanction est généralement considéré comme étant suffisamment dissuasif pour prévenir le comportement prohibé[24]. Encore faut-il que la sanction soit effective, ce qui n'était guère le cas de la seule répression de la prise illégale d'intérêts en dépit de son champ d'application relativement large[25]. Il n'en reste pas moins que, même en développant des outils de prévention efficaces, et compte tenu du temps, par définition long, que le développement d'une réelle culture de la déontologie requiert, ce risque répressif doit demeurer et être lui aussi efficace.

De ce point de vue, dans la mesure où le conflit d'intérêts se situe, souvent, à la frontière de la vie publique et de la vie privée de l'agent concerné, la sanction ne peut se limiter à l'illégalité de l'acte administratif. À cet égard, relayant la loi qui avait elle-même prévue, dans certains cas, la nullité de nomination dont les bénéficiaires n'auraient pas satisfait leurs obligations déclaratives (art. 11 de la loi du 11 octobre 2013), le juge administratif est venu récemment annuler une nomination dès lors que les règles applicables au titre de la prévention des conflits d'intérêts n'avaient pas été respectées[26].

Mais au-delà de ces situations particulières, qui ne concernent pour l'essentiel que des cadres supérieurs de la fonction publique, le développement d'une culture déontologique doit s'accompagner d'une attention plus grande et d'un traitement plus rigoureux des situations dans lesquelles des agents ont pu enfreindre leurs obligations déontologiques, même si les conséquences directes pour l'administration sont nulles ou quasi nulles. En effet, dans la mesure où de nombreux outils sont disponibles pour prévenir les situations de conflit d'intérêts, la survenance d'un tel conflit, même non survenu dans la réalisation d'un acte, doit pouvoir justifier une intervention de l'administration.

Or, le constat n'est pas nouveau d'une réticence forte à sanctionner les petits écarts à la règle, alors même que ceux-ci peuvent nourrir la défiance des citoyens ou être le début d'un écart plus important. Ainsi, en 2000, Marcel Pochard notait : « *les gestionnaires répugnent à exercer leur pouvoir disciplinaire, notamment pour ce qui est de la discipline quotidienne : respect des horaires, absentéisme, délais de réponse, négligences dans le traitement des dossiers… Ceci explique le nombre infime des sanctions courantes, comme le blâme et l'avertissement (environ 3500 par an), pourtant les plus adaptées à ces manquements quotidiens qui sont une des plaies de la fonction publique. Les sanctions les plus lourdes sont elles-mêmes peu pratiquées. Surtout elles ne sont vraiment mises en oeuvre que pour un type de manquement, le détournement direct de deniers publics (…). Inversement, les insuffisances professionnelles sont rarement à l'origine de sanction. Et que dire de ces cas d'inertie complète, où des faits graves ne donnent lieu à aucune poursuite disciplinaire ?* »[27]

Près de deux décennies plus tard, ce constat ne semble guère pouvoir être remis en cause au regard du taux de sanctions disciplinaires particulièrement bas dans l'administration. En 2016, 2826 sanctions disciplinaires ont été prononcées à l'égard d'agents de la fonction publique d'État, dont 2226 du premier groupe (source : DGAFP. Données consultables sur le site www.fonction-publique.gouv.fr), pour près de 2,4 millions d'agents, et alors même qu'une majorité de ces sanctions concerne la police nationale, qui ne représente qu'une petite fraction des effectifs totaux.

Or, ainsi que le souligne le rapport parlementaire de MM. Matras et Marleix, l'effectivité des moyens dont dispose l'administration pour assurer le respect des obligations déontologiques, y compris pour sanctionner les comportements fautifs, est essentielle pour conforter une réelle culture déontologique. Si les lois de 2013 et 2016 ont procédé à un rééquilibrage nécessaire entre prévention et répression, le volet répressif ne peut être laissé dans l'oubli, tant sa réalité était restreinte antérieurement. En 2016, seules 100 sanctions concernaient des questions liées à la probité, l'intégrité et les conflits d'intérêts.

Le rôle du chef de service est pourtant essentiel en matière de déontologie, comme le rappelle l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983. Cette fonction se traduit à la fois par le rôle de conseil qui lui est dévolu dans le cadre d'un dialogue déontologique avec les agents placés sous son autorité, mais également par la répression des manquements à travers l'exercice de ses pouvoirs de sanction. L'effectivité des contrôles, comme le souligne le rapport de MM. Matras et Marleix, est indispensable pour conférer sa réelle portée au cadre répressif mis en place. Au demeurant, le transfert d'une partie des pouvoirs de sanction vers une autorité extérieure, la HATVP, par la loi du 11 octobre 2013, a rendu son pouvoir de contrôle d'autant plus efficace comme moyen de prévention que les injonctions que la Haute autorité peut être amenée à prononcer en cas d'absence de déclaration d'intérêts ou de situation patrimoniale ou lorsque l'examen d'une déclaration d'intérêts révèle un risque de conflit d'intérêts appelant la prise de mesures de prévention, sont assorties d'une sanction pénale en cas de méconnaissance (un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende – art. 26 de la loi du 11 octobre 2013). Le transfert d'un tel pouvoir à l'autorité issue de la fusion de la HATVP et de la commission de déontologie de la fonction publique, telle que recommandée par ce rapport parlementaire, pourrait avoir pour effet d'en élargir le champ d'application et d'en accroître ainsi la portée.

Cette évolution ne doit cependant pas conduire à remettre en cause le rééquilibrage opéré depuis 2013 entre prévention et répression, mais seulement à conforter le volet répressif à des fins dissuasives et d'exemplarité. En effet, « *la déontologie n'est pas une "autoroute" pour la répression disciplinaire mais un mode d'emploi s'inscrivant dans une démarche préventive* »[28]. Mais, nonobstant les critiques philosophiques qui peuvent entourer l'idée de prévention (M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975), une politique de « tolérance zéro » participe pleinement d'une telle logique, dès lors que tous les acteurs concernés sont informés des risques encourus. C'est en ce sens que l'Agence française anticorruption (AFA) recommande l'application réelle de sanctions disciplinaires dissuasives, un engagement public sur la volonté de lutter contre la corruption, la valorisation des comportements éthiques et un rappel de ces règles dans le cadre d'un code de conduite[29].

Ces pratiques vertueuses devraient, au demeurant, venir soutenir l'action des acteurs publics eux-mêmes.

B. La prévention des conflits d'intérêts au bénéfice de l'action publique

À l'absence de définition de conflits d'intérêts, telle que constatée en 2011[30] a succédé une définition arrêtée par le Parlement à l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013, et reprise à l'identique en 2016 : « *constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* ». Cette définition, qui est conforme à celle proposée par la commission Jospin[31] a été conçue pour être large. Elle est néanmoins moins précise que celle proposée par la commission Sauvé, et diffère notamment quant à la possibilité de qualifier un tel conflit entre deux intérêts publics.

Or, sans évoquer ici tout le contenu de cette définition, notamment s'agissant de la question de l'apparence, son caractère très ouvert n'est pas sans incidence sur l'action des agents publics, notamment lorsque se pose la question du risque d'interférence entre deux intérêts publics, question qui peut se poser régulièrement. Si cette règle a vocation à clarifier en particulier les cas de cumul, notamment, dans sa conception initiale, les situations de cumul de mandats, mais aussi les cumuls d'activités relevant du champ de l'article 25 septies du statut général (ce qui s'induit de l'article 5 du décret du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique), elle n'en présente pas moins le risque de déstabiliser l'action publique notamment dans l'exercice de missions de

tutelle, d'actionnariat public ou lors de changements de fonctions dans la sphère publique et parapublique. Ainsi, le fonctionnement même des acteurs publics peut conduire régulièrement à se poser des questions, alors qu'il est légitime que l'administration puisse exercer son contrôle sur ses opérateurs ou puisse, le cas échéant, avoir des positions divergentes de celles portées par l'exécutif de ces opérateurs, ou encore qu'elle puisse bénéficier de l'expertise acquise dans un poste précédent. S'il demeure nécessaire, dans ces cas, de s'interroger sur l'existence d'un conflit d'intérêts potentiel, son appréciation doit demeurer raisonnable et réaliste, tenant compte de la spécificité même de l'action publique, dès lors que des contrôles suffisants existent pour s'assurer de la poursuite de l'intérêt général. Le propos de Diderot concernant les juges peut être transposé : « *Il ne faut pas confondre un juge ignorant avec un juge partial. L'ignorant n'a pas les connaissances nécessaires pour bien juger ; le partial s'y refuse.* »[32].

La notion d'intensité est alors centrale dans la recherche de cet équilibre, bien que d'un maniement parfois délicat : elle doit « a minima *excéder un seuil en-deçà duquel un abus de suspicion nuirait à une conduite sereine de l'action publique, et au-delà duquel un doute raisonnable, objectivement établi existe sur l'impartialité de l'agent* »[33]. L'examen de l'intensité implique donc la mesure et la raison.

Complétant cette approche pondérée, d'une part, l'idée d'un contrôle sur le retour de fonctionnaires ayant exercé des missions dans le secteur privé apparaît pertinente, en complément du contrôle des départs vers le privé, afin de lever toute suspicion sur ces situations et assurer la mise en place, le cas échéant, de dispositifs adaptés de prévention des situations d'interférence. D'autre part, la proposition formulée par la HATVP de limiter la définition des conflits d'intérêts aux seules interférences entre intérêt public et intérêt privé, conformément à ce que suggérait le rapport de la Commission Sauvé[34], apparaît pertinente, en évitant une approche excessivement rigide de l'exercice des missions dévolues aux personnes publiques qui, à défaut, pourrait paralyser les administrations, voire être utilisées afin de les paralyser, sous réserve qu'elle s'accompagne d'une réelle réflexion sur l'ensemble des risques de conflits d'intérêts.

En effet, une application raisonnable de la définition du conflit d'intérêts n'est pas de nature à accroître le risque considéré des lors que les mesures nécessaires à l'identification en amont des réelles situations problématiques ont été mises en oeuvre de manière pérenne.

À cet égard, il apparaît que, dans la mesure où les conflits d'intérêts sont susceptibles d'être caractérisés lorsque deux intérêts différents (mais pas nécessairement contradictoires) se rencontrent[35], leur prévention repose non seulement sur la capacité à s'interroger sur l'articulation entre les différents intérêts qu'un agent est amené à assumer, mais surtout sur leur identification avant même que le conflit d'intérêts puisse se concrétiser. La cartographie des risques s'avère être alors un outil précieux, dont le déploiement depuis plusieurs années dans différentes entreprises particulièrement exposées au risque de corruption, et désormais dans certaines structures publiques, a montré une certaine efficacité.

L'établissement d'une telle cartographie, recommandée par l'AFA dans son avis de décembre 2017, suppose que la culture de la déontologie soit portée au plus haut niveau et une clarté des règles applicables, mais également une réflexion approfondie portant à la fois sur le risque propre à chaque activité publique et sur le risque individuel pour chaque agent. Cela implique donc de s'interroger de manière prospective, d'une part, sur les modalités d'action, les méthodes de travail et les relations avec l'ensemble des acteurs internes et extérieurs, et, d'autre part, sur les risques d'interférence et le degré d'intensité de ces risques. Ce travail ne peut que rendre plus pertinents et efficaces les entretiens déontologiques réguliers, en permettant un échange croisé à partir d'une identification préalable des risques et la définition des moyens les plus appropriés pour y remédier, au-delà des grands principes posés par l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 et son décret d'application du 31 janvier 2014, ainsi que par l'article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983.

Alors que les décideurs publics sont incités à prendre des initiatives, sans excès de prudence non justifiée[36], la réalisation d'une telle cartographie, en facilitant la mise en oeuvre de mesures préventives des conflits d'intérêts, est également de nature à sécuriser l'action des agents publics, les mesures nécessaires au respect des obligations de probité et

d'impartialité ayant été suffisamment intégrées pour éviter une remise en cause sur ce terrain de la légalité des décisions prises et sécurisant le décideur lui-même face aux risques liés aux conflits d'intérêts et aux différentes infractions au principe de probité. Cela pourrait, par exemple, conduire à renforcer certaines procédures au-delà des exigences légales, lorsque l'évaluation ex ante révèle une sensibilité particulière pour certains actes, tels que des marchés ou des nominations présentant des enjeux ou risques spécifiques.

Dans ce contexte, les recommandations formulées par l'AFA, en ce qu'elles concernent les acteurs publics, apparaissent particulièrement fondées pour parvenir à donner leur pleine efficacité aux règles de prévention des conflits d'intérêts. Si elles sont inspirées de méthodes déjà mises en oeuvre dans le secteur privé, cela n'est que la conséquence du fait que les risques étudiés sont précisément situés à la jonction entre les activités privées et publiques, de sorte que l'efficacité de ces outils ne peut qu'être renforcée par des exigences partagées.

Une telle approche présente en outre deux intérêts complémentaires : d'une part, elle permet une approche adaptée à chaque service et à chaque agent, et donc une meilleure adéquation avec le contexte professionnel et personnel de chacun ; d'autre part, elle évite que la problématique des conflits d'intérêts ne soit considérée que comme un obstacle à l'action, en offrant la possibilité de définir les modalités d'action appropriées face à une contrainte identifiée et, de ce fait, non bloquante.

Ce faisant, le développement d'un écosystème de la déontologie, qui garantisse efficacement l'absence de conflits d'intérêts, nécessite à la fois un engagement direct des agents concernés, dont l'acculturation est engagée, et une réflexion organisationnelle et managériale qui, par le déploiement d'outils de communication, d'échange, d'identification, d'alerte et de contrôle assure que tous les agents publics soient en mesure, conformément à l'objectif même de la déontologie, de se « *poser les bonnes questions avant qu'il ne soit trop tard* »[37]. En la matière, se poser des questions quant au risque d'un conflit d'intérêts constitue la première étape pour éviter des comportements caractérisant « *une absence de références déontologiques, de discernement et de prudence préjudiciable à l'impartialité et au crédit* » du service public[38], et si « *la probité fait l'État* »[39] encore faut-il que cela soit visible pour les citoyens pour que son action soit pleinement légitime.

Notes :

1. Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, Paris, La documentation française, 2011, p. 11.
2. E. Renan, L'Avenir de la science, pensées de 1848, Paris, Hachette Libre, 2018, p. 462.
3. Cf. à cet égard, C. Vigouroux, Déontologie des fonctions publiques, Paris, Dalloz, 2012.
4. Y. Mény, « De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts », Pouvoirs, 2013, n° 147, p. 5.
5. CE, 29 avril 1949, Sieur Bourdeaux, Rec. p. 188 ; CE, avis, 17 février 1954, n° 263302, cité in Rapport précité de la Commission Sauvé, p. 26 ; CE, Sect., 27 avril 1988, M.S., n° 66650, au recueil.
6. Cf. not. CE, Sect., 30 décembre 2010, Société Métropole Télévision M6, n° 338273, au recueil, bien que le principe ait déjà été posé dès la décision CE, 7 juillet 1965, Fédération nationale des transporteurs routiers, n° 61958, Rec. p. 413 ; plus récemment : CE, 14 octobre 2015, SA Applicam et Région Nord-Pas-de-Calais, n° 390968, aux tables ; CE, 12 septembre 2018, Synd. Mixte des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse, nº 420454, aux tables), au-delà du seul cas où l'acte serait directement constitutif d'une infraction pénale (CE, Sect., 9 novembre 1928, Bertrand, Rec. p. 1149 ; CE, Ass., 6 décembre 1996, Société Lambda, n° 167502, Rec. p. 466.
7. C. Vigouroux, op. cit., p. 106.
8. M. Segond, « Prise illégale d'intérêts », Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale, 2018.
9. F. Matras et O. Marleix, Rapport d'information sur la déontologie des fonctionnaires et l'encadrement des conflits d'intérêts, n° 611, Assemblée nationale, 31 janvier 2018, p. 14.
10. Cf. rapport préc. de F. Matras et O. Marleix, p. 11.
11. Cf. à cet égard, l'annulation d'une nomination du fait de l'absence de déclaration d'intérêts : CE, 26 janvier 2018, Ass. professionnelle des membres de l'inspection générale de la jeunesse et des sports, n° 408215, aux tables, l'examen du contenu de la déclaration pouvant en outre conduire également à une annulation en cas de conflit d'intérêts structurel : CE, 18 juillet 2018, Fédération des médecins de France, n° 411345, aux tables.
12. Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, La documentation française, 2011.
13. Pour un renouveau démocratique, Paris, La documentation française, 2012.
14. Rapport à Monsieur le Premier ministre sur la fonction publique, La documentation française, 2013.
15. Cf. le rapport préc. de F. Matras et O. Marleix.
16. Rapport préc. de F. Matras et O. Marleix, p. 25.
17. Conseil d'État, Le droit souple, Paris, La documentation française, 2013, p. 39.
18. cf. C. Vigouroux, « Chartes e/ou codes de déontologie et responsabilisation », Semaine juridique Adm. et collectivités territoriales, 9 mars 2015, n° 2084.
19. Rapport de F. Matras et O. Marleix, préc., p. 69.
20. Rapport Pêcheur, préc. ; rapport de F. Matras et O. Marleix, préc.
21. CE, Sect., 22 juillet 2015, Société Zambon France, n° 361962, au recueil ; CE, 14 octobre 2015, SA Applicam et Région Nord-Pas-de-Calais, préc.
22. Par ex. Cass. Crim., 11 mars 1976, n° 75-91258, Bull. crim. n° 93, dans le cas où l'agent participe effectivement « au moins en partie » à l'acte considéré ; Cass. Crim., 19 mai 1999, n° 98-80726, Bull. crim. n° 101, condamnant

pour prise illégale d'intérêts la participation d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, ce principe valant même lorsque cette participation est exclusive de tout vote selon l'arrêt Cass. Crim. 14 novembre 2007, n° 07-80220, Bull. crim. n° 279 ; Cass. Crim., 14 juin 2010, n° 99-84504, Bull. Crim. n° 221 ou, très récemment, Cass. Crim., 27 juin 2018, n° 17-84804, rappelant une jurisprudence constante selon laquelle le délit peut être retenu même si l'intéressé ne dispose que de simples pouvoirs de préparation ou de proposition de décisions prises par d'autres.

23. Cf. à cet égard CE, 9 novembre 2016, Société Bayer Healthcare SAS, n° 391307, dont il ressort que le ministre des affaires sociales a pu produire les déclarations d'intérêts devant le juge, faisant perdre à l'argumentation du demandeur une grande partie de sa force.
24. C. Beccaria, Des délits et des peines, Paris, Flammarion, 2006 ; M. Foucault, « Pouvoir et corps », in Dits et écrits, Paris, Gallimard, 1975, t. II.
25. D. Rebut, « Les conflits d'intérêts et le droit pénal », Pouvoirs, 2013, n° 147, p. 123.
26. Déc. préc. Ass. professionnelle des membres de l'inspection générale de la jeunesse et des sports.
27. M. Pochard, « Quel avenir pour la fonction publique ? », AJDA, janvier 2000, n° 1, p. 3.
28. E. Aubin, « L'entrée de la déontologie dans le titre Ier du statut général. Vers une meilleure prévention des risques dans la fonction publique ? », AJDA, 2016, p. 1432.
29. Avis relatif aux recommandations de l'AFA destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, publié au Journal officiel du 22 décembre 2017.
30. Rapport de la commission Sauvé, préc., p. 13.
31. Pour un renouveau démocratique, préc., p. 85.
32. D. Diderot, J. d'Alembert, Encyclopédie, « Impartial », 1751-1772, p. 8584.
33. J.-M. Sauvé, « Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts sont-elles satisfaisantes ? », L'ENA hors les murs, septembre 2014.
34. HATVP, Rapport d'activité 2017, p. 70.
35. Cf. par exemple la jurisprudence pénale, qui considère que, pour retenir le délit de prise illégale d'intérêts, il n'importe que les intéressés n'en aient retiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt public considéré : Cass. Crim., 22 octobre 2008, n° 08-82068, Bull. crim. n° 212.
36. Conseil d'État, La prise en compte du risque dans la décision publique, Paris, La documentation française, 2018, p. 90.
37. C. Vigouroux, Déontologie des fonctions publiques, préc., p. 13.
38. CE, 19 décembre 2007, Talercio, n° 295778.
39. C. Vigouroux, op. cit., p. 84.

OUVRAGES RÉCENTS

FRAUDE FISCALE ET PARADIS FISCAUX

QUAND L'EXCEPTION DEVIENT LA RÈGLE

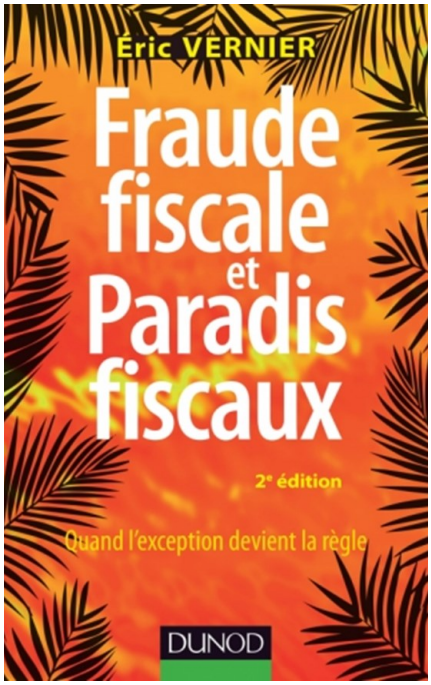
AUTEUR : ERIC VERNIER

ÉDITEUR : DUNOD

Présentation de l'éditeur

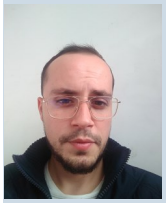
Chaque jour les ONG, les réseaux sociaux et les journalistes dévoilent de nouvelles affaires politiques, économiques et financières, montrant que ce que l'on croyait être une exception est en fait devenu la règle. Plusieurs centaines de milliards de dollars échappent chaque année à l'impôt, viennent grossir les coffres des banques dans les paradis fiscaux et fructifient en paix.

Ce livre explique clairement les tenants et aboutissants de la fraude fiscale et des paradis fiscaux. De quoi parle-t-on ? Comment fonctionnent les paradis fiscaux ? Comment blanchit-on le fruit de la fraude fiscale ? Quelles sont les conséquences sociétales de ces délits ? Quelles ont été les grandes affaires médiatiques ? Quelle réglementation mettre en place ?



Accessible et agrémentée d'exemples et d'avis des plus grands experts, cette 2e édition s'adresse aux acteurs exposés aux délits fiscaux, à ceux qui luttent contre ce fléau, aux enseignants, aux étudiants et à tous ceux qui s'intéressent à notre environnement économique et politique.

AFFAIRE DITE DES « BIENS MAL ACQUIS » CONSIDÉRATIONS JURIDIQUES QUANT À LA RESTITUTION DES BIENS CONFISQUÉS DE TEODORIN O.



CORENTIN LATIMIER

DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES, JURISTE ASSISTANT AU PARQUET DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE TOULON, SECTION COMMERCIALE, ÉCONOMIQUE ET FINANCIÈRE

Le 27 octobre 2017, la 32e chambre du tribunal correctionnel de Paris condamnait Teodoro Nguema Obiang Mangue dit Teodorin O. à 3 ans d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 30 millions d'euros, également assortie d'un sursis, et à la peine complémentaire de la confiscation de l'ensemble des bien saisis pour blanchiment d'abus de biens sociaux, de détournement de fonds publics, d'abus de confiance et de corruption. À l'origine de ce jugement, une plainte avec constitution de partie civile[1] avait été déposée le 1er décembre 2008 par l'association de lutte contre la corruption Transparency international France à l'encontre de trois familles dirigeantes africaines détenant un important patrimoine sur le sol français[2], lequel ne pouvait, selon l'association, être constitué « *grâce aux seuls salaires et émoluments de ces chefs d'États* »[3].

Cette condamnation, la première rendue dans l'affaire communément appelée des « biens mal acquis », revêt une importance majeure à plusieurs égards. Tout d'abord, Teodorin O., en sa qualité de vice-président de la République de Guinée équatoriale, est le premier agent public étranger en exercice à être condamné par la justice française. Mais ce jugement constitue également une première en matière de recouvrement des avoirs. C'est en effet la première fois que des biens d'un montant significatif sont confisqués par les tribunaux français dans une affaire de corruption internationale. Parmi ces biens, dont le montant avoisinerait les 150 millions d'euros, figurent notamment un immeuble parisien saisi en 2014 et estimé à 107 millions d'euros par les services fiscaux[4] ainsi que la somme de 2,8 millions d'euros issue de la vente en 2013 de neuf véhicules d'exception saisis au cours de la procédure[5].

Bien que suspendue à une décision pendante devant la Cour internationale de justice (CIJ)[6] et à la confirmation du jugement en appel[7], la confiscation prononcée par le Tribunal correctionnel de Paris dans son jugement du 27 octobre 2017 met en exergue les questions inhérentes à la restitution internationale des biens confisqués. Si les sources juridiques pertinentes ayant force contraignante exigent, dans certains cas, la restitution intégrale ou partielle des avoirs illicites, ces règles ne s'appliquent pas au cas d'espèce (I). Malgré l'inexistence d'une telle obligation juridique, le rapatriement contrôlé des biens confisqués de Teodorin O. apparaît néanmoins plus que nécessaire compte tenu des initiatives prises en la matière par certains États ainsi que sur la scène internationale (II).

I. L'absence d'obligation juridique de restituer les biens confisqués de Teodorin O.

L'analyse juridique des textes contraignants relatifs au recouvrement des avoirs et à la restitution internationale des biens confisqués démontre que ni le

droit supranational (A), ni le droit français (B) n'ont vocation à s'appliquer au cas des biens confisqués de Teodorin O.

A. L'inapplicabilité du droit international de la restitution obligatoire

La Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC), adoptée le 31 octobre 2003 et ratifiée par la France le 9 décembre de la même année, est le seul texte supranational à vocation universelle qui impose, sous certaines conditions, la restitution interétatique obligatoire et intégrale des biens confisqués. En pratique, la CNUCC envisage cette possibilité dans deux hypothèses. D'une part, dans les cas de détournements de fonds publics ou de blanchiment de fonds publics soustraits, la Convention exige de tout État partie requis la restitution des biens confisqués à l'État partie requérant, à condition que la confiscation ait été exécutée, dans le cadre de la coopération internationale, et sur la base d'un jugement définitif rendu dans l'État partie requérant, exigence à laquelle l'État partie requis peut renoncer[8]. D'autre part, dans le cas du produit de toute autre infraction prévue par la CNUCC, notamment la corruption d'agents publics étrangers, la Convention établit la restitution obligatoire des biens confisqués par l'État requis à l'État requérant, à condition que la confiscation ait été exécutée dans le cadre de la coopération internationale et sur la base d'un jugement définitif rendu dans l'État partie requérant, exigence à laquelle l'État partie requis peut renoncer (cf. supra), et que l'État partie requérant ait fourni « *des preuves raisonnables de son droit de propriété antérieur sur lesdits biens à l'État Partie requis* », ou que ce dernier ait reconnu « *un préjudice à l'État Partie requérant comme base de restitution des biens confisqués* »[9].

Cette obligation de restitution instaurée par la CNUCC ne s'applique toutefois pas aux biens confisqués de Teodorin O. car la République de Guinée équatoriale est l'un des rares États à ne pas avoir ratifié la Convention. Mais l'analyse des dispositions rappelées ci-dessus démontre que, même si cela était le cas, ces règles ne s'appliqueraient pas davantage au cas d'espèce. Certes, les infractions retenues dans le cadre du jugement rendu le 27 octobre 2017 – à savoir le blanchiment d'abus de biens sociaux, de détournement de fonds publics, d'abus de confiance et de corruption – entrent dans le champ d'application matériel des dispositions de la CNUCC. Mais aucun jugement définitif n'a été rendu par la justice équato-guinéenne. Si la Convention reconnaît la possibilité aux autorités françaises de renoncer à cette première exigence, ce n'est pas le cas pour la seconde. Or, la confiscation des biens de Teodorin O. n'a pas été exécutée dans le cadre de la coopération internationale mais sur la base d'une décision unilatérale rendue par la justice française. Les autorités équato-guinéennes n'ont nullement coopéré et se sont même au contraire vivement opposées à cette procédure.

Les conditions fixées par la CNUCC n'étant pas remplies, la France n'est donc pas astreinte par le droit supranational à restituer les biens confisqués de Teodorin O., pas plus d'ailleurs qu'elle ne l'est par le droit interne.

B. L'inapplicabilité de la règle interne du « partage des avoirs »

Par la loi n°2010-768 du 9 juillet 2010, dite « Loi Warsmann », le législateur a introduit en droit interne la règle dite du « partage des avoirs ». Celle-ci résulte de la transposition en droit français de l'article 16 de la décision-cadre du Conseil européen n° 2006/783/JAI du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation. Elle s'inscrit dans le cadre des dispositions du Code de procédure pénale (CPP) relatives à la coopération internationale aux fins d'exécution des décisions de confiscation prononcées par des autorités judiciaires étrangères.

Ainsi, le CPP dispose que « *les sommes d'argent recouvrées et le produit de la vente des biens confisqués [...] sont dévolus à l'État français lorsque ce montant est inférieur à 10 000 € et dévolus pour moitié à l'État français et pour moitié à l'État requérant dans les autres cas* »[10]. En d'autres termes, le législateur exige que les sommes d'argent confisquées ou résultant de la vente des biens confisqués soient partagées de manière égale entre l'État français et l'État partie requérant lorsque le montant de ces sommes est supérieur à 10 000 €. Toutefois, l'État français n'est lié que si, d'une part, la confiscation résulte d'une décision prononcée par la juridiction étrangère, et si, d'autre part, cette décision a été exécutée sur le territoire de la République[11].

En l'espèce, et de manière identique à ce qui a été développé plus haut quant à l'inapplication à cette affaire de l'obligation de restitution résultant de la CNUCC, la confiscation des biens de Teodorin O. résulte d'un jugement prononcé par la justice française en dehors de toute coopération avec la République de Guinée équatoriale. Dès lors, la règle applicable dans ce cas est celle énoncée par l'article 131-21 du Code pénal, lequel dispose que « la chose confisquée est, sauf disposition particulière prévoyant sa destruction ou son attribution, dévolue à l'État[12].

En raison de l'inapplication du droit international de la restitution obligatoire ainsi que de la règle dite du « partage des avoirs », des fonds issus de détournements massifs commis au détriment de la population équato-guinéenne pourraient ainsi venir abonder le budget général de l'État français. Comme le souligne justement le tribunal correctionnel de Paris, il serait « moralement injustifié »[13] que l'État français bénéficie ainsi de la confiscation prononcée.

II. La nécessaire restitution contrôlée des biens confisqués de Teodorin O.

Au-delà des considérations morales, et malgré l'absence d'obligation juridique, plusieurs initiatives menées dans certains États ainsi que sur la scène internationale plaident en faveur de la restitution par les autorités françaises des biens confisqués de Teodorin O. (A). Si une telle restitution venait à intervenir, elle devrait toutefois être strictement encadrée compte tenu de la nature particulière de l'affaire dite des « biens mal acquis » (B).

A. Les initiatives étrangères et internationales

Depuis les années 80, certains États, au premier rang desquels la Suisse, ont fait du recouvrement des avoirs illicites une question prioritaire de politique extérieure. Dès 1986, l'État helvétique bloquait les biens des dirigeants déchus philippin, Ferdinand Marcos, et haïtien, Jean-Claude Duvalier. En 1996, la Confédération modifiait sa législation afin d'autoriser la restitution des objets ou valeurs saisis à titre conservatoire au terme de la procédure d'entraide[14]. Cette réforme aboutissait l'année suivante à la restitution à l'État du Mali des biens confisqués de l'ancien président Moussa Traoré – reconnu coupable de détournements de fonds publics – pour un montant total de 2,4 millions de dollars[15], une première mondiale qui sera suivie de nombreuses autres[16] Depuis 2010, le droit suisse compte en outre une loi spécifique sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite des personnes politiquement exposées (PPE)[17].

L'arsenal législatif suisse, résultant d'une réelle volonté politique de ne plus être un refuge pour l'argent sale des « potentats » corrompus – à tout le moins des dirigeants déchus – fait aujourd'hui de l'État helvétique le champion de la restitution des avoirs illicites. Ainsi, entre 1997 et 2016, la Confédération a restitué près de 2 milliards de $ de fonds détournés par des agents publics étrangers[18]. Rien qu'entre 2006 et juin 2012, elle a rapatrié 166,5 millions de $, soit 39,4% du total des avoirs restitués par les États membres de l'OCDE sur cette période[19].

Par ailleurs, le président nigérian, Olusegun Obasanjo, nouvellement élu, appelait dès 1999 devant l'Assemblée générale des Nations Unies à la création d'une convention internationale relative au rapatriement des richesses africaines acquises illégalement et détenues à l'étranger. L'un de ses prédécesseurs, Sani Abacha, avait détourné entre 1993 et 1998 des sommes colossales estimées entre 3 et 5 milliards de dollars[20]. En 2001, les représentants de l'ONG Transparency International de 11 pays d'Afrique reprenaient la proposition d'Obasanjo dans la Déclaration de Nyanga sur le recouvrement et le rapatriement des richesses africaines[21].

Ces deux initiatives furent finalement couronnées de succès avec l'adoption en 2000 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (CNUCTO), première Convention internationale à traiter de cette question[22]. Mais c'est surtout avec l'avènement de la CNUCC en 2003, qui consacre son chapitre V au recouvrement des avoirs, que la restitution des biens confisqués va s'imposer comme un axe majeur de la lutte internationale contre la corruption. D'une part, l'article 51 de cette Convention érige la restitution des avoirs en « principe fondamental ». Si l'expression consacrée n'emporte pas de conséquences juridiques pour les autres dispositions du chapitre V[23], l'article 51 semble toutefois pouvoir, sous certaines conditions, « *suppléer à certaines carences des droits internes et du droit international,*

voire permettre aux parties de passer outre à certains obstacles juridiques ou politiques »[24]. Une interprétation extensive de ce texte pourrait même en faire une source de droit sanctionnée par les tribunaux internes ou les cours de justice internationales[25]. D'autre part, la CNUCC incite les État hébergeant des avoirs illicites issus de la corruption à envisager à titre prioritaire leur restitution aux États spoliés dans tous les cas où celle-ci n'est pas obligatoire (cf. supra)[26].

En définitive, l'action pionnière de la Suisse – en l'absence de tout encadrement international – puis l'adoption de la CNUCC devraient encourager les autorités françaises à procéder au rapatriement des biens confisqués de Teodorin O., un processus qui devra toutefois être encadré pour éviter certains écueils.

B. L'indispensable encadrement du processus de restitution

Bien que le droit international demeure muet sur ce point, il apparaît que, conformément au principe de souveraineté[27], les conditions du rapatriement et de l'utilisation des avoirs illicites restitués ne devraient en principe pas être imposées de l'extérieur, dès lors que l'État bénéficiaire est reconnu comme le propriétaire légitime des biens détournés[28]. Néanmoins, le respect du principe de souveraineté au cours du processus de restitution représente souvent un véritable challenge, principalement dans les cas où l'argent restitué est susceptible d'être à nouveau détourné[29].

Dans le cas des biens confisqués de Teodorin O., il est important de rappeler que ce dernier demeure vice-président de la République de Guinée équatoriale et fils du président en exercice d'un État qui, selon l'indice 2017 de perception de la corruption (IPC) établi par Transparency International, était classée 171e sur 180 États perçus comme les plus corrompus. Le risque que les fonds rapatriés soient à nouveau détournés est donc sérieux. S'assurer de la crédibilité et de la transparence du processus de restitution apparaît alors indispensable[30]. Dans cette optique, la CNUCC prévoit que les États parties puissent conclure, au cas par cas, des accords ou des arrangements mutuellement acceptables pour la disposition définitive des biens confisqués[31].

Les autorités françaises pourraient s'inspirer d'un accord conclu en 2007 entre le Kazakhstan, les États-Unis et la Suisse dans le cadre de l'affaire dite du « Kazakhgate ». Cet accord a permis la restitution de 84 millions de dollars confisqués par la justice américaine et bloqués sur un compte suisse, lesquels avaient été illégalement perçus par deux très hauts fonctionnaires kazakhs dans le cadre de plusieurs contrats pétroliers[32] Ces fonds furent affectés au bénéfice des jeunes défavorisés du Kazakhstan par l'intermédiaire d'une fondation indépendante à but non lucratif créée pour l'occasion[33]. Composée de citoyens kazakhs bénévoles, de représentants des gouvernements suisse et américain et supervisée par la Banque Mondiale, cette fondation fut au départ administrée par un consortium de deux ONG internationales reconnues[34], remplacé par la suite par des spécialistes kazakhs[35]. Ce cas de restitution, généralement considéré comme une réussite[36], a bénéficié à la population locale tout en contournant l'exécutif en place.

Toutefois, dans le cas des biens confisqués de Teodorin O., l'absence totale de coopération et les multiples recours de la République de Guinée équatoriale contre la procédure rendent envisageable l'échec d'un accord mutuel. Dès lors, le législateur français pourrait s'inspirer du droit suisse, et en particulier de la Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales des PPE à l'étranger (LVP). Ce texte prévoit la restitution des avoirs illicites en cas d'échec de l'entraide judiciaire à l'issu d'une procédure de saisie et de confiscation administratives. La restitution des valeurs patrimoniales doit avoir comme objectif soit d'améliorer les conditions de vie de la population, soit de renforcer l'état de droit dans l'État d'origine et de contribuer à la lutte contre l'impunité[37]. Elle s'effectue par le financement de programmes d'intérêt public. Le Conseil fédéral peut conclure des accords afin de régler l'utilisation, le contrôle et le suivi de l'utilisation des valeurs patrimoniales restituées. À défaut d'accord avec l'État d'origine, le Conseil fédéral fixe unilatéralement les modalités de la restitution et peut notamment procéder au rapatriement des biens confisqués par l'entremise d'organismes internationaux ou nationaux et superviser cette restitution[38].

Dans un rapport publié en octobre dernier[39], l'association Transparency International France propose l'adoption d'un dispositif similaire permettant l'affectation des avoirs illicites

de la grande corruption. Ce dernier s'appliquerait dans tous les cas où la propriété de tels avoirs serait transférée intégralement au profit de l'État français, notamment en application de l'article 131-21 du Code pénal, et où lesdits biens seraient liés à la commission d'une ou plusieurs infractions traduisant, de la part de personnes politiquement exposées (PPE) étrangères, un manquement à leur devoir de probité ou un enrichissement illicite. Les sommes d'argent recouvrées et le produit de la vente des biens confisqués seraient confiés à l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) dans l'attente de leur affectation définitive, laquelle interviendrait à l'issu d'une procédure de consultation incluant les représentants de la société civile des pays concernés et éventuellement le gouvernement de l'État récepteur. Dans tous les cas, les fonds ne pourraient être utilisés que pour favoriser l'amélioration des conditions de vie des populations, le renforcement de l'état de droit et la lutte contre la corruption dans l'État d'origine.

En conclusion, le jugement rendu le 27 octobre 2017 par la 32e chambre du tribunal correctionnel de Paris devrait être l'occasion d'engager au plan national une réflexion sur la question de la restitution des avoirs illicites de la corruption internationale et d'en faire une question prioritaire de politique extérieure au bénéfice des populations des États en développement. Rappelons que Teodorin O., vice-président de la République de Guinée équatoriale, est le fils du plus ancien chef d'État en exercice au monde. En fonction depuis 1979, ce dernier cumule 39 ans de pouvoir à la tête d'un des États les moins développés et dont la population est l'une des plus pauvre du globe. La République de Guinée équatoriale était en 2015 au 135e rang sur 188 du classement des États selon l'indice de développement humain (IDH) établi par le programme des Nations Unies pour le développement (PNUD)[40]. Cet État n'a été retiré que le 4 juin 2017 de la liste établie par l'ONU des « pays les moins avancés » (PMA)[41]. Pourtant, selon le Fonds monétaire international (FMI), son produit intérieur brut (PIB) par habitant à parité de pouvoir d'achat (PPA) était, en 2016, quasiment au même niveau que la moyenne des États de l'Union européenne, devant l'Espagne.

Notes :

1. Une première plainte simple avait été déposée en mars 2007 par trois associations à l'encontre de cinq familles dirigeantes africaines puis une seconde en juillet 2008 par Transparency international France, toutes deux classées sans suite, avant que l'association de lutte contre la corruption ne se constitue partie civile. Ces plaintes avaient été déposées sur la base d'un document de travail de l'association CCFD-Terre Solidaire intitulé « Biens mal acquis... profitent trop souvent. La fortune des dictateurs et les complaisances occidentales » qui donnera lieu au rapport « Biens mal acquis : à qui profite le crime ? » publié en juin 2009 et rédigé par Jean MERCKAERT et Antoine DULIN pour le compte de cette association.

2. L'enquête menée par la plate-forme d'identification des avoirs criminels (PIAC) mettra à jour un patrimoine spectaculaire révélé par la presse (BERNARD P., « Avenue Foch, j'achète ! », Le Monde, 3 déc. 2012).

3. https://www.transparency.org/news/pressrelease/20081201_nouvel_episode_dans_le_dossier_des_biens_mal_acquis_depot_dune_pla

4. Crim., 5 mars 2014, n°13-84977.

5. AGRASC, Rapport annuel 2013, p. 13. http://www.justice.gouv.fr/publication/rap_agrasc_2013.pdf

6. Par requête en date du 13 juin 2016, la République de Guinée Équatoriale a introduit une action devant la Cour internationale de justice (CIJ) visant à faire reconnaître l'immeuble parisien saisi puis confisqué par la justice française comme faisant part intégrante des locaux abritant la mission diplomatique de la Guinée équatoriale en France. Par ordonnance du 7 décembre 2016, la CIJ a exigé de la France, dans l'attente d'une décision finale, qu'elle prenne toutes les mesures dont elle dispose pour que les locaux incriminés jouissent d'un traitement équivalent à celui requis par l'article 22 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, de manière à assurer leur inviolabilité.

7. Teodorin O. a fait appel du jugement le 3 novembre 2017.

8. CNUCC, art. 57 (3) (a).

9 Ibid. art. 57 (3) (b).

10 CPP, art. 713-40 al. 4

11 Ibid. art. 713-40 al.1.

12 CP, art. 131-21 al. 10.

13 GOETZ D., « Teodorin Obiang condamné, une première dans l'affaire des "biens mal acquis" », DALLOZ actualité, 31 oct. 2017.

14 Art. 74a EIMP (Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale).

15 https://star.worldbank.org/corruption-cases/assetrecovery/traor%C3%A9?term=traor%C3%A9.

16 La plus importante sera celle des fonds détournés par l'ex-dictateur nigérian Sani Abacha pour un montant total de plus de 1 milliard de dollars (Département fédéral des affaires étrangères DFAE, Pour que le crime ne paie pas. L'expérience de la Suisse en matière de restitution d'avoirs illicites, 2016, p. 18-20- https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/edas-broschuere-no-dirty-money_FR.pdf).

17 La Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (LRAI) du 1er octobre 2010 a depuis été remplacée par la Loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger (LVP) du 18 décembre 2015.

18 DFAE, Ibid. p. 8.

19 GRAY L., HANSEN K., RECICA-KIRKBRIDE P., MILLS L., Few and Far. The Hard Facts on Stolen Asset Recovery, StAR (UNODC/World Bank), 2014, p. 20.

Disponible ici : https://star.worldbank.org/sites/star/files/few_and_far_the_hard_facts_on_stolen_asset_recovery.pdf

20 TRANSPARENCY INTERNATIONAL, Rapport mondial sur la corruption, 2004, p. 15. https://www.transparency.org/whatwedo/publication/rapport_mondial_sur_la_corruption_2004_la_corruption_politique

21 The Nyanga Declaration on the Recovery and Repatriation of Africa's Wealth, 4 mars 2001.

22 Même si demeure le principe selon lequel un État qui confisque le produit du crime en dispose, elle fait obligation aux États parties, dès lors que la demande leur en est faite, d'envisager « à titre prioritaire de restituer le produit du crime ou les biens confisqués à l'État partie requérant [...] afin qu'ils puissent indemniser les victimes de l'infraction ou restituer ce produit du crime ou ces biens à leurs propriétaires légitimes » (CNUCTO, art. 14).

23 Notes interprétatives de la CNUCC, p.9 (point 48) , A/58/422/Add.1.

24 BRUN J-P., « La restitution des produits de la corruption, principe fondamental de la Convention des Nations Unies contre la corruption », in La revue du GRASCO (LRDG) n° 20, oct. 2017, p. 42. Disponible ici : http://ceifac.u-strasbg.fr/larevuedugrasco/

25 Ibid.

26 CNUCC, art. 57 (3) (c).

27 De manière générale, la CNUCC exige que les États parties exécutent leurs obligations « d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et avec celui de la non intervention dans les affaires intérieures d'autres États » (CNUCC, art. 4 (1).

28 VEGLIO P., SIEGENTHALER P., « Monitoring the restitution of looted assets: the role of Multilateral Development Banks (MDBs) », in PIETH M. (Ss. Dir.), Recovering Stolen Assets, PETER LANG, 2008, p. 322.

29 MADER M., « Civil society facilitators of asset recovery. The two swiss cases Mobutu and Abacha », in THELESKLAF D., GOMES PERREIRA P. (Ss. Dir.), Basel Institute on Governance, Non-state actors in asset recovery, Peter Lang, 2011, p. 119.

30 Sur ce point, voir : ATTISSO K., FENNER ZINKERNAGEL G., « Past experience in agreements for the disposal of confiscated assets », in FENNER ZINKERNAGEL G., MONTEITH C. & GOMES PERREIRA P. (Ss. Dir.), Emerging trends in asset recovery, Peter Lang, 2013, p. 335-336.

31 CNUCC, art. 57 (5).

32 OCDE, « Steps taken to implement and enforce the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. United States », 31 mai 2011, p. 105-106. Disponible ici : http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/42103833.pdf

33 JIMU I., « Managing proceeds of asset recovery : The case of Nigeria, Peru, the Philippines and Kazakhstan », Basel Institute on governance – International Centre for Asset Recovery (ICAR), Working papers n°6, Oct. 2009,

https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/biog_working_paper_06.pdf

34 L'International Research & Exchanges Board (IREX) et Save The Children.

35 JIMU I., Ibid.

36 Bien que n'étant pas exempt de défauts (sur ce point, voir JIMU I., Ibid.)

37 LVP, art. 17.

38 Ibid. art. 18

39 TRANSPARENCY INTERNATIONAL FRANCE, Le sort des biens mal acquis et des autres avoirs illicites issus de la grande corruption. Plaidoyer pour une procédure adaptée, au service des populations victimes, oct. 2017. https://transparency-france.org/wp-content/uploads/2017/10/Rapport_BMA_restitution_avoirs_corruption.pdf

40 http://www.undp.org/content/undp/fr/home/librarypage/hdr/2016-human-development-report.html

41 https://www.un.org/development/desa/dpad/publication/equatorial-guinea-graduates-from-the-ldc-category/

OUVRAGES RÉCENTS

CRIMINALTÉ ORGANISÉE, TERRORISME ET CYBERCRIMINALITÉ

RÉPONSE DE POLITIQUES CRIMINELLES

AUTEUR : PAPA GUEYE

ÉDITEUR : L'HARMATTAN

Présentation de l'éditeur

Ce livre étudie la problématique de la criminalité transfrontalière en Afrique de l'Ouest. L'auteur essaye de démontrer que le combat contre la criminalité transfrontalière organisée nécessite l'intégration d'une nouvelle approche de la question de la souveraineté des États, de surcroît, avec le développement du numérique. Il propose des réponses de politiques criminelles articulées autour de stratégies nationales et internationales, d'une part ; et

des réponses dématérialisées notamment de cybersécurité, d'autre part.

Commissaire de police, l'auteur est titulaire d'un Doctorat d'État en droit privé et sciences criminelles, il est spécialisé en droit des TIC, expert en cybercriminalité et cybersécurité. Il est aussi membre fondateur de la Brigade spéciale de lutte contre la cybercriminalité devenue la Division spéciale de cybersécurité, qu'il dirige actuellement.

DES CLÉS POUR LUTTER CONTRE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS : VERS UNE COOPÉRATION MULTILATÉRALE ET MULTIDISCIPLNAIRE RENFORCÉE

CAROLINE CHARPENTIER

MAGISTRATE, CHARGÉE DE MISSION « LUTTE CONTRE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS ET CRIMINALITÉ CONNEXE EN EUROPE DU SUD-EST » AUPRÈS DE LA REPRÉSENTATION PERMANENTE DE LA FRANCE À L'OFFICE DES NATIONS UNIES ET DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES DE VIENNE

MAIWENN RATINET

DIPLÔMÉE D'UN MASTER DE DROIT PUBLIC MENTION INTERNATIONALE

Travail forcé, exploitation sexuelle, mariage forcé, contrainte à commettre des infractions, mendicité forcée, exploitation domestique, servitude pour dettes, prélèvement d'organes... En 2016, environ 40 millions de personnes ont été exploitées dans le monde[1]. La traite des êtres humains, véritable fléau mondial, affecte majoritairement les femmes (71 %) dont 20% sont des mineures[2].

Le Protocole de Palerme[3], additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée[4], fixe les standards internationaux en matière de traite des êtres humains définissant l'infraction comme étant : « *le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation* »[5].

La définition onusienne comprend parmi les types d'exploitation « au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes »[5bis]. Si la définition de la Convention de Varsovie est identique[6] à celle du Protocole additionnel, la directive de l'Union européenne inclut d'autres types d'exploitation telle que la « mendicité » et la « commission d'activités criminelles »[7].

En France, la directive[8] a été transposée par l'article 225-4-1 du Code pénal. Il prévoit une acception large de la traite incluant les « conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité » et le fait de « contraindre une personne à commettre tout crime ou délit »[9].

Outre cette disposition définissant la traite des êtres humains, le système juridique français prévoit des infractions distinctes comme le travail forcé, la réduction en servitude[10], la réduction et l'exploitation en esclavage[11], l'exploitation de la mendicité[12], l'esclavage domestique[13], le trafic d'organes[14] et l'infraction de proxénétisme et assimilé[15]. Le Code civil complète utilement ce dispositif législatif en indiquant que « quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux »[16], permettant de lutter contre les mariages forcés[17]. Ces infractions distinctes n'excluent pas « l'utilisation de la qualification pénale de traite des êtres humains [...] car elle ouvre des droits spécifiques attachés aux victimes, permet de quantifier ce phénomène et participe d'une exigence de répression pénale vis-à-vis

des auteurs comme d'une nécessité de justice vis-à-vis des victimes »[18].

On ne saurait évoquer le cadre juridique français de lutte contre la traite des êtres humains sans évoquer l'adoption en 2016 du modèle prostitutionnel abolitionniste. Selon l'Office des Nations-Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), l'exploitation sexuelle constitue plus de la moitié des cas de traite dans le monde, dont 95 % des victimes d'exploitation sexuelle sont des femmes[19]. Dès lors, le renforcement des moyens de lutte contre le proxénétisme et la réduction de la demande demeurent une priorité. Poursuivant cet objectif, la réforme législative du 13 avril 2016[20] a ainsi « réaffirmé la position abolitionniste de la France »[21]. Ce texte fort pénalise, d'une part, les clients de la prostitution[22] et reconnaît, d'autre part, la vulnérabilité des personnes prostituées. Pour mémoire, en France, 93% des femmes prostituées sont étrangères « principalement originaires d'Europe de l'Est (Roumanie et Bulgarie), d'Afrique de l'Ouest (Nigéria) et de Chine »[23]. Cette législation facilite la reconnaissance du statut de victimes de réseaux de traite et de proxénétisme[24] en instituant des commissions départementales lesquelles organisent des parcours de sortie de prostitution et favorisent l'insertion professionnelle des prostituées. Sur le plan pénal, le dispositif prévoit comme peine complémentaire[25] des stages de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels[26]. Ces stages tendent à prévenir la récidive et sensibilisent les clients contrevenants à la problématique de l'exploitation sexuelle et de la traite des êtres humains. Les efforts déployés en France pour décourager la demande ont été salués par le Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains du Conseil de l'Europe (GRETA)[27], la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), rapporteur national indépendant sur la lutte contre la traite et l'exploitation des êtres humains[28], de même que les derniers rapports annuels américains sur la traite des êtres humains[29] qui soulignent l'évolution positive de la prise en charge des victimes d'exploitation sexuelle.

La France est principalement un pays de transit et de destination où l'on identifie des victimes aux profils variés. Des tendances se dégagent et attestent de l'existence de réseaux criminels transnationaux. En effet, « près de huit victimes sur dix sont originaires de cinq pays : le Nigéria, la Roumanie, le Maroc, l'Algérie et la Bulgarie. [...] Les victimes nigérianes, qui à elles seules représentent la moitié des victimes, sont dans la quasi-totalité exploitées sexuellement tandis que les réseaux originaires des pays de l'Europe de l'Est et du Sud sont actifs sur plusieurs formes d'exploitation, principalement l'exploitation sexuelle, la contrainte à commettre des délits, et la mendicité forcée »[30]. Dès lors, la lutte contre la traite des êtres humains ne peut être résolue au plan national. La réponse pénale nécessite une action concertée au niveau international entre les pays d'origine, de transit et de destination.

L'approche innovante de coopération technique et multilatérale développée depuis plus de dix ans entre la France et les pays d'Europe du Sud-Est permet de donner les clés d'une coopération multilatérale et multidisciplinaire renforcée pour lutter contre la traite des êtres humains.

Déjà identifiée comme étant une source de réseaux de criminalité organisée (trafics de migrants, trafics d'armes, trafics de drogues), l'Europe du Sud-Est est également pourvoyeuse de réseaux criminels fournissant des victimes exploitées tant dans leur pays d'origine, qu'à l'extérieur, notamment vers l'Europe de l'Ouest, comme en France. Puisque le nombre de victimes en provenance de cette région est conséquent, il était essentiel pour la France d'entreprendre une collaboration rapprochée avec les États dont elles sont issues, pour lutter activement contre les réseaux de traite.

Ainsi, la direction gouvernance et mondialisation du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, en concertation avec la mission interministérielle pour la protection des femmes contre les violences et la lutte contre la traite des êtres humains (MIPROF), a créé un poste ayant pour mission la « lutte contre la traite des êtres humains et la criminalité connexe en Europe du Sud-Est ». Pour remplir cette mission, le poste a été majoritairement confié à des magistrats de l'ordre judiciaire. De Vienne, auprès de la représentation permanente de la France auprès des Nations Unies et des autres organisations internationales, il s'agit de coordonner la stratégie française de lutte contre la traite des êtres humains entre la France et onze pays d'Europe du Sud-Est : l'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, la Croatie, le Kosovo, l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, la Moldavie,

le Monténégro, la Roumanie, la Serbie, et depuis décembre 2016, la Grèce. Cette mission s'inscrit dans le plan d'action national contre la traite des êtres humains qui s'articule autour de trois priorités : « accompagner les victimes », « démanteler les réseaux » et adopter « une politique publique à part entière » en matière de traite[31].

Depuis septembre 2016, la mission est développée autour d'une programmation et d'un bilan annuels[32], structurée autour de quatre composantes[33] :

- mieux **connaître** le fonctionnement des réseaux de traite provenant d'Europe du Sud-Est ;
- mieux **prévenir** les populations vulnérables en les sensibilisant au risque de traite ;
- mieux **protéger** les victimes et mieux **poursuivre** les auteurs en renforçant les capacités des acteurs institutionnels et de la société civile ;
- mieux **coopérer** afin de renforcer les partenariats institutionnels.

Pour atteindre les objectifs développés dans les quatre composantes, les actions de coopération s'inscrivent dans le sillon des actions menées les années précédentes et permettent de développer de nouveaux projets pour renforcer la coopération technico-judiciaire et institutionnelle entre les pays tout en favorisant des actions transversales, en partenariat avec la société civile et les organisations internationales.

La coopération entre la France et les pays d'Europe du Sud-Est s'inspire, d'une part, des expériences locales pour alimenter l'action multilatérale (I) et s'enrichit, d'autre part, du cadre international pour diffuser les bonnes pratiques au niveau local (II). Il s'agit d'un cercle vertueux où la coopération multilatérale et multisectorielle permet de lutter plus efficacement contre les réseaux de traite des êtres humains.

I. L'action multilatérale enrichie par les expériences locales pour mieux lutter contre la traite des êtres humains

L'expertise française est valorisée au niveau international en matière de lutte contre la traite des êtres humains. Elle favorise dès lors la production normative en la matière tout comme elle permet le développement de projets de coopération technique adéquats et pertinents permettant de mieux lutter contre les réseaux.

Fondée et enrichie par sa connaissance des particularités nationales, la France contribue activement aux débats relatifs à la traite des êtres humains dans les enceintes internationales. En terme de contribution à l'identification des bonnes pratiques et des nouvelles tendances relatives à l'exploitation des personnes et de leur protection, la France contribue aux débats tant à New York, à Genève ou à Vienne, et ce, notamment au sein de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC).

En mai 2018, lors de la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale à Vienne, la France a fait adopter par consensus une résolution sur la traite des êtres humains d'initiative franco-roumaine[34]. Cette résolution porte sur la protection des mineurs contre tout type d'exploitation dans le cadre de l'usage des nouvelles technologies et de la communication. La résolution met particulièrement l'accent sur l'accès aux victimes identifiées à des mécanismes d'orientation répondant à leurs besoins, des programmes de réinsertion et des mécanismes transnationaux pour assurer le retour des victimes de façon sécurisée. Saluée pour sa technicité, cette résolution encourage les États à prendre des mesures pour faciliter la détection, la signalisation et le retrait par les fournisseurs d'accès à Internet de contenu facilitant le recrutement ou l'exploitation de mineurs. Elle s'attache également au renforcement de la coopération internationale, et surtout régionale, afin que soient créés des réseaux informels régionaux favorisant les échanges de bonnes pratiques entre points de contact nationaux chargés de la lutte contre la traite des personnes. Ces points n'auraient pas pu être proposés sans une véritable connaissance des besoins du terrain.

La réflexion menée autour de cette résolution est en grande partie le fruit de l'expérience française dans la lutte contre la traite des êtres humains reconnaissant comme centrale la mise en place de réseaux régionaux de coordinateurs nationaux. La défense d'un tel mécanisme lors des négociations de cette résolution a notamment été illustrée par l'existence du réseau des coordinateurs en Europe du Sud-Est.

L'expertise française est également valorisée lors de notre participation aux activités de l'ONUDC notamment lors des

réunions annuelles des groupes de travail sur la traite des personnes et sur le trafic de migrants. Ces groupes de travail consistent en des rencontres où chaque État partie aux instruments juridiques internationaux[35] est invité à rendre compte de leur mise en oeuvre et propose des améliorations. Cette année, le groupe de travail sur la traite des êtres humains, en sa huitième session, a échangé plus particulièrement sur la « coopération internationale dans les affaires de traite des personnes : prise en compte des besoins et des droits des victimes ». À cette occasion, la France a rappelé la nécessité de développer, outre les canaux de coopération formels, des réseaux de coordination élargis incluant la société civile et les institutions de protection des victimes et des mineurs.

L'engagement de la mission française de lutte contre la traite des êtres humains en Europe du Sud-Est comprend également le soutien aux associations locales et régionales. À titre d'exemple, la mission finance depuis 2015, l'association serbe Atina, laquelle protège les victimes de traite et promeut, avec le soutien de la France, le modèle abolitionniste.

De manière similaire, la mission finance un projet développé par l'association Caritas en Albanie, menant une lutte engagée contre l'exploitation des mineurs. Ce projet a pour objectif de développer des actions de prévention auprès des institutions pour favoriser l'identification des mineurs albanais exposés aux risques d'exploitation par le travail, la criminalité et/ou la mendicité forcés dans les pays limitrophes, tel qu'au Kosovo ou au Monténégro.

Ces types de projets soutenus par la France auprès d'associations locales d'Europe du Sud-Est permettent des avancées concrètes en matière de coopération entre la France et les pays membres du réseau de lutte contre la traite des êtres humains. Forte de cette pratique, la France fait régulièrement part à la communauté internationale de l'effectivité de ces projets associatifs avec pour ambition que ce modèle soit davantage exporté dans d'autres régions.

Persuadée que l'issue réside dans une étroite collaboration entre les pays d'origine et de destination, et une bonne connaissance des réseaux, de façon récurrente, lors des travaux de discussion, de concertation et de négociation entre plusieurs États au sein des instances onusiennes, la délégation française partage son expérience régionale, développée depuis plusieurs années, pour sensibiliser et mobiliser la communauté internationale aux divers moyens de lutter à long terme contre la traite des êtres humains.

II. Des répercussions vertueuses de l'action multilatérale sur l'action régionale et locale

L'apport de projets multilatéraux, soutenus par les organisations internationales, financés par les États parties, est essentiel au développement de projets régionaux et locaux en matière de lutte contre la traite des êtres humains.

Ainsi, la contribution annuelle de la France auprès de la section de lutte contre la traite des êtres humains et le trafic illicite de migrants de l'ONUDC permet la création de nombreuses activités régionales d'assistance technique en Europe du Sud-Est, favorisant *in fine* aux services enquêteurs et judiciaires des pays concernés. Des réunions régionales d'experts ont permis d'étudier des thématiques spécifiques contre la traite des êtres humains, en prenant en compte le particularisme de la région, tels que le blanchiment d'argent et la question de la saisie des avoirs criminels. Favorisant les échanges entre experts de différents secteurs, ce programme a permis de développer des stratégies d'enquêtes et de valoriser l'expertise française. S'inspirant de l'approche européenne de lutte contre la criminalité organisée et de la cellule d'investigation financière française TRACFIN, elles ont pour objectif de renforcer les capacités des États à détecter et suivre les flux financiers illicites. Sur le même modèle, un cycle de réunions d'experts multisectoriels est actuellement en cours sur la thématique de la lutte contre la criminalité forcée et son traitement judiciaire. Les magistrats et enquêteurs français sont sollicités pour présenter des dossiers en lien avec la zone, permettant de facto de resserrer les liens avec les pays partenaires, et ce, en collaboration avec les magistrats de liaison et les attachés de sécurité intérieure des pays concernés.

Des séminaires régionaux thématiques sont organisés en Europe du Sud-Est par les organisations internationales conjointement avec la France. Lors de ces rencontres, la coopération technico-judiciaire et la formation des acteurs de la lutte contre la traite des êtres humains des pays d'origine, de transit et de

destination sont mises à l'honneur. À titre d'exemple, s'est tenu en novembre 2018, en Bulgarie, un séminaire régional relatif à l'utilisation frauduleuse des technologies de l'information et des communications en lien avec la traite des êtres humains. Si en France, depuis plusieurs années, les thématiques croisées de la traite et de la cybercriminalité font l'objet d'un fort intérêt[36], ce séminaire a permis de réunir des praticiens d'Europe du Sud-Est, tant institutionnels qu'en provenance du secteur privé. Luttant contre la traite des êtres humains dans la région et ayant été confrontés à ces phénomènes nouveaux, ils ont pu ensemble déterminer les actions à mener pour lutter contre ce phénomène de traite décuplé par l'utilisation frauduleuse des nouvelles technologies.

La coopération peut revêtir également un volet d'assistance législative. En effet, la disparité des systèmes législatifs rend parfois difficile l'appréhension de certains types d'exploitation telle que l'exploitation sexuelle. Ainsi, certains pays de la zone disposent d'un modèle prohibitionniste où les personnes prostituées sont poursuivies et dans lequel il est de facto bien plus difficile d'établir le statut de victimes de certaines d'entre elles. Dans le cadre de la mission de coopération de la France avec certains pays de la zone dont la Croatie, la Serbie et la Grèce, l'expertise législative et judiciaire française en matière de traite est souvent prise en exemple[37].

Le Fonds onusien d'aide aux victimes de traite (UNVTF), dont la France en est le troisième contributeur volontaire mondial, est un autre exemple d'action globale ayant une issue locale. Ce fonds permet à des organisations non-gouvernementales spécialisées dans la lutte contre la traite des personnes à intervenir davantage sur le terrain par la mise à disposition de financements. L'association française « Les amis du bus des femmes » a pu en bénéficier à deux reprises. Elle lutte spécifiquement contre l'exploitation sexuelle en région parisienne des femmes nigérianes qui, comme cela a été évoqué précédemment, constituent la population la plus exploitée sexuellement en France.

À travers des missions de lutte régionalisées, l'attention demeure focalisée sur les victimes de traite en France dont la nationalité est la plus fréquente. Pour mieux lutter contre les flux majoritaires de la traite, il est nécessaire de mieux les comprendre, en outre, par l'intervention de spécialistes de domaines variés.

La réflexion française vis-à-vis de la multisectorialité est relativement avancée. La sociologie est un des domaines qui est mis à contribution. La connaissance sociologique des réseaux de traite et de leur fonctionnement est un éclairage supplémentaire qui s'avère essentiel au soutien de l'action policière et judiciaire. Depuis 2014, le sociologue Olivier Peyroux est sollicité dans le cadre de la mission de lutte contre la traite des êtres humains en Europe du Sud-Est. Il a produit plusieurs études et guides dont le dernier est destiné aux praticiens traitant du contentieux de la traite des êtres humains en Roumanie[38]. L'initiative de ce guide est partie du constat que l'exploitation de mineurs pour la commission d'infractions en France est principalement celle de mineurs roms, de Roumanie ou d'Europe du Sud-Est, en région parisienne ou dans les grandes villes de province, contraints au vol à l'arraché, aux cambriolages ou à d'autres délits. En substance, ce guide a pour objectif de déconstruire les stéréotypes sur les mineurs roumains ; il décrit le fonctionnement des organisations criminelles, souvent familiales ou claniques exploitant ces mineurs. Il tend ainsi à améliorer la coopération institutionnelle entre la France, pays de transit et de destination, et la Roumanie, pays d'origine de cette exploitation, en facilitant l'identification des réseaux de criminalité forcée, en favorisant la protection des victimes mineures et en proposant de nouveaux schémas de communication institutionnelle entre les deux pays.

Enfin, certains projets nationaux émanent de la transposition de projets initialement internationaux. Inspirée par la formation *in situ* sur la traite des êtres humains développée par l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)[39]. La mission française met en place une formation similaire en France, en collaboration avec l'École Nationale de la Magistrature, le Barreau de Paris, le milieu associatif (le dispositif ACSE)[40] et la Gendarmerie nationale. En adéquation avec l'engagement de développement d'une formation française continue pluri-acteurs de lutte contre la traite des êtres humains, cette formation sera dispensée en juillet 2019 à plus de 70 praticiens provenant d'horizon variés : police, justice, associatif, protection des victimes et avocats. Cette formation poursuit trois objectifs : l'échange de bonnes pratiques, le rapprochement des

différents acteurs impliqués dans la prise en compte de dossiers de traite des êtres humains et l'amélioration de la législation française.

En somme, de l'expérience développée en Europe du Sud-Est depuis une dizaine d'année, en étroite collaboration avec les institutions françaises et la société civile, on peut retenir qu'une lutte effective contre la traite des êtres humains se doit d'être active et articulée équitablement autour des «4 Ps» : la prévention, la protection, la poursuite, et le partenariat. Par des actions multilatérales, elle doit à la fois être globale et locale. Enfin, elle doit être multisectorielle et engager l'ensemble des acteurs.

Notes :

1. Organisation internationale du travail, estimations mondiales de l'esclavage moderne, Genève, 2017, p. 9.
2. Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), Global Report on Trafficking in Persons, en ligne : New York, 2016, p. 23 [ONUDC, Global Report on Trafficking in Persons].
3. Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, New York, 15 novembre 2000, 2237 RTNU 319 (entrée en vigueur : 25 décembre 2003) [Protocole de Palerme].
4. Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, New York, 15 novembre 2000, 2237 RTNU 319 (entrée en vigueur : 29 septembre 2003).
5. et 5bis. art. 3 al. a) du Protocole de Palerme.
6. Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, Varsovie, 16 mai 2008, n°197 des Traités du Conseil de l'Europe, art. 4 al. a) [Convention de Varsovie].
7. Directice 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, du Parlement européen et du Conseil, 5 avril 2011, remplaçant la décision-cadre 2002-629/JAI du Conseil, OJL 101 p. 1-11, art. 2 al. 3).
8. Loi n°2013-711 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, 5 août 2013, art. 1.
9. Code pénal, art. 225-4-1, I. al. 4.
10. Code pénal, respectivement art. 225-14-1 et art. 225-14-2.
11. Code pénal, respectivement art. 224-1-A et art. 224-1-B.
12. Code pénal, art. 225-12.
13. Code pénal, art. 225-13 et 225-14.
14. Code pénal, art. 511-2.
15. Code pénal, art. 225-5.
16. Code civil, art. 202-1.
17. Loi n°2014-873 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, 4 août 2014, Titre III : Dispositions relatives à la protection des personnes victimes de violences et à la lutte contre les atteintes à la dignité et à l'image à raison du sexe dans le domaine de la communication, Chapitre II : Dispositions relatives à la lutte contre les mariages forcés.
18. Pierre Bellet, "La coopération judiciaire an matière de traite des êtres humains", Cahiers de la sécurité et de la justice (n° 29) de l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice (INHESJ), troisième trimestre 2014, La lutte contre la traite des êtres humains : coopération entre police et justice, La documentation française, p. 37.
19. ONUDC, Global Report on Trafficking in Persons, aux p. 6 et 27.
20. Loi n° 2016-444 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, 13 avril 2016.
21. Rapport d'information sur « le renforcement de la lutte contre le système prostitutionnel », députée Maud Olivier, au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 septembre 2013, p. 27.
22. Code pénal, art. 611-1.
23. Mission interministérielle pour la protection des femmes contre les violences et la lutte contre la traite des êtres humains (MIPROF), « Prostitution en France : ampleur du phénomène et impact sur les personnes prostituées », lettre n°7 de l'observatoire national des violences faites aux femmes, octobre 2015, page 1.
24. Editorial de l'ambassadrice chargée des menaces criminelles transnationales, Mme Michèle Ramis, lettre d'information trimestrielle n°6 de Lutte contre la traite des êtres humains en Europe du sud-est, mai 2017 ; en ligne : https://onu-vienne.delegfrance.org/Lettre-d-information-sur-la-traite-des-etres-humains-no6-mai-2017.
25. Code pénal, art. 131-16-9.
26. Décret n°2016-1709 relatif au stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple ou sexistes et au stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels, 12 décembre 2016.
27. Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains du Conseil de l'Europe (GRETA), Rapport concernant la mise en oeuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains par la France, (2017)17, adopté le 31 mars 2017 et publié le 6 juillet 2017, p. 29, point 13.
28. Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), Évaluation de la mise en oeuvre du plan d'action national contre la traite des êtres humains (2014-2016), 6 juillet 2017, p. 48, mesure 17.
29. Département d'état des États-Unis d'Amérique, Rapport annuel sur la traite des personnes, juin 2017 et juin 2018, respectivement p. 172 et p. 189.
30. MIPROF et observatoire national de la délinquance et des réponses pénales (ONDRP), « Les victimes de traite des êtres humains suivies par les associations en France en 2016 », n°48 de la revue Grand angle, diffusé par l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice (INHESJ), publié en juin 2018, p. 3. ,
31. Ministère des droits des femmes, de la ville, de la jeunesse et des sports, Plan d'action national contre la traite des êtres humains (2014-2016), publié le 14 mai 2014, p. 5.
32. Bilan 2017 et Programmation 2018, Coopération en Europe du sud-est pour lutter contre la traite des êtres humains et la criminalité connexe ; respectivement en ligne : https://onu-vienne.delegfrance.org/IMG/pdf/bilan_2017_cm_teh_doc_final_15_decembre_2017.pdf?3495/6d176d8278d33499afb755c94dc2140d4b85081f et https://onu-vienne.delegfrance.org/IMG/pdf/programmation_cmteh_2018_finalisation_15_decembre_2017.pdf?3494/b23f6f86a7995625a6cfb321bd59762671f50c6a.
33. Lettre trimestrielle d'information n°9 sur la stratégie française de lutte contre la traite des êtres humains et son réseau d'influence, p. 2 ; en ligne : https://onu-vienne.delegfrance.org/IMG/pdf/newsletter_9_fr.pdf?3577/f8bd2077f2680e0aa2679e1544032311521286f5.
34. Résolution E/CN.15/2018/L.3/REV.1, Améliorer la protection des enfants contre la traite des personnes, notamment en luttant contre l'utilisation criminelle des nouvelles technologies de l'information et de la communication, adoptée le 17 mai 2018 ; en ligne : http://undocs.org/E/CN.15/2018/L.3/REV.1.
35. Respectivement les Protocoles additionnels à la Convention visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et celui contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer.
36. Yves Charpenel (dir.), Prostitution : exploitation, persécution, répression, Fon-

dation Scèlles, 4ème rapport mondial, Editions Economica, 2016, à la p. 80.

37. Plan de mobilisation et de lutte contre toutes les violences faites aux femmes, 2017-2019, dans lequel le ministère de l'Europe et des affaires étrangères est particulièrement mobilisé par l'action 63 : « Promouvoir le modèle abolitionniste par la diplomatie française », à la p. 37.

38. Olivier Peyroux, Guide pratique franco-roumain : La traite des êtres humains aux fins de criminalité forcée – De l'identification des réseaux à la protection des victimes mineures, sur proposition de la représentation permanente de la France aux Nations Unies à Vienne et de l'ambassade de France en Roumanie ; en ligne : https://onu-vienne.delegfrance.org/IMG/pdf/guide_fr-ro_o._peryoux_version_finale.pdf?3759/164d508f7fc18d2c9a04a24ff0cd15c7d64bdebd.

39. Cette formation in situ sur la traite des êtres humains a été développée par le bureau de la représentante spéciale et coordinatrice de la lutte contre la traite des êtres humains auprès de l'OSCE à Vienne.

40. Le dispositif AC-SE est un dispositif national d'hébergement, de protection et d'accompagnement des victimes de traite des êtres humains : acse-alc.org

OUVRAGES RÉCENTS

COMPLIANCE : L'ENTREPRISE, LE RÉGULATEUR ET LE JUGE

SOUS LA DIRECTION : DE NICOLAS BORGA, JEAN-CLAUDE MARIN ET JEAN-CHRISTOPHE RODA

ÉDITEUR : DALLOZ

Présentation de l'éditeur

De quel phénomène la compliance est-elle la traduction ? Comme tous les anglicismes, le mot provoque parfois des réactions teintées de méfiance, voire de rejet. Mais pour d'autres, la compliance est avant tout l'une des manifestations les plus éclatantes d'un droit économique devenu global, d'un droit aux prétentions mondiales. Sous cet angle, la compliance ne peut que susciter l'intérêt du juriste, lequel se heurte toutefois assez rapidement au caractère tout à la fois tentaculaire et insaisissable de la notion. On peut évidemment traduire le vocable compliance par le mot conformité. Mais encore faut-il déterminer les règles auxquelles il s'agirait là de se conformer. Sauf à admettre que la notion soit absolument vide de sens, il ne peut s'agir de se conformer au droit positif.

Le phénomène est infiniment plus riche et complexe. Les entités chargées de veiller à la diffusion de la culture de compliance, les principaux destinataires et ceux qui sont chargés de trancher les conflits en lien avec cette nouvelle donne doivent donc se saisir de ce phénomène. La compliance invite à revisiter les rapports de l'entreprise, du juge et des régulateurs, ce qui constitue la trame générale de cet ouvrage.

Aussi, ce dernier s'évertue-t-il, tout d'abord, à approcher au plus près la notion, à travers une première partie consacrée aux principes directeurs de la compliance. C'est que le droit de la compliance reste à construire, au-delà de certaines manifestations spectaculaires telles les lois extraterritoriales américaines.

À la compliance on associe ensuite volontiers une dynamique particulière. On est loin en effet d'une conformité statique. Il peut s'agir d'anticiper le défaut de conformité, à travers la mise en place d'un programme de compliance, d'une charte éthique, ou encore d'une ligne dédiée aux lanceurs d'alerte. On peut encore être tenté de vérifier le degré de conformité à travers la réalisation d'un audit. Enfin, lorsque la politique de compliance mise en place en amont n'a pas porté ses fruits, il convient de réagir à la sanction en remédiant aux défauts de conformité, ce qui va parfois de pair avec une négociation de la sanction. Cette particularité supposait qu'une large place soit laissée aux expériences concrètes de compliance.

Enfin, la compliance invite à s'intéresser en détail aux différents acteurs de la compliance. Chacun doit ici trouver sa place, ce qui ne sera possible que lorsque l'ensemble de la communauté des juristes se sera familiarisé avec la compliance et les enjeux qu'elle soulève.

L'IMPACT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES SUR LES PROGRAMMES DE COMPLIANCE : QUELS OUTILS AU SERVICE DE LA CONFORMITÉ ? L'EXEMPLE DU RGPD

ALAIN BENSOUSSAN

AVOCAT AU BARREAU DE PARIS,
PRÉSIDENT DE L'ASSOCIATION FRANÇAISE DU DROIT DES ROBOTS

À l'ère des algorithmes et de l'intelligence artificielle (IA), les nouvelles technologies bouleversent tous les modèles de développement. Les programmes de compliance, apparus dans les années 2000, n'y échappent pas, comme le démontre la conformité au Règlement général sur la protection des données (RGDP), qui cristallise toutes les attentions depuis plus de deux ans.

Comme l'a défini le Cercle de la Compliance[1], un programme de compliance consiste en « *l'ensemble des processus qui permettent d'assurer le respect des normes applicables à l'entreprise par l'ensemble de ses salariés et dirigeants, mais aussi des valeurs et d'un esprit éthique insufflé par les dirigeants* ».

C'est incontestablement le cas de la mise en conformité au Règlement général sur la protection des données (« RGPD » ou « GDPR » en anglais), adopté par le Parlement européen et le Conseil le 27 avril 2016 et directement applicable dans tous les États membres depuis le 25 mai 2018.

Le RGPD a donné naissance, au plan national, à un édifice juridique composite que l'Ordonnance n°2018-1125 du 12 décembre 2018, prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, vient de rendre plus lisible.

Il n'en demeure pas moins que le déploiement au sein des organisations des contraintes découlant du RGPD est une opération complexe.

Pour les entreprises, un seul mot d'ordre dans les mois à venir : assurer le maintien aux conditions opérationnelles de la conformité à la règlementation Informatique et Libertés.

Comme l'a précisé Isabelle Falque Pierrotin en introduction du rapport d'activité 2017 de la Cnil[2], « *la mise en oeuvre du Règlement européen sera l'enjeu déterminant des prochaines années* ».

En effet, la mise en application du RGPD aura aussi et surtout un effet positif puisqu'il renforce les obligations de sécurité des entreprises, donnant ainsi à leurs clients l'assurance d'un niveau de protection accru pour le traitement de leurs données personnelles.

I. Pas de conformité sans des outils dédiés

Le RGPD est un texte complexe et technique qui impose aux entreprises de se plier à de nouvelles obligations, telles que :

- la réalisation d'analyses d'impact avant la mise en oeuvre d'un traitement de données pouvant présenter des risques pour les droits et libertés des personnes ;
- la prise en compte de la protection de la sécurité des données, tant logique que physique, dès la conception du traitement de données concerné ;
- l'obligation d'être, à tout moment, en mesure de démontrer la conformité du traitement avec le RGPD.

Une chose est certaine : la conformité Informatique et Libertés ne peut être atteinte sans outils dédiés.

Et, ajouterons-nous, des outils s'inscrivant dans le cadre d'une logique de globalisation logicielle.

En effet, même s'il est possible pour tout un chacun de faire par exemple l'acquisition d'un registre de traitements, d'un registre sous-traitant ou encore d'un registre de violation de sécurité, voire de tout autre outil, comme une simple "brique", mieux vaut pour les organisations disposer de l'ensemble de la documentation en un seul endroit, où le responsable de traitement et le délégué à la protection des données pourront retrouver aisément l'ensemble des documents.

II. Logique de globalisation logicielle

Cette approche est à nos yeux un élément majeur dans le cadre du déploiement d'un programme de conformité.

En effet, plus les outils sont disparates, moins l'information sera globale et pertinente.

Cela permet, dans le cadre du suivi des traitements, mais également et surtout en cas de contrôle, de disposer de la même information à partir de différents terminaux, à toute heure du jour et de la nuit.

Dans le même esprit, le choix d'une solution web permet de ce point de vue de se libérer de toutes les problématiques de consultation à distance.

La technologie web permet également de rendre l'information accessible à l'ensemble des entités concernées d'une entreprise ou groupe d'entreprises, ce qui est un élément essentiel dans le cadre de tout déploiement de programme de conformité au sein d'une organisation. Avec possibilité d'octroyer des droits à un nombre restreint de collaborateurs de l'entreprise, dans le cadre d'une approche à la fois collaborative et sécurisée. En cas de contrôle, là encore, un seul point d'accès centralisé de l'ensemble de la documentation.

Par ailleurs, afin d'assurer un déploiement optimal d'un programme de conformité au sein d'une organisation et de ses équipes, pourquoi ne pas recourir à la technologie chatbot ?

III. Oser la technologie chatbot

Aujourd'hui, les chatbots, ces agents conversationnels capables d'interagir avec les humains sont partout, facilitant les échanges dans le cadre d'une plus grande interactivité.

C'est le cas d'Eva Lexing, premier agent conversationnel entièrement dédié au RGPD[3] que nous avons présenté dans le cadre des Assises de la Compliance qui se sont déroulées le 22 juin 2018 à l'Hôtel Méridien Étoile à Paris à l'initiative du cercle de la Compliance, du master II Juriste Conformité de l'université de Strasbourg et de Thomson Reuters.

Nourri des réponses pour être apte à répondre à de nouvelles questions, ce chatbot évolue au fil des différentes conversations qu'elle engage avec les internautes.

Il répond aux besoins d'avoir des réponses en temps réel, sur tous canaux (ordinateurs, mobiles, tablettes…), et ce à toute heure du jour et de la nuit.

On le voit, la mise en place de programmes de compliance constitue un enjeu stratégique et organisationnel qui ne saurait faire l'économie de la mise en place d'outils dédiés.

À l'heure de la disruption digitale, ces outils permettront d'optimiser le déploiement de due diligences dans le cadre de programme de compliance, qu'il s'agisse du RGDP, de la loi Sapin 2 et demain, d'autres projets.

Notes :

1. https://www.lecercledelacompliance.com/questions-frequentes/
2. La Documentation Française, 2017.
3. https://www.alain-bensoussan.com/avocat-rgpd-gdpr-chatbot-protection-donnees-personnelles/

OUVRAGES RÉCENTS

CONTRÔLES ET ENQUÊTES

PROCÉDURE DE SANCTIONS DEVANT L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS

AUTEUR : MURIEL GOLDBERG-DARMON

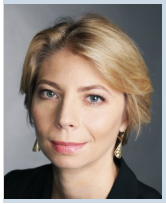
ÉDITEUR : BANQUE

Présentation de l'éditeur

Le point sur les procédures de contrôle et d'enquête ainsi que sur les sanctions mises en place par l'Autorité des marchés financiers : ouverture, déroulement, finalisation, suites, rôles de la commission et du rapporteur, etc. Toutes

les étapes de ces différentes procédures y sont décrites en évoquant tant la coopération internationale avec les autorités étrangères que les aspects de droit pénal (non bis in idem).

PHISHING : APPRÉCIATION DE LA NÉGLIGENCE GRAVE DE LA VICTIME DANS LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA COUR DE CASSATION



GARANCE MATHIAS

AVOCATE AU BARREAU DE PARIS, ASSOCIÉ FONDATEUR -MATHIAS AVOCATS

L'hameçonnage ou phishing est une technique de fraude bien connue qui consiste à adresser des courriels imitant notamment les signes distinctifs d'une entreprise, d'un organisme financier ou d'une administration et invitant les destinataires à communiquer des informations, notamment des informations confidentielles. L'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI) définit l'hameçonnage comme étant une attaque visant à « obtenir du destinataire d'un courriel d'apparence légitime qu'il transmette ses coordonnées bancaires ou ses identifiants de connexion à des services financiers, afin de lui dérober de l'argent »[1] .

Eu égard aux conséquences de cette pratique pour les victimes, les mises en garde et appels à la vigilance à l'égard des clients et usagers sont nombreux[2]. Ainsi, de nombreuses campagnes d'informations diffusées par les pouvoirs publics et les établissements bancaires ont permis de sensibiliser (ou tenter de sensibiliser) les consommateurs et les citoyens. Dans ce contexte, un Observatoire de la Sécurité des Moyens de Paiement (OSMP) a été créé par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016. Cette instance a vocation à favoriser l'échange d'informations et la concertation entre toutes les parties concernées (consommateurs, commerçants et entreprises, autorités publiques et administrations, banques et gestionnaires de moyens de paiement) pour le bon fonctionnement des moyens de paiement et la lutte contre la fraude.

Par ailleurs, le cadre juridique applicable en la matière se trouve dans le Code monétaire et financier. L'article L. 133-18 dudit Code dispose en effet que « en cas d'opération de paiement non autorisée signalée par l'utilisateur dans les conditions prévues à l'article L. 133-24, le prestataire de services de paiement du payeur rembourse au payeur le montant de l'opération non autorisée immédiatement après avoir pris connaissance de l'opération ou après en avoir été informé, (…) sauf s'il a de bonnes raisons de soupçonner une fraude de l'utilisateur du service de paiement (…). Le cas échéant, le prestataire de services de paiement du payeur rétablit le compte débité dans l'état où il se serait trouvé si l'opération de paiement non autorisée n'avait pas eu lieu. (…) ». En outre, l'article L. 133-16 du Code monétaire et financier, intégré à la section consacrée aux « Obligations des parties en matière d'instruments de paiement » impose à l'utilisateur de services de paiement de prendre « toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses données de sécurité personnalisés ». Si ce dernier manque à cette obligation, il « supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent d'un agissement frauduleux de sa part ou s'il n'a pas satisfait intentionnellement ou par négligence grave (…) »[3].

Avec plusieurs décisions relatives à l'obtention d'informations bancaires confidentielles à la suite d'une opération d'hameçonnage, la Cour de cassation semble s'orienter vers une protection moins accrue des victimes de ce type d'attaque. Elle définit ainsi les contours de la notion de « négligence grave » du client, laquelle fait obstacle au remboursement des sommes indument prélevées sur son compte bancaire.

I. La négligence grave de l'utilisateur en cas de phishing, une notion décisive dans les contentieux en la matière

Comme évoqué précédemment, la notion de négligence grave de l'utilisateur des services de paiement est particulièrement importante en cette matière, puisque ce dernier doit prendre toute mesure raisonnable pour préserver la confidentialité de ses données de sécurité (identifiant, code confidentiel, mot de passe, etc.)[4]. Si la preuve de la négligence grave est rapportée, le client de l'établissement bancaire ne pourra obtenir un remboursement.

Le client qui a signalé à son établissement bancaire une ou plusieurs opérations non autorisées dans les délais définis par le Code monétaire et financier a droit à leur remboursement[5]. Pour s'exonérer de cette obligation, l'établissement bancaire doit démontrer que les opérations de paiement contestées résultent « d'un agissement frauduleux [du titulaire du compte] » ou bien que ce dernier n'a pas « satisfait intentionnellement ou par négligence grave aux obligations mentionnées aux articles L. 133-16 et L. 133-17. »[6], en application de l'article L. 133-23 du Code monétaire et financier. C'est donc au prestataire qu'il incombe de rapporter la preuve d'une négligence grave commise par l'utilisateur.

De prime abord, le seul fait qu'une divulgation d'informations confidentielles soit advenu ne semble pas suffisant pour exclure tout remboursement. En effet, la preuve d'une négligence grave ne peut se déduire du simple fait qu'un instrument de paiement ou les données personnelles qui lui sont liées ont été utilisés par un tiers malveillant, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans cinq arrêts en date du 18 janvier 2017[7]. Or, il est évident que les pratiques de phishing étant réalisées sur internet, il est bien plus complexe pour les prestataires de démontrer l'existence d'une négligence grave. Ces derniers ne peuvent avoir accès à l'ordinateur ou au smartphone de l'utilisateur pour procéder à cette recherche de preuve (réponse à un courriel frauduleux par exemple).

Par ailleurs, dans un arrêt du 25 octobre 2017[8], la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que la juridiction de proximité n'avait pas recherché si, au regard des circonstances de l'espèce, le fait pour le client d'avoir répondu au courriel d'hameçonnage ne caractérisait pas une négligence grave à son obligation de préserver la sécurité de ses données au titre de l'article L133-16 du Code monétaire et financier. La Haute juridiction avait donc cassé le jugement rendu par la juridiction de proximité pour défaut de base légale, lui reprochant une insuffisance de motivation. De même dans un arrêt du 3 octobre 2018[9]. En conséquence, le défaut de vigilance de la part de l'utilisateur des services de paiement peut être sanctionné même si un hameçonnage a bel et bien eu lieu.

Les dernières décisions rendues par la Cour de cassation en la matière – qui peuvent paraître sévères - ont ainsi permis de préciser la manière dont doit être appréciée la négligence grave de la victime, au sens de l'article L.133-19 du Code monétaire et financier.

II. Une sévérité accrue de la Haute juridiction à l'égard du comportement des utilisateurs de services de paiement ou une recherche d'équilibre ?

La chambre commerciale de la Cour de cassation semble chercher un équilibre, afin de ne pas favoriser exclusivement les utilisateurs de services de paiement. Elle invite donc les juges du fond à une analyse scrupuleuse du contenu des courriels reçus par le client de l'établissement bancaire afin de répondre à la question suivante : Les courriels contiennent-ils des indices permettant à tout utilisateur attentif de douter de sa provenance ? En effet, dans la majorité des cas, un examen attentif du courrier électronique révèle son caractère frauduleux : l'adresse électronique de l'émetteur est erronée, il comporte des fautes d'orthographe, la demande est inhabituelle, etc.

En outre, l'arrêt du 28 mars dernier[10] précise qu'il importe peu que le client soit ou non avisé des risques relatifs à l'hameçonnage. Si la Cour de cassation estime qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si la victime a été attentive selon ses propres capacités, il convient cependant de vérifier si elle l'a été par rapport à un utilisateur normalement attentif. Ainsi, la circonstance qu'un client utilise peu le site Internet de son établissement bancaire, n'ayant par là-même pas accès aux messages de sensibilisation réalisés est indifférent. Il en va de même de la naïveté du client qui, dans l'arrêt du 28 mars 2018, paraît évidente. En l'état actuel de la jurisprudence[11], il convient donc de souligner que si l'établissement bancaire établit que le courriel reçu contenait des indices permettant à un utilisateur normalement attentif de détecter la fraude, il pourra probablement échapper à l'obligation de remboursement prévue par les textes précités[12].

Qu'en est-il pour une personne âgée qui ignorerait les risques liés à l'utilisation d'un service de paiement en ligne ? Qu'en est-il pour une personne malvoyante ? Ces jurisprudences permettront-elles de protéger certaines catégories de personnes ? L'hameçonnage étant une technique relativement connue, ces décisions semblent ouvrir la porte à la reconnaissance plus fréquente de la négligence grave de la victime, qu'elle soit

sensibilisée ou non. La conséquence peut être lourde car la victime de l'hameçonnage supporterait l'intégralité de la perte subie.

Dès lors, nous pouvons nous interroger sur l'absence de prise en compte du niveau de connaissance ou de sensibilisation d'une victime concernant une telle pratique. En effet, les parlementaires ont pourtant souligné la nécessité de prendre en compte « la situation des personnes dépourvues de compétences numériques » dans la loi relative aux données personnelles promulguée le 20 juin 2018[13].

Notes :

1. https://www.ssi.gouv.fr/entreprise/principales-menaces/cybercriminalite/attaque-par-hameconnage-phishing/
2. https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Phishing-hameconnage-ou-filoutage
3. Article L. 133-19 du Code monétaire et financier.
4. Article L.133-16 du Code monétaire et financier.
5. Articles L133-17, L133-24 et L133-18 du Code monétaire et financier.
6. Article L133-19, IV du Code monétaire et financier.
7. Voir notamment Cass. Com., 18 janvier 2017, n°15-18102.
8. Cass. Com., 25 octobre 2017, n°16-11.644.
9. Cass. Com., 3 octobre 2018, n°17-21.395.
10. Cass. Com., 28 mars 2018, n°16-20.018.
11. Cass. Com., 3 octobre 2018, n°17-21.395.
12. Article L. 133-18 du Code monétaire et financier.
13. Loi n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles,

OUVRAGES RÉCENTS

LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

LE RGPD ET LA NOUVELLE LOI FRANÇAISE

AUTEUR : GUILLAUME DESGENS-PASANAU

ÉDITEUR : LEXISNEXIS

Présentation de l'éditeur

C'est une petite révolution qui se joue. Le RGPD (règlement général européen sur la protection des données) remplace, à compter du 25 mai 2018, la célèbre loi "informatique et libertés" adoptée il y a plus de 40 ans en France. Si les grands principes de protection des données restent globalement inchangés, les modalités de gestion de la conformité sont totalement bouleversées, et les risques en cas de non-conformité (sanctions pénales, sanctions financières de la CNIL et risque d'image) sont significativement renforcés.

Au-delà, le RGPD ambitionne d'améliorer la protection des personnes fichées, dans le contexte du développement exponentiel des technologies (de la prédominance des algorithmes en passant par les objets connectés et les nouveaux usages que tout un chacun fait de l'internet) et l'exploitation de nos données personnelles par des opérateurs établis dans le "nuage informatique" (des tigres asiatiques en passant par les "GAFAM" américains ou les prestataires de services de l'océan indien).

Chaque professionnel se doit donc désormais d'être au clair sur la nouvelle réglementation : les obligations qui lui incombent, les droits que les personnes fichées tiennent du texte européen et les actions de mise en conformité à engager sans tarder.

La troisième édition - enrichie et actualisée - du présent ouvrage vise à confier au lecteur les principales "clés" de décryptage du RGPD et de la nouvelle loi française. Il s'adresse tant au professionnel désireux de vérifier son niveau de conformité qu'au citoyen soucieux de la protection de sa vie privée et de ses données personnelles.

Guillaume Desgens-Pasanau est magistrat et professeur associé au Conservatoire national des arts et métiers (CNAM), où il a créé un certificat de spécialisation pour les délégués à la protection des données. Il a travaillé 8 ans à la CNIL où il a exercé les fonctions de responsable du contentieux et de chef du service des affaires juridiques. Auteur de plusieurs ouvrages et MOOC de référence, il est unanimement reconnu comme l'un des meilleurs experts français du droit à la protection des données. Avec un préface de Sophie Nerbonne.