LA REVUE DU
GRASCO

www.grasco.eu
www.larevuedugrasco.eu

N°38 — Octobre 2022

Parution trimestrielle
Gratuite

EDITORIAL

CHANTAL CUTAJAR

DIRECTRICE DU GRASCO

Le projet de réforme de la police judiciaire de la Police nationale, une réforme inique !

Le projet de réforme de la police judiciaire n'est pas « une simple réorganisation » comme cela a été présenté. Il faut le dire clairement, si elle est menée à terme, la réforme aboutira purement et simplement à priver l'État des moyens de lutter efficacement contre la criminalité organisée et les procédés du crime utilisés pour prospérer, particulièrement les atteintes à la probité, le blanchiment, les fraudes fiscales complexes ne pourront plus être combattu efficacement. Au-delà, c'est une nouvelle attaque frontale contre l'indépendance de la justice.

Pourquoi ?

La réforme vise à départementaliser la police judiciaire et à lui ôter toute spécificité en la fusionnant avec les autres services de police (sécurité et ordre public, renseignement territorial, frontière et immigration irrégulière) sous l'autorité d'un directeur départemental de la police nationale (DPPN) qui sera le seul interlocuteur du préfet pour toutes les questions concernant la sécurité intérieure.

Ce faisant, la réforme aura pour effet d'affaiblir la relation entre la police judiciaire et la justice. Elle privera les procureurs et les juges d'instruction de leur bras armé d'intelligence de l'enquête sur lequel ils exercent le contrôle et la surveillance ce qui lui garantit sa propre indépendance indispensable à l'exercice de ses missions.

La réforme sonnera le glas du pouvoir conféré aux procureurs de définir les priorités de la politique criminelle pour ce qui concerne les enquêtes judiciaires. Les procureurs seront en effet soumis aux décisions du DDPN qui seul en lien avec le préfet décidera de l'affectation des moyens de police judiciaire. Ils auront ainsi toute latitude pour refuser aux procureurs et aux juges d'instruction les moyens d'enquêter sur des affaires sensibles et

SOMMAIRE

ÉDITO 1

INTERVIEW

CHARLES DUCHAINE, DIRECTEUR DE L'AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION (AFA) 4

CONSTATS ET PRÉCONISATIONS

L'INFILTRATION DES MOUVEMENTS À CARACTÈRE SECTAIRE DANS LES POUVOIRS PUBLICS : UN DANGER POUR LA DÉMOCRATIE FRANÇAISE
PAR HANÈNE ROMDHANE 15

DOCTRINE

LA CONFISCATION PÉNALE EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE : VERS UNE SANCTION POLITIQUE ?
PAR JÉRÉMY BOURGAIS 24

L'AVÈNEMENT D'UN DISPOSITIF AUTONOME DE RESTITUTION DES « BIENS MAL ACQUIS »
GENÈSE ET CRITIQUE DE L'ARTICLE 2 XI ISSU DE LA LOI N°2021-1031 DU 4 AOÛT 2021
PAR CORENTIN LATIMIER 30

ESCLAVAGE, SERVITUDE, TRAVAIL FORCÉ ET TRAITE : INTERPRÉTATION ET POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE EUROPÉEN
PAR BÉNÉDICTE LAVAUD-LEGENDRE 41

QUESTIONS ÉMERGENTES

LE NUMÉRIQUE À L'HEURE DU METAVERSE : UNE NOUVELLE ARME STRATÉGIQUE
PAR SANDRINE RICHARD ET PHILIPPE COEN 47

DU CÔTÉ DE L'EUROPE

LES ÉVALUATIONS MUTUELLES DES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CRIMINALITÉ ORGANISÉE
PAR MATHIEU BERTOLA 50

DU CÔTÉ DES PRATICIENS

LA SAISIE ET LA CONSERVATION DE LA PREUVE NUMÉRIQUE
PAR JEAN-LOUIS COURTEAUD ET DANIEL MOULY 56

LUTTE CONTRE LA FRAUDE, THÉMATIQUE OUBLIÉE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE ? FOCUS SUR LA FRAUDE À L'ASSURANCE
PAR MAXENCE BIZIEN 63

orienter ces moyens vers d'autres priorités.

Cette réforme, qui ne garantit plus l'étanchéité entre l'autorité judiciaire et le pouvoir exécutif, met à mal le secret de l'enquête et de l'instruction, principe fondateur de notre procédure et qui vise à garantir l'efficacité et l'équité de la procédure judiciaire. Or, par l'intermédiaire des directeurs départementaux de la police nationale, les Préfets pourront suivre le travail d'investigation de la police judiciaire même lorsqu'il s'agit de dossiers particulièrement sensibles impliquant des personnalités. Dans une tribune au « Monde » en date du 31 août 2022, des policiers, magistrats et citoyens préviennent : « Ce commandement unifié va devenir une arme redoutable contre l'efficacité de certaines enquêtes en prévenant, par exemple, des personnes susceptibles d'être inquiétées ou en refusant d'autoriser des enquêteurs à assister le juge d'instruction pour une perquisition, pratiques que l'on a déjà connues ».

Or, pour lutter contre des organisations criminelles transnationales dont la puissance financière dépasse celle de certains États et pour lutter contre les atteintes à la probité (corruption, favoritisme, concussion, trafic d'influence, prise illégale d'intérêt) et la fraude fiscale organisée qui ébranlent les fondements même de la démocratie, la République a besoin d'une police judiciaire dotée de moyens financiers sanctuarisés et à l'échelle du combat qu'elle doit mener sous l'autorité du procureur de la République et du juge d'instruction garants de son indépendance.

Après les attaques directes contre le parquet national financier (PNF) et le démantèlement préconisé de l'Agence française anticorruption (AFA) dont le GAFI et l'OCDE ont dans leurs derniers rapports salué l'arrivée de ces nouveaux acteurs[1], la réforme annoncée de la police judiciaire portera, si elle est menée à terme, un coup fatal à la justice en charge des affaires de criminalité organisée, de délinquance financière grave et d'atteinte à la probité.

« Résistance et obéissance, voilà les deux vertus du citoyen. Par l'obéissance, il assure l'ordre ; par la résistance, il assure la liberté » écrivait Stéphane Hessel dans « Indignez-vous ! ». Or, sans justice il n'y a ni liberté ni ordre et il n'y a pas de justice sans séparation des pouvoirs. Résister à cette réforme s'impose donc au citoyen comme un impératif catégorique.

Cette résistance doit ouvrir la voie à une véritable refondation de la Justice en tant que pilier du pacte républicain.

Notes :

1. GAFI rapport d'évaluation mutuelle de la France Mai 2022 :

   https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Rapport-Evaluation-Mutuelle-France-2022.pdf n°6,

   N° 70 ; OCDE, Rapport de phase 4 :

   https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/France-Rapport-Phase-4-FR.pdf

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— http://www.larevuedugrasco.eu

Adresse mail : information@grasco.eu

Directrice de la revue du GRASCO : Chantal CUTAJAR

Rédactrice en chef : Jocelyne KAN

Rédacteur adjoint—Conception : Sébastien DUPENT

COMITÉ SCIENTIFIQUE DE LA REVUE 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.

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 dont il est le référent éthique et intégrité scientifique et le président du Comité d'éthique de la recherche. Membre du Haut Conseil de la Magistrature de la Principauté de Monaco et de la Commission de révision des Codes, il est juge ad hoc à la Cour européenne des droits de l'homme. Il dirige à Nice le master 2 Droit privé fondamental et le master 2 Droit pénal fondamental.

STORCK Michel

Professeur émérite à l'Université de Strasbourg.

INTERVIEW

CHARLES DUCHAINE,
DIRECTEUR DE L'AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION (AFA)

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

L.R.D.G. : Créée par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 », l'AFA est à sa 6ème année d'activité. Quel bilan faites-vous et quel regard portez-vous sur la politique française anticorruption ?

Cette réforme était nécessaire et constitue à l'évidence un succès. Mais comme nous le savons, les avancées dans ce domaine n'interviennent malheureusement qu'à la faveur de critiques ou de scandales et il convient de rester sur ses gardes, car les initiatives de réforme en la matière, évidemment toujours présentées comme inspirées par des volontés de simplification ou d'efficacité, le sont trop souvent par la seule volonté d'ankyloser un dispositif déjà peu performant ; ce constat qui, pour ne pas être politiquement correct, n'en demeure pas moins parfaitement exact, illustre assez bien le manque d'intérêt, l'insuffisante volonté politique, voire la réticence de certains à doter notre pays d'un dispositif performant.

La loi du 9 décembre 2016 n'échappe pas à la règle. Rappelons-le, ce sont les lourdes sanctions financières infligées par la justice américaine et les critiques sévères portées contre la France par les organisations internationales et notamment par l'OCDE en 2012, qui ont conduit à l'adoption de cette réforme. À cet égard, et si l'on en croit les récentes évaluations de l'OCDE et parlementaire, je crois pouvoir dire que l'AFA a, par la mise en oeuvre des dispositions de cette loi qui la concernent, répondu en grande partie aux intentions et objectifs du législateur.

Mon appréciation est sans doute immodérément positive puisque j'ai eu l'honneur d'être désigné en qualité de préfigurateur de l'AFA, puis de directeur et donc impliqué directement et personnellement dans la mise en oeuvre de ses missions, qui représentent une part importante des apports de ce texte. Je regrette toutefois que les moyens annoncés n'aient jamais été donnés et surtout que la lutte contre la corruption, compte tenu de ses enjeux financiers et démocratiques, n'ait pas été érigée en une véritable politique publique.

Faire le bilan, c'est regarder le chemin parcouru mais c'est aussi se projeter, tirer les conséquences du passé et envisager le futur.

Le premier constat que nous devons faire c'est qu'il n'y a pas « d'hypocondriaques de la corruption » ; au tout début de nos activités, en 2017, personne, dans le discours en tout cas, n'imaginait pouvoir être impliqué à un titre ou à un autre dans une affaire de corruption, personne ne se sentait concerné par la corruption. Si je veux bien admettre que les acteurs connaissaient et distinguaient probablement assez mal les six infractions d'atteinte au devoir de probité que sont la corruption, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêt, l'octroi d'avantages injustifiés (dit « favoritisme »), le détournement de fonds publics et la concussion et avaient sans doute du mal à se les représenter à travers des exemples concrets, les acteurs publics ne pouvaient ignorer qu'ils commettaient une faute en faisant prévaloir leur intérêt personnel sur celui général qu'ils sont censés défendre et servir, ou en détournant à leur bénéfice des moyens qui leurs sont confiés pour la seule satisfaction de l'intérêt général ; de même, les entreprises ne pouvaient ignorer qu'elles commettaient un délit en payant un élu ou un fonctionnaire pour obtenir une autorisation ou une décision favorable. Cette attitude de déni n'a pas facilité la conduite par notre Agence du travail prophylactique dont elle est chargée.

Sans doute avons-nous été confrontés à cette attitude car la corruption en France n'est pas endémique et généralisée comme elle peut l'être dans d'autres parties du monde et qu'il est donc plus facile d'en contester l'importance ou même l'existence. Elle n'en demeure pas moins présente notamment dans la relation entre entreprises et pouvoirs publics (corruption, trafic d'influence, favoritisme) et dans le comportement de certains élus, fonctionnaires ou agents publics (détournement de fonds publics, prise illégale d'intérêts, concussion). Les exemples ne manquent pas.

Avec plus ou moins de mauvaise foi, chacun arrive donc à se convaincre qu'il est à l'abri de tels agissements parce que ses activités sont encadrées par la loi ou le règlement. Pourtant, les exemples ne manquent pas d'élus qui croient pouvoir « se servir au lieu de servir », pour reprendre une formule qui était chère à Jean-Claude GAUDIN, ex-maire de Marseille : emploi fictifs, usage abusif de véhicules de service, de cartes essence ou autoroute, travaux effectués gratuitement à leur domicile par une entreprise attributaire d'un marché public, détournement de l'indemnité représentative de frais de mandat, distribution de cadeaux à la veille des élections, absence volontaire de recouvrement des indemnités d'occupation du domaine public, versements de fonds à l'étranger en rétribution de l'octroi par faveur d'un marché, d'une subvention non causée ou détournée, voix accordées lors d'une élection en contrepartie de l'attribution d'un emploi public ou d'un logement social…

Tout cela est devenu pour certains tellement banal qu'ils n'en mesurent même plus la gravité et ces faits sont rarement dénoncés parce que ceux qui mangent le gâteau font tomber suffisamment de miettes pour dissuader les délateurs.

Les poursuites sont trop peu nombreuses et les rares sanctions prononcées souvent bien trop modestes pour jouer le rôle dissuasif qui leur est normalement assigné.

Alors cette loi c'est un vrai progrès, c'est d'abord la reconnaissance de l'existence en France, comme ailleurs, d'un phénomène et en tout cas d'un risque de corruption, c'est aussi la manifestation d'une volonté, celle de protéger nos intérêts économiques et nos entreprises contre ce risque et toutes les conséquences qui peuvent en découler. Et que les choses soient claires, si cette loi est fortement imprégnée de considérations économiques, il ne s'agit pas d'assurer l'impunité à quiconque et de sacrifier la répression à la survie économique. La convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), fortement décriée par certains, n'est pas autre chose que la conciliation nécessaire de deux impératifs, celui de punir et celui d'assurer la survie de l'entité économique, elle constitue une évolution majeure du droit pénal économique. La CJIP en elle-même ne paraît d'ailleurs pas poser problème puisqu'elle n'intéresse que la personne morale et permet d'appliquer des sanctions négociées de même nature mais d'importance beaucoup plus grande que celles encourues suivant les voies procédurales traditionnelles ; qu'elle permet surtout d'astreindre l'entreprise à la mise en oeuvre d'un programme de conformité, ce qui présente un intérêt majeur contre la récidive. La difficulté réside dans le fait que les dirigeants peuvent eux, à la faveur de cette transaction, tenter de négocier leur impunité.

Mais au-delà des causes profondes de cette loi, il eut sans doute été nécessaire que les

pouvoirs publics profitassent de l'occasion pour rappeler avec fermeté, conviction, engagement et détermination le caractère intolérable de la corruption et les vertus de l'anticorruption. La corruption n'est ni simplement internationale ni simplement l'affaire des entreprises, elle est aussi domestique et concerne aussi les agents publics, elle est l'affaire de tous, elle est globale et doit être analysée et combattue de manière globale. Il n'y a pas la bonne corruption et la mauvaise, celle domestique qui dissipe les ressources publiques et érode le pacte social et celle des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales qui permettrait de faciliter la conduite des affaires en « mettant de l'huile dans les rouages » de l'économie. En effet, il n'y aurait pas de corruption active d'agents publics étrangers par les groupes industriels et commerciaux menant une activité à l'international s'il n'y avait des agents publics corrompus pour recevoir des avantages indus, pour les réclamer, parfois même pour les exiger. Or les textes et la pratique internationale s'intéressent beaucoup à la corruption active mais très insuffisamment à la corruption passive, c'est tout à fait regrettable. C'est cette approche parcellaire qui nous fait courir le risque d'un dévoiement dans l'usage des outils de la lutte contre la corruption, au service d'une guerre économique.

Ceci pour dire qu'il faut se libérer de ces tentations de classification, qui conduisent à distinguer les choses pour pouvoir légitimer les traitements différenciés, le « deux poids deux mesures ».

À cet égard et même si cette loi de 2016 constitue une avancée remarquable, elle a probablement failli en ne plaçant pas sur un pied d'égalité les acteurs publics et les acteurs économiques, en n'imposant pas les mêmes obligations aux uns et aux autres. Il ne serait ni juste ni pertinent de faire supporter l'effort de prévention aux seules entreprises.

La loi a aussi failli en chargeant l'AFA « d'aider les autorités compétentes… à détecter les faits de corruption… » (et pas seulement des risques), sans lui en donner les moyens. Les contrôles que peut mener l'AFA, aussi bien dans les entreprises que dans le secteur public, pourraient constituer une formidable opportunité de détection si les outils nécessaires à cette détection lui avaient été donnés, notamment un droit de communication auprès des autres administrations, droit dont l'AFA demeure étonnamment privée six ans après le vote de la loi.

C'est à travers l'élaboration et la conduite d'un plan national pluriannuel de lutte contre la corruption ambitieux que devra se manifester la politique gouvernementale en la matière, et que devra être donné le « tone from the top » pour reprendre une expression du monde de la compliance. L'AFA, malgré ses efforts, ne pourra porter seule un tel projet, et ce n'est d'ailleurs pas son rôle.

En dépit de ces difficultés qui restent encore réelles, nous avons néanmoins constaté en six ans un élan formidable, nous avons assisté à des évolutions incroyables, à un changement profond des mentalités, d'abord sans doute dans le monde de l'entreprise où l'exigence d'éthique devenait croissante, mais également dans le secteur public, avec un rapprochement des valeurs et finalement, de plus en plus, un discours commun. J'insiste sur ce point car il doit définitivement nous convaincre qu'il serait absurde de confier à des institutions différentes la prévention de la corruption dans le secteur public d'une part et dans le secteur économique d'autre part.

L.R.D.G. : La France stagne entre la 20ème et 25ème place depuis 2010 au classement de Transparency international. Quel est l'état de la corruption en France ? Quels secteurs sont plus exposés à la corruption ?

La france stagne, certes, d'autres régressent. Je respecte ce classement faute de meilleur indicateur, mais il faut en relativiser la portée. Pour faire progresser la France dans ce classement, il faudrait faire reculer un ou plusieurs autres pays qui, peut-être, ont donné de meilleurs gages de leur détermination et qu'ils convient de ne pas décourager. Par ailleurs, la France est un Pays où la liberté de la presse est une réalité ; la perception par l'opinion publique de la corruption est donc probablement plus forte, en tout cas plus aisée qu'elle ne peut l'être dans certains pays où le phénomène est pourtant beaucoup plus prégnant mais où le niveau d'information de la population est à peu près égal à zéro et surtout où il n'est pas sans risque de faire valoir ses opinions.

Ensuite, en dépit des efforts et des progrès collectivement réalisés, dont témoignent d'ailleurs les

dernières évaluations de l'OCDE (et du GAFI sur des sujets connexes), il est difficile de gagner des places dans ce classement compte tenu des répercussions désastreuses que peuvent avoir dans l'opinion publique nationale comme internationale certaines « affaires » impliquant le politique. Le dernier rapport du GRECO en donne une excellente illustration. En résumé, il faut des années d'efforts collectifs pour construire une réputation et il suffit d'une affaire pour la ruiner.

Enfin, votre question soulève celle, délicate, de la mesure du phénomène corruptif. Il existe en effet un écart entre, d'une part, sa perception dans la société comme le révèlent plusieurs sondages et enquêtes et, d'autre part, l'analyse de son traitement judiciaire.

Il est en réalité bien difficile de dire quelle est la situation exacte de notre pays car nous manquons d'indicateurs objectifs. Le seul dont nous disposons est celui représenté par le nombre des condamnations judiciaires définitives mais qui ne saurait à lui seul rendre compte de la réalité du phénomène. En effet, environ 300 condamnations sont prononcées chaque année avec bien souvent, un décalage de plusieurs années entre la date de commission des faits et celle de leur sanction. Mais de très nombreux faits échappent à la connaissance des services enquêteurs ou à celle des juridictions pénales et ne donnent donc lieu à aucune condamnation. C'est le cas bien sûr des affaires classées sans suite pour lesquelles on peut supposer que les poursuites n'auraient pas abouti, mais surtout de celles beaucoup plus nombreuses qui jamais ne sont découvertes, resteront inconnues et donc impunies.

Rapportées aux condamnations prononcées en toutes matières par les juridictions pénales chaque année, les atteintes à la probité représentent moins de 1 %, soit une part minime. Or, selon l'Eurobaromètre 2019, 69 % des français interrogés estiment que la corruption est présente dans les institutions publiques. Le classement des pays réalisé par certaines ONG s'effectue à partir du degré de corruption perçue dans les administrations publiques et la classe politique, ce qui témoigne des limites de l'exercice.

Aussi est-il apparu essentiel à l'AFA d'engager des travaux pour :

- mieux appréhender ce phénomène, connaître ses caractéristiques ;
- et ainsi répondre à sa mission, telle que définie à l'article 1er de la loi Sapin II : aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées, à prévenir et à détecter les faits de corruption.

C'est pourquoi nous avons lancé, au titre des engagements gouvernementaux du plan national pluriannuel de lutte contre la corruption pour les années 2020 à 2022, publié le 9 janvier 2020, un chantier de **cartographie nationale du risque de corruption.** L'axe 1 du plan national, intitulé « mieux connaître et détecter la corruption en optimisant l'exploitation des données », prévoit en effet « de renforcer la collecte et l'ouverture des données relatives au phénomène de corruption et de renforcer l'exploitation de ces données en mettant à profit le *data mining* ».

L'une des déclinaisons de cet objectif est la réalisation d'une cartographie nationale des risques de corruption, à partir d'une approche pragmatique mobilisant divers ensembles de données, dont celles contenues dans les décisions de justice rendues en matière d'atteinte à la probité.

L'approche du phénomène corruptif par l'analyse des décisions de justice (condamnations et relaxes) est à ce stade la principale et plus prometteuse source du travail cartographique engagé par l'AFA.

Le recueil et l'exploitation de ces décisions a porté, dans un premier temps, sur celles rendues depuis 2014 par trois tribunaux dont les parquets sont partenaires de l'AFA (Paris, PNF, Nanterre, Bastia), avant une généralisation, lancée début 2022, à l'ensemble des tribunaux judiciaires.

L'AFA a ainsi collecté et analysé, au titre de cette première phase, plus d'une centaine de décisions.

Cette démarche novatrice et empirique n'a pas vocation à donner une image exhaustive de la corruption en France, mais pour objet d'objectiver ce phénomène au moyen des affaires jugées par les juridictions pénales et de contribuer, ce faisant, à une meilleure compréhension du phénomène.

L'analyse effectuée sur cette centaine de décisions porte sur un échantillon géographique restreint. Les conclusions présentées doivent donc être comprises comme des tendances, qui devront être confirmées par les prochaines analyses réalisées sur les flux annuels de l'ensemble du

territoire national.

De l'analyse détaillée de cette centaine de décisions, il ressort un certain nombre d'enseignements tenant à différents champs d'information concernant, par exemple, la qualification juridique des faits, le profilage des prévenus, la procédure et le traitement judiciaire.

S'agissant des secteurs les plus exposés à la corruption, on peut par exemple faire les constats suivants :

Concernant le secteur public :

- Au sein de l'échantillon analysé **un peu plus de la moitié des décisions de justice (55,8 %) concernent le secteur public.** Les administrations centrales et déconcentrées de l'État comptent pour un peu plus du tiers des décisions ; elles apparaissent donc exposées au risque corruptif, avec une prédominance des services assurant des fonctions régaliennes (police, justice, finances publiques).
- Les établissements publics représentent environ 30 % des décisions analysées. Ils sont concernés principalement par des faits de soustraction, de détournement de biens publics et de favoritisme.
- Au sein de l'administration territoriale, le nombre de faits d'atteintes à la probité commis par des agents publics ou des élus dans les communes, les instances départementales et régionales compte au total pour un peu moins de 30 % des décisions.

Concernant le secteur privé :

- On relève, dans l'échantillon analysé, que **les secteurs de la construction et de l'immobilier font partie de ceux les plus exposés à la corruption**, regroupant environ un cinquième des décisions**.** Ces affaires concernent des zones géographiques où l'immobilier et l'accès au logement sont en tension (Ile-de-France, Corse). Par ailleurs, le secteur des activités spécialisées[1] représente 9,2 % des décisions analysées et celui des activités financières et de l'assurance 7,3 %. Plusieurs affaires visent des conseils ayant monnayé leur influence supposée ou des informations afin, notamment, de contourner les règles de la commande publique.
- Viennent ensuite, en moindre proportion, d'autres secteurs souvent associés à des intérêts publics (par exemple les services administratifs et de soutien, les transports et la logistique). Enfin, pour les autres secteurs d'activité, si le phénomène corruptif est plus résiduel, on observe qu'il touche tous les pans de la vie économique.

L.R.D.G. : Comment mieux connaître la corruption et la détecter ?

Comme je viens de l'indiquer, nous nous attachons depuis plusieurs mois à mieux connaître, à mieux appréhender le phénomène et ce, pour plusieurs raisons : des raisons académiques dans le souci de connaître dans toutes ses dimensions le sujet qui est le nôtre, des raisons « prophylactiques » pour nous permettre d'identifier l'ensemble des mesures à prendre pour le prévenir et enfin, pour des raisons de détection.

La détection est en réalité la seule véritable difficulté à laquelle nous sommes confrontés. Sans détection efficace nous ne pouvons prétendre parvenir à une connaissance du phénomène, et nous agissons à l'aveugle ce qui prive les mesures préventives d'une partie de leur efficacité et interdit les actions répressives pourtant nécessaires.

La corruption a généralement un aspect systémique, elle s'inscrit bien souvent dans une relation durable et à plusieurs niveaux. La corruption est rarement un accident isolé, le fait d'un jour.

Les mesures et procédures de conformité prévues par la loi et portées par le référentiel anticorruption développé par l'AFA à travers ses guides et recommandations, constituent un instrument efficace de prévention collective même si elles n'interdisent pas totalement le passage à l'acte. Un préposé, ou pire un dirigeant, peut décider de s'affranchir d'une politique de prévention mise en place par l'entreprise ou par l'administration publique ; dans ce cas, les contrôles de différents niveaux accompagnant chacune de ces mesures doivent permettre de détecter l'action corruptrice, ce qui n'est pas toujours aisé lorsque l'action est celle du dirigeant qui, par son positionnement, peut « inhiber » l'entier dispositif de prévention.

Il est donc important de tout mettre en oeuvre pour favoriser l'émergence du renseignement et pour donner à l'AFA la capacité à travers ses contrôles, de détecter des faits de corruption.

Je rappelle que sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale, nous donnons régulièrement aux parquets, et au PNF en particulier, avis des infractions à la connaissance desquelles

nous accédons dans l'exercice de nos missions et en particulier de nos missions de contrôle. Si à l'ouverture d'un contrôle d'initiative, notre agence pouvait requérir les différentes administrations de l'État de lui communiquer les renseignements qu'elles détiennent sur les personnes physiques et morales concernées, les opérations pourraient être mieux ciblées et nos capacités de détection s'en trouveraient renforcées.

Mieux encore, si les administrations de l'État nous communiquaient spontanément les informations qu'elles détiennent sur des faits ou indices de corruption que leurs propres prérogatives ne leur permettent pas d'exploiter, nous pourrions, le cas échéant, engager des contrôles qui nous permettraient d'en vérifier la réalité.

Pourquoi ne le fait-on pas ? Pourquoi se prive-t-on de cette capacité d'exploiter le renseignement opérationnel ? Pourquoi la loi n'organise-t-elle pas cet échange d'information en matière de lutte contre la corruption alors qu'elle le fait en matière de lutte contre la fraude ?

L.R.D.G. : Le 21 septembre 2020, l'AFA a publié les résultats de l'enquête menée auprès de milliers d'entreprises françaises assujetties ou non aux dispositions de l'article 17 de la loi « Sapin 2 », sur leur niveau de maturité quant au dispositif anticorruption. Des disparités ont été soulignées entre les entreprises assujetties et non assujetties ainsi que des lacunes dans les dispositifs mis en place au sein des entreprises assujetties. Quel est l'état actuel des dispositifs anticorruption dans les entreprises et comment améliorer la prévention de la corruption au sein de celles-ci, en d'autres termes, comment doit s'adapter les programmes de conformité en fonction des risques et quelle doit être la gestion des tiers dans la lutte contre la corruption ?

Enquête entreprises 2020 :

Le diagnostic national sur les dispositifs anticorruption dans les entreprises de 2020 avait pour objectif de faire un premier état des lieux de la maturité des dispositifs anticorruption des entreprises, 4 ans après la promulgation de la loi Sapin II.

Ce diagnostic a révélé que 70 % des entreprises interrogées avaient mis en place des mesures de prévention et de détection des faits de corruption. Néanmoins, une certaine disparité apparaissait dans les mesures mises en place : la grande majorité des entreprises était dotée d'un code de conduite ou d'une charte déontologique, mais seule la moitié disposait d'une cartographie des risques.

De même, des différences notables apparaissaient entre les entreprises assujetties et les entreprises non assujetties : 50 % des entreprises non assujetties avaient mis en place des mesures anticorruption, contre 95 % pour les entreprises assujetties.

Forte de ces constats, l'AFA a accentué ses actions sur les points saillants que l'enquête avait pu relever. À titre d'exemple, l'AFA a mené diverses interventions en direction des PME et des petites ETI, en collaboration avec leurs fédérations professionnelles et a également publié un guide pratique qui leur est consacré.

Enquête entreprises 2022 :

Afin de mesurer les évolutions dans l'appropriation des dispositifs anticorruption depuis 2020, une nouvelle enquête a été menée cette année, qui révèle une nette progression des entreprises de toutes tailles et de tous secteurs, tant dans leur connaissance des infractions de corruption et de trafic d'influence, que dans la mise en oeuvre de mesures anticorruption. En effet, 92 % des entreprises interrogées indiquent avoir mis en oeuvre une ou plusieurs mesures anticorruption.

Une différence est toujours constatée entre les entreprises assujetties (98 %) et les entreprises non-assujetties (82 %) dans la mise en oeuvre de ces mesures, mais l'écart entre ces deux populations se resserre par rapport à 2020.

Cette enquête a permis de faire un deuxième point d'étape sur les difficultés que peuvent rencontrer les entreprises dans la mise en oeuvre des différentes mesures anticorruption. Cela permet à l'AFA d'avoir une meilleure compréhension des difficultés qu'elles rencontrent dans la mise en oeuvre de leur dispositif anticorruption, afin de pouvoir les aider au mieux, conformément à la mission que lui fixe la loi. Il ressort de l'enquête que ces difficultés continuent de se concentrer principalement sur la cartographie des risques, l'évaluation de l'intégrité des tiers et les contrôles comptables anticorruption.

L'adaptation des dispositifs de conformité aux risques de corruption :

Afin de s'approprier les mesures énoncées à l'article 17 de la loi Sapin II, les recommandations de l'AFA définissent des modalités de mise en oeuvre des dispositifs

de conformité anticorruption que peuvent déployer les entreprises de manière proportionnée à leur profil de risque (§6). Ce profil de risque dépend notamment de leurs activités, de leur structure de gouvernance, de leur organisation, leur taille, leur secteur d'activité, leurs implantations géographiques ainsi que des différentes catégories de tiers avec lesquels elles sont en relation (§14).

Chaque entreprise est confrontée à des risques qui lui sont propres et dont la magnitude peut varier. Une vision claire, hiérarchisée et documentée de ces risques est nécessaire pour mettre en place les mesures de maîtrise des risques adaptées à la situation. À ce titre, la cartographie des risques de corruption et de trafic d'influence représente la pierre angulaire de l'ensemble du dispositif, dans la mesure où elle permet de définir de façon adéquate le périmètre exact et les paramètres clefs des autres mesures, comme l'évaluation de l'intégrité des tiers par exemple. Comment sélectionner les tiers à évaluer et définir la profondeur des diligences à réaliser pour cette évaluation conformément à une approche par les risques que recommande d'adopter l'Agence, si les catégories de tiers à risque n'ont pas été préalablement identifiées, lors de l'écriture des scénarios de risque que l'exercice de cartographie permet d'effectuer ?

Gestion des tiers :

La gestion des tiers est primordiale pour l'entreprise, parce qu'elle lui permet de se prémunir des risques de corruption qu'une relation entretenue avec un tiers (client, fournisseur, intermédiaire…) pourrait lui faire courir. Ces risques pouvant entraîner des conséquences lourdes tant sur le plan pénal, que financier ou de réputation.

La gestion des tiers à risque passe principalement par trois étapes clefs :

- en premier lieu, une évaluation de l'intégrité de ces derniers ;
- à l'issue de l'évaluation, la décision de l'entreprise d'entrer ou non en relation avec le tiers, de poursuivre une relation existante, voire d'y mettre fin dans certains cas ;
- enfin, le suivi dans le temps de cette relation en fonction du niveau de risque du tiers, tel qu'il ressort de l'évaluation initiale, afin de détecter d'éventuels signes précurseurs et de prévenir la matérialisation du risque de corruption.

Si l'obligation d'évaluer l'intégrité des tiers pesant sur les sociétés et les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) assujettis à l'article 17 de la loi Sapin II ne s'étend qu'à leurs clients, leurs fournisseurs de premier rang et leurs intermédiaires, l'AFA recommande que cette évaluation s'étende à toute autre catégorie de tiers à risque avec lesquels l'entité est en relation, tels qu'ils ont pu être identifiés lors de l'exercice de cartographie.

Une relation avec un tiers présentant des facteurs de risque pour l'entreprise doit conduire celle-ci à mettre en place des mesures de vigilance appropriées, voire à ne pas entrer en relation avec ce tiers, ou à mettre fin à la relation lorsque cela s'avère nécessaire. À titre d'exemple, l'entreprise peut prévoir l'introduction d'une clause anticorruption ou d'une clause d'audit dans le contrat qui la lie à ce tiers. Elle peut aussi s'assurer que son partenaire est également engagé dans une démarche de conformité anticorruption. Elle peut enfin se montrer vigilante à toute demande de modification significative des termes de la relation (changement des modalités de paiement, de la nature des prestations, des sous-traitants ou intermédiaires intervenant au profit du tiers, etc.)

L.R.D.G. : Le dispositif anticorruption de la loi « Sapin 2 » protège-t-il suffisamment les entreprises sur les marchés internationaux ?

Le dispositif anticorruption prévu par l'article 17 de la loi protège d'abord les entreprises contre elles-mêmes, contre leurs propres tentations coupables, mais à la condition qu'elles adhèrent à cette démarche, qu'elles soient volontaires et qu'elles appliquent les mesures avec sincérité. C'est pourquoi, à travers nos actions, nous faisons tout pour obtenir l'adhésion de l'instance dirigeante.

La conformité peut en effet n'être que cosmétique et dans ce cas, n'interdit pas à ceux qui voudraient s'affranchir du respect des mesures et procédures « affichées » en application de ce texte de le faire. Si l'entreprise met ces procédures en place et les respecte, elle est relativement bien protégée. C'est pourquoi nos contrôles nous conduisent à faire des vérifications par sondage, pour nous assurer que les procédures adoptées soient effectivement mises en oeuvre et que les justes conséquences soient tirées de leur résultat.

Par ailleurs, le dispositif de l'article 17, qui constitue une protection collective efficace pour

l'entreprise, n'interdit pas les actions individuelles fautives, mais les rend simplement plus compliquées et en facilite la détection.

Pour ce qui est de la protection que ce dispositif confère aux entreprises sur les marchés internationaux, même s'il n'existe pas de garantie absolue en la matière, je crois qu'elle est à la hauteur de la crédibilité que les juridictions étrangères accordent à notre système national. Le dispositif de conformité anticorruption introduit par la loi Sapin II est aligné, dans ses principes, avec les meilleures pratiques internationales en matière de conformité anticorruption. Il est donc dans l'intérêt des entreprises françaises actives à l'international, de mettre en oeuvre un dispositif de conformité anticorruption conforme au référentiel anticorruption français.

Le référentiel anticorruption français, constitué de la loi Sapin II, des recommandations et des guides de l'AFA, prévoit des mesures convergentes avec celles prévues par les plus hauts standards internationaux de lutte contre la corruption.

Pour n'en citer que deux, le *FCPA Resource Guide* et le *UKBA* britannique insistent, à l'instar du référentiel français, sur les éléments clefs suivants d'un programme anticorruption efficace : l'engagement de l'instance dirigeante, la cartographie des risques, la définition et la mise en place de politiques anticorruption, le programme de formation et de sensibilisation, l'évaluation des tiers risqués, l'existence d'un système d'alerte interne, la nécessité de mettre en oeuvre des contrôles comptables et un dispositif de contrôle interne approprié.

D'autres mesures qui ne sont pas directement visées par la loi, comme la prévention et la gestion des conflits d'intérêts ou la définition de politiques de gestion des cadeaux et invitations, abordés dans les référentiels américain et britannique, ont été clairement mentionnés dans les recommandations de l'Agence et ont fait l'objet de développements important dans des guides spécifiques qu'elle a publiés sur son site internet.

Le contrôle du respect des obligations prévues à l'article 17 de la loi Sapin II réalisé par l'Agence (et la sanction du non-respect de ces obligations par la commission des sanctions) est un atout pour renforcer la protection des entreprises actives à l'international face aux risques de corruption.

Les contrôles menés par l'AFA et les éventuelles recommandations d'amélioration des dispositifs de conformité anticorruption contrôlés, permettent de renforcer la protection des entreprises assujetties face aux risques de corruption. Quant aux entreprises actives à l'international qui ne sont pas assujetties, l'évaluation des tiers réalisée par leurs donneurs d'ordre ou leurs financeurs les incitent fortement à engager, en leur sein, une démarche de conformité anticorruption qui ne peut que se révéler bénéfique du point de vue de la prévention du risque de corruption.

L.R.D.G. : Quel bilan tirez-vous des contrôles d'initiative de l'AFA ou réalisés dans le cadre des mesures judiciaires et quelles sont les perspectives ?

Les contrôles conduits depuis 2017, environ 200 au total si l'on retient les contrôles de toutes natures, nous ont permis de progresser dans la méthode et d'inciter les acteurs à progresser dans l'appropriation des dispositif anticorruption. Lors des premiers contrôles, la plupart des dispositifs étaient lacunaires voire inexistants, ce n'est plus du tout le cas aujourd'hui : certains manquements peuvent être relevés pour défaut d'efficacité ou de déploiement des mesures mais nous ne constatons quasiment plus de situation d'absence de ces mesures.

Ce qui caractérise l'AFA par rapport à d'autres autorités de contrôle, c'est qu'elle ne se borne pas à contrôler mais assure, à travers l'exercice de ses missions de conseil (appui, formation), de recommandation et de contrôle, la diffusion d'un référentiel anticorruption.

Cette particularité, qui va encore se renforcer avec l'évolution récente des modalités de contrôle, doit être soulignée car, même si de nombreux efforts restent à faire, de part et d'autre, cette manière de procéder a permis une diffusion très rapide de la culture anticorruption et a largement favorisé la compréhension par les acteurs, non seulement du sens de leurs obligations légales mais également de la pertinence de nos exigences à travers les questions posées et documents sollicités lors des contrôles ; ils ont aujourd'hui parfaitement compris la dimension systémique du dispositif, ce que nous attendons d'eux et par conséquent l'utilité de ces procédures, initialement trop souvent vécues comme des contraintes légales formelles et inutiles.

Au fil des années nous avons fait évoluer nos contrôles : d'abord

« globaux » c'est-à-dire portant sur toute l'étendue du groupe, sur toutes ses activités et sur l'ensemble des obligations prévues à l'article 17 de la loi, ces contrôles sont devenus « thématiques » pour ne s'intéresser qu'à certains secteurs de l'entreprise et en ne portant que sur certaines des obligations prévues par ce texte.

Cette évolution répondait en réalité à plusieurs objectifs, mener des contrôles plus rapides, donc se donner les moyens d'en conduire davantage, mais traduisait également une meilleure appréhension des objectifs de la loi, tant par les entreprises que par le contrôleur lui-même.

Les nouvelles modalités de contrôle vont permettre, à moyens constants, de multiplier le nombre des contrôles, mais également d'adapter le contrôle à la situation de l'entreprise. Tels qu'ils sont conçus, nos contrôles montrent la voie à l'entreprise et par les recommandations qu'ils contiennent l'accompagnent dans la définition ou l'amélioration de ses mesures anticorruption.

L.R.D.G. : Quels sont les résultats de l'étude sur la Prévention et détection des atteintes à la probité au sein du secteur public local dont le rapport a paru en avril 2022 ?

L'AFA a en effet conduit, trois ans après une première enquête, une nouvelle enquête statistique sur le déploiement des mesures et dispositifs anticorruption dans les entités du secteur public local.

La période de collecte, entre juin et septembre 2021, a permis de renouveler et actualiser les constats et conclusions publiés en novembre 2018.

Plus de 1300 réponses[2] ont été analysées. Fondée sur un questionnaire anonyme en ligne d'une cinquantaine de questions diffusé avec le concours des principales associations nationales d'élus locaux, cette étude a notamment mis en lumière les grands constats suivants :

1) **Une montée en charge des dispositifs ou des procédures anticorruption**, pour l'ensemble des entités du secteur public local. La progression est donc réelle depuis trois ans, même si elle diffère d'une catégorie d'entités à l'autre. S'agissant par exemple des communes, il existe un effet de seuil qui joue en défaveur des plus petites d'entre elles. On note également que les entités qui, en raison de leur nature et de leurs caractéristiques, sont assujetties au II de l'article 17 de la loi Sapin II (tels certains offices publics de l'habitat et entreprises publiques locales) se préparent sans doute mieux.

2) **Une meilleure prise de conscience du risque de corruption**. Ainsi, l'absence d'obligation légale de mettre en oeuvre les mesures composant un dispositif anticorruption est de moins en moins invoquée par les répondants. Parallèlement, le risque de corruption apparaît davantage réel et moins éloigné des préoccupations des répondants.

3) **Une difficulté persistante à mettre en oeuvre certaines mesures** spécifiques comme l'alerte interne ou l'évaluation des tiers. De création récente, ces notions peinent encore à se diffuser dans le secteur public local. On peut imaginer que le manque de jurisprudence, de normes contraignantes ou de points de comparaison avec les pairs expliquent une appropriation moins rapide de ces pratiques, que d'autres notions comme le code de conduite ou le contrôle interne.

4) **Certaines mesures réglementaires** qui ne relèvent pas de la loi Sapin II mais concourent à la prévention de la corruption, **apparaissent encore non totalement déployées** (publication des données essentielles des conventions de subvention supérieures à 23 000 €, tenue d'un registre des documents administratifs, publication des données essentielles des marchés publics).

Tout cela nous invite à **accroître l'effort de sensibilisation et de formation à l'anticorruption** et à ses mesures et procédures, afin de rendre plus accessibles et lisibles les dispositifs anticorruption cibles, les notions, la doctrine, les recommandations. L'objectif est de mettre ces mesures davantage à la portée des entités les moins dotées en ressources humaines et en expertise, ce à quoi l'AFA s'attache en recourant, notamment, aux outils pédagogiques numériques et à des guides pratiques.

L.R.D.G. : Le premier plan pluriannuel de lutte contre la corruption 2020-2022 se donne notamment pour objectif de mieux sanctionner les atteintes à la probité. Cet objectif est-il atteint ?

Tous les objectifs fixés dans le plan ne sont pas immédiatement atteignables et devront être poursuivis

au-delà de la durée du plan et sans doute reconduits dans le prochain plan. C'est à l'évidence le cas de cet objectif tendant à mieux sanctionner les atteintes à la probité qui suppose d'abord une meilleure détection comme nous l'avons déjà évoqué et l'application systématique de sanctions adaptées, qu'elles soient disciplinaires ou pénales d'ailleurs. Il est difficile de dire à ce stade si des progrès significatifs ont été réalisés en trois ans en termes de détection, de poursuite et de sanction, reste que le nombre de conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP) conclues, certes encore modeste et limité pour l'essentiel aux faits de corruption d'agents publics étrangers, traduit une progression très forte des actions engagées contre les personnes morales au cours des dernières années.

L.R.D.G. : Comment se décline les stratégies européenne et internationale de l'AFA ?

S'agissant de la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales prévue par la convention de l'OCDE, rien ne se joue plus, évidemment, au seul plan national.

Il est donc important de trouver des stratégies communes et d'essayer d'exporter nos méthodes pour que les dispositifs juridiques soient, sinon identiques, du moins compatibles. C'est d'ailleurs la poursuite de cet objectif qui a conduit la France à s'inspirer en 2016 des procédures américaines ou britanniques.

Notre stratégie consiste donc à essayer de diffuser auprès de nos partenaires, européens et internationaux, le référentiel français que nous développons à travers nos guides et recommandations, à identifier avec eux les meilleures pratiques pour prévenir la corruption mais également à diffuser le modèle français pour tenter de faire la promotion du règlement transactionnel (CJIP) et d'une approche globale de la corruption (public/privé).

Cette démarche d'uniformisation présente un intérêt sur le plan de la lutte contre la corruption, puisqu'elle permet d'adopter un langage commun qui favorise les règlements concertés de cas de corruption entre différentes juridictions étrangères, mais également sur un plan économique et d'attractivité pour éviter que les entreprises n'aillent s'implanter ailleurs, là où la règlementation serait moins exigeante.

Enfin, comme je le rappelais en début de mon propos, l'adoption de la loi de 2016 était aussi une réponse aux lourdes sanctions infligées à des groupes français par la justice américaine, avec la crainte, disons-le, que l'arsenal anticorruption ne soit dévoyé au service de pratiques anticoncurrentielles et dans un objectif de guerre économique. Rapprocher les pays européens pour faire bloque et rééquilibrer les forces face aux grands concurrents économiques que sont les États-Unis et la Chine me paraît nécessaire.

L.R.D.G. : Quelles sont les finalités des différents protocoles signés par l'AFA notamment avec le Parquet national financier (PNF) le 28 mars 2018, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) le 26 novembre 2019, l'Autorité des marchés financiers (AMF) le 16 septembre 2020, la Commission interministérielle de coordination des contrôles (CICC) le 1er février 2022 ?

Comme je l'indiquais précédemment, la loi n'a prévu aucun droit de communication au bénéfice de l'AFA, si ce n'est celui prévu à l'article L 561-31 du Code monétaire et financier qui permet à TRACFIN de communiquer à l'AFA les informations utiles à l'exercice de ses missions ; les échanges d'informations avec les autres services de l'État demeurent extrêmement limités, ce qui est tout à fait regrettable et justifierait très largement des évolutions législatives pour permettre à l'AFA de recevoir, mais surtout de réclamer les informations dont elle a besoin.

Si la signature de ces protocoles ne facilite guère la communication d'informations opérationnelles, elle permet en revanche de définir les modalités de coopération avec ces différentes institutions. Il était important pour nous de coordonner notre action avec celle de services comme le PNF et d'afficher clairement cette continuité, c'est également la raison pour laquelle nous avons élaboré des lignes directrices communes sur la mise en oeuvre des CJIP.

Il est aussi important pour nous d'avoir des échanges avec des institutions comme la CICC pour définir ensemble comment introduire des clauses anticorruption dans les mesures de soutien aux entreprises par exemple. Nous essayons de mettre nos compétences, notamment en termes d'évaluation des tiers au service des institutions de l'État qui peuvent être confrontées à cette difficulté dans la mise en oeuvre de leurs propres missions.

Plus généralement, ces conventions permettent des échanges techniques et de bonnes pratiques.

L.R.D.G. : Quelles sont les activités de l'AFA avec la société civile en matière de lutte contre la corruption ?

L'AFA n'entretient de relations qu'avec les associations habilitées que sont Transparency international France, Anticor et Sherpa. Elle les consulte, notamment sur les orientations du plan pluriannuel et demeure en permanence à leur écoute. Pour le reste l'AFA ne s'est, jusqu'à ce jour, qu'assez peu ouverte à la société civile et c'est sans doute un tort, même si le besoin de le faire n'apparaît pas aussi évident en France qu'il peut apparaître dans certains pays où la corruption est endémique, très visible et donc ressentie par les citoyens dans leur quotidien.

L.R.D.G. : Quel est selon vous, l'avenir institutionnel de l'AFA en raison de la recommandation d'une fusion entre l'AFA et la HATVP en une seule autorité administrative indépendante qui avait été émise par le groupe de travail du club des juristes présidé par Bernard Cazeneuve ?

Il n'était pas intellectuellement aberrant de se poser la question d'un rapprochement et d'une fusion entre HATVP et AFA, je me suis moi-même posé très sérieusement cette question en 2016, considérant que la segmentation pouvait nuire à l'efficacité du dispositif et, de fait, la segmentation est un moyen efficace pour obérer la capacité d'agir des institutions.

Le recul et l'expérience dont je dispose aujourd'hui me conduisent à considérer que le rapprochement entre ces deux institutions serait une profonde erreur, et la vacuité des motifs qui me sont opposés me conforte dans cette analyse. Je n'insisterai pas davantage, je dirai simplement que pour des raisons sans doute très différentes, certains se sont trouvés un intérêt commun à défendre ce projet.

J'ignore quel est l'avenir institutionnel de l'AFA, et ne suis pas en mesure de faire un quelconque pronostic car la solution pourrait bien obéir à des considérations politiques qui parfois échappent à la raison.

La proposition de loi déposée par le député GAUVAIN et qui tendait à rattacher l'AFA aux services du Premier ministre et à la cantonner dans une mission de coordination administrative me paraît non seulement très coûteuse mais également régressive, puisque d'une certaine manière on reconstituerait ainsi l'ancien Service central de prévention de la corruption.

Les missions confiées à l'AFA sont des missions non seulement régaliennes mais qui reposent sur une concertation ministérielle de tous les instants, ce qui s'oppose à ce qu'elles puissent être confiées à une autorité administrative indépendante. Pour le reste, la capacité donnée à certaines autorités de solliciter des contrôles (président de la HATVP, Premier ministre, ministre, préfets) et la présence au sein de notre Agence d'une commission des sanctions composée de 6 magistrats issus des plus hautes juridictions administrative, judiciaire et financière et sur lesquels je n'exerce aucune autorité, devraient rassurer ceux qui, avec une certaine mauvaise foi, s'interrogent sur l'indépendance de notre Agence.

Je crois qu'aujourd'hui l'AFA a trouvé sa place ; elle a réalisé un travail important salué par les observateurs étrangers ; elle a su trouver le courage et la force d'exercer ses missions de contrôle en toute indépendance et s'est plutôt bien insérée dans le paysage institutionnel. Vouloir la remettre en cause c'est vouloir affaiblir les missions qu'elle exerce ou en tout cas en prendre le risque.

Notes :

1. La catégorie activités spécialisées, techniques et scientifiques regroupe selon l'INSEE : « Activités juridiques ; Activités comptables Activités des sièges sociaux ; Conseil de gestion ; Activités d'architecture et d'ingénierie ; Activités de contrôle et analyses techniques ; Recherche-développement en sciences physiques et naturelles ; Recherche-développement en sciences humaines et sociale ; Publicité ; Études de marché et sondages ; Activités spécialisées de design ; Activités photographiques ; Traduction et interprétation ; Autres activités spécialisées, scientifiques et techniques ; Activités vétérinaires » Dans notre échantillon, cela concerne des architectes, experts comptables, CAC, administrateur judiciaire, arbitre, conseillers juridiques et financiers.
2. Soit un taux de réponse de 2,8 % de la population cible sous revue (47 029 entités publiques locales).

L'INFILTRATION DES MOUVEMENTS À CARACTÈRE SECTAIRE DANS LES POUVOIRS PUBLICS : UN DANGER POUR LA DÉMOCRATIE FRANÇAISE

HANÈNE ROMDHANE

CHEFFE DE LA MISSION INTERMINISTÉRIELLE DE VIGILANCE ET DE LUTTE CONTRE LES DÉRIVES SECTAIRES (MIVILUDES)

Le 9 décembre 2016, Geun-Hye PARK, présidente de la République de Corée depuis quatre ans, est destituée par l'Assemblée nationale. Au-delà des motifs invoqués au soutien de sa démission, à savoir abus de pouvoir et corruption, les médias ont révélé que la présidente PARK était, depuis sa jeunesse, sous l'influence totale de sa confidente Soon-sil CHOI, la fille d'un gourou chamanique. Bien qu'elle n'occupât aucun poste au sein du gouvernement, Soon-sil CHOI dictait toutes les décisions de la présidente, lisait et modifiait des documents classifiés, et détournait des millions de dollars des grands conglomérats industriels. Le scandale du « Choigate » met en lumière un fait : l'infiltration des pouvoirs publics et de la sphère politique par les mouvements présentant des dérives sectaires n'est pas une hypothèse d'école. À son degré de gravité le plus haut, cet entrisme peut déstabiliser toute une société et placer sous emprise un État moderne et républicain, en mettant à mal le fonctionnement régulier de la démocratie.

Les dérives sectaires renvoient à des pratiques tendant à maintenir l'adepte dans un état d'emprise mentale avec des conséquences dommageables pour cette personne, son entourage ou la société. Pour les caractériser, la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES) se fonde sur les critères de dangerosité dégagés par la commission d'enquête parlementaire de 1995. Afin d'éviter d'alourdir l'article, l'expression « mouvement à caractère sectaire » sera utilisée pour désigner les groupes présentant des dérives sectaires.

La mutation des mouvements à caractère sectaire les rend moins perceptibles, moins évidents, mais pas moins réels. Ces mouvements bafouent nos droits fondamentaux[1], prospèrent grâce à leur relatif anonymat. Cet article a pour but de mettre en lumière la menace concrète d'une infiltration, en exposant les méthodes insidieuses de ces groupes qui profitent du climat politique, social et psychologique de nos démocraties pour les noyauter, occasionnant des conséquences à terme désastreuses.

Il s'agira d'abord de voir en quoi les mouvements à caractère sectaire, du fait de leur nature même, ne peuvent cohabiter avec notre société démocratique. L'analyse de cette dernière, à la lumière des enjeux contemporains, permettra ensuite d'expliquer la hausse récente du nombre d'alertes sectaires. Enfin, nous pourrons étudier comment les pouvoirs publics risqueraient d'être atteints par ces dérives et comment porter le fer contre elles dans les lieux de fabrique de la loi.

I. L'impossible coexistence de la société démocratique et des dérives sectaires

A. Une représentation fantasmée de la secte

i. *Secare* : une séparation illusoire

Pour bien saisir les liens étroits qui unissent dérive sectaire et

démocratie, il convient d'abord de revenir sur la nature même de l'objet sectaire, souvent mal compris. L'imaginaire collectif s'est en effet construit une image figée de la « secte », une image qui, en réalité, ne tient pas à l'épreuve des faits. Le terme de secte, indéfinissable juridiquement, témoigne d'un paradigme considéré comme dépassé par les experts du sujet. La « secte » est le lieu de tous les fantasmes, précisément parce qu'elle nous est si étrangère. La racine même du mot, bien qu'elle fasse débat chez les étymologistes, renvoie au latin *secare*, qui signifie séparer, couper. La « secte » serait donc un monde à part, régi par ses propres règles où il devient possible de croire à l'impensable et de permettre l'intolérable. Cette rupture avec nos sociétés peut prendre deux formes, géographique et symbolique. En effet, les adeptes peuvent choisir de se retrancher hors du monde, en communauté, loin de toute socialisation traditionnelle ; nous parlons alors de communauté « extramondaine »[2]. Mais même lorsque les membres d'un groupe « intramondain » vivent physiquement au sein de la société, la barrière mentale, culturelle et symbolique entre eux et le reste des citoyens est telle que le monde « réel » n'a aucune prise sur eux.

Est-ce à dire pour autant que le mouvement à caractère sectaire et notre société sont deux univers nettement distincts, où l'un existe au sein de l'autre sans vraiment y être et n'est dangereux que pour ceux qui ont le malheur de s'y laisser prendre ? Cette représentation fantasmée et naïve pourrait nous faire manquer les périls bien réels que représentent certains groupes sectaires pour le fonctionnement de la démocratie et des institutions.

L'appellation même de « secte » n'est plus employée par les pouvoirs publics depuis les années 2000 : nous lui préférons l'expression de « dérive sectaire », plus pragmatique et moins stigmatisante. Le mouvement à caractère sectaire s'oppose à l'objet romancé et indéfinissable qu'est « la secte ». Il n'est pas une microsociété à l'écart, en vase clos, un monde parallèle qui frôlerait le nôtre sans jamais véritablement le toucher. Ils font l'objet d'une attention médiatique temporaire[3]. Les dérives sectaires ont un impact réel et direct sur nos sociétés, un impact difficile à mesurer parce qu'il se joue sur le long terme. Cela ne peut se comprendre qu'en analysant d'abord les mécanismes psychologiques et sociologiques à l'oeuvre au sein de ces mouvements : comment expliquer leur force d'influence et leur impossibilité de s'assimiler au sein de la démocratie ?

ii. *Sequitur* : une absence de profil type

L'autre étymologie du terme « secte » serait le mot *sequitur*, qui signifie « suivre ». C'est là une évidence admise de tous : pour qu'il y ait mouvement sectaire, il faut des adeptes, des personnes qui seront prêtes à suivre des idéologies et à soutenir des personnalités perçues comme charismatiques. Ces individus font vivre le groupe sectaire et lui confèrent une force au sein de la société. Mais qui sont ces adeptes ? Sont-ils des déments, des naïfs, des fanatiques, des gens différents des autres en somme ? Ces profils stéréotypés, si nous pouvons effectivement les retrouver au sein des groupes sectaires, ne rendent pas compte de la vaste majorité des adeptes. En fait, nombreux sont les membres de sectes qui ont un bon niveau d'études, sont issus d'un milieu social aisé, et ne présentent aucun déséquilibre psychologique intrinsèque[4]. La famille de Védrines, victime d'emprise mentale pendant près de dix ans, a illustré de manière éclatante ce fait connu de tous les experts des dérives sectaires : il n'existe pas de profil « type » de l'adepte. Il ne s'agit pas de dire que tout le monde peut être victime de dérives sectaires, mais plutôt que n'importe qui peut l'être dès lors qu'il se trouve dans une position de vulnérabilité et qu'il fait les mauvaises rencontres. « *Il faut le dire avec force : ce dont ont été victimes les reclus de Monflanquin, ce dont sont victimes beaucoup d'autres, ne relève pas de phénomènes surnaturels ou magiques. Il n'y a pas d'abracadabra. Il ne s'agit pas d'envoûtement. La famille de Védrines n'a pas été hypnotisée pendant dix ans.* »[5] La question alors est de comprendre comment des gens raisonnables, mis sous emprise, peuvent croire en des idées irrationnelles d'une manière si absolue qu'ils en viennent à tolérer l'inacceptable et à rejeter la société.

B. La réalité dangereuse des dérives sectaires

i. La *pensée extrême* développée par Gérald BRONNER

Gérald BRONNER étudie ce qu'il appelle la pensée extrême, ce qu'il

définit comme le fait d'« *[adhérer] radicalement à une idée radicale* »[6]. La pensée extrême est le point ultime d'un processus graduel, incrémentiel et rationnel d'adhésion à des idées d'abord ordinaires. « *Chaque étape a poussé l'individu vers la pensée extrême, mais chacune d'entre elles, prise séparément, peut sans doute être considérée comme raisonnable* »[7]. Au terme de cette démonstration d'apparence logique, les croyances les plus absurdes deviennent cohérentes et compréhensibles. Celles-ci n'ont pas nécessairement de fondement religieux, comme la vision stéréotypée des « sectes » nous le laisserait croire.

Cette adhésion progressive aux idées du groupe découle également d'un processus d'aliénation qui met sous emprise mentale l'individu. Ce procédé se décompose en quatre phases : la séduction de la victime, la déconstruction de sa personne et de son individualité, la reconstruction où son récit personnel peut être réinvesti et réécrit dans le sens de la doctrine sectaire, et enfin la consolidation permanente des croyances et de l'aliénation. Elle se trouve alors enserrée dans un oligopole cognitif : ayant généralement rompu les liens avec ses proches et son « ancienne vie », isolée géographiquement et/ou symboliquement du reste de la société, elle n'est plus confrontée à des idées divergentes et n'est donc jamais portée à remettre en question les dogmes du groupe. Et lorsqu'elle est mise face à l'incohérence de ses convictions par des faits irréfutables, sa foi n'en est souvent que renforcée : refusant tout ce qui menace sa conception du monde, elle se tourne vers ses pairs pour recevoir la confirmation et le renforcement de ses idées, résolvant ainsi la dissonance cognitive dont elle est victime[8].

ii. Le danger de la pensée extrême pour la démocratie

Ce n'est pas la croyance du groupe en elle-même qui détermine s'il s'agit ou non d'une dérive sectaire : notre République garantit la liberté de culte et d'opinion, et les politiques publiques de lutte contre les dérives sectaires ne prennent pas pour cibles des doctrines mais seulement des pratiques. Cependant, certains mouvements à caractère sectaire cherchent à cultiver chez l'adepte une pensée extrême, afin de l'aliéner à la doctrine et à la communauté. Le plus grand danger de la pensée extrême, en dehors de ce qu'elle paralyse l'esprit critique des individus, réside dans sa radicalité. Puisqu'elle est absolue, toute vision du monde différente est nécessairement erronée, voire nocive. Pour cette raison, elle est incompatible avec le pluralisme des idées, principe propre à la démocratie.

Il faut rappeler que l'adhésion inconditionnelle à des valeurs n'est pas propre aux adeptes de dérives sectaires, nous avons tous des convictions sur lesquelles il nous est impossible de transiger. Gérald BRONNER prend l'exemple de l'esclavage : la morale occidentale condamne radicalement cette pratique et n'accepterait aucun argument la défendant. Cependant, la majorité des individus partagent les mêmes idéaux impératifs, qui sont considérés comme nécessaires à la vie en société et au maillage social. À l'inverse, les valeurs et les croyances prônées dans les mouvements à caractère sectaire ont souvent une dimension antisociale, voire dangereuse. Lorsqu'elles sont défendues jusqu'au terme de leur logique, elles aboutissent à des pratiques que le sens commun ne peut que réprouver : recours à la violence pour imposer un point de vue considéré comme juste, adhésion à des idées en rupture avec ce que décrit la science des possibilités physiques d'un individu, etc. Ces idées, qui sont à la fois radicales – dans leur contenu – et suivies radicalement – par les adeptes –, peuvent devenir un danger pour le corps social au sein duquel elles ne peuvent s'intégrer.

iii. Le paradoxe des dérives sectaires, entre inclusion et exclusion

Que se passe-t-il alors lorsqu'un organisme radical, comme cela est le cas de certains mouvements à caractère sectaire[9], évolue au sein d'un milieu dont il ne partage pas les valeurs et les règles mais dont il a besoin pour survivre ? Aucune dérive sectaire n'existe véritablement coupée de toute civilisation moderne. Les individus se trouvent dans une position inconfortable : tandis qu'ils sont encouragés à couper les liens avec leurs proches, qu'ils sont exposés à un discours antisocial où le monde extérieur est diabolisé et que leurs valeurs et croyances sont remodelées pour qu'elles correspondent à la doctrine du groupe sectaire et aux volontés des dirigeants, ils doivent néanmoins

continuer d'exister au sein de la société, de près ou de loin. Ils payent des impôts, travaillent pour vivre, ont des contacts, même brefs, avec des personnes de l'extérieur, regardent la télévision, etc. La rupture ne peut jamais être totale, ne serait-ce que lorsqu'il s'agit de recruter de nouveaux adeptes. Rappelons de plus que l'un des objectifs premiers de ces organismes, et de leurs dirigeants, reste de faire du profit : « *l'argent constitue souvent à la fois le moteur du véhicule, la destination du trajet et les méandres du chemin.* »[10]

Nous pourrions dire alors que les groupes sectaires sont pris dans un processus double d'inclusion et d'exclusion de la société démocratique : alors qu'ils en rejettent les règles et les influences et que les lois de cette société leur sont hostiles, ils y vivent et en dépendent pour subsister. Les leaders doivent maintenir leur discours antisocial de diabolisation du monde extérieur et des institutions auprès des adeptes tout en justifiant des interactions nécessaires avec le reste de la société.

Ainsi, ce paradoxe au coeur même du fonctionnement d'un mouvement à caractère sectaire ne donnerait lieu qu'à une seule solution possible, celle de l'infiltration des pouvoirs publics et de la démocratie. Au sein d'un milieu hostile, il est nécessaire de pouvoir faire pression sur le système pour le retourner en sa faveur.

Nous serions portés à croire qu'à l'époque qui est la nôtre le nombre de victimes de dérives sectaires est en diminution : la République française prône des valeurs de rationalité, de laïcité, d'éducation pour tous, la médecine et la science sont en progrès constants, etc. L'accès extrêmement facile, grâce aux nouvelles technologies, à l'information et à la culture devrait limiter l'influence d'individus malhonnêtes et manipulateurs sur des personnes vulnérables et rendre impossible le monopole cognitif dans lequel les groupes sectaires enferment les individus. Pourtant, les chiffres sont formels : en 2021, la MIVILUDES a reçu 4020 saisines signalant des inquiétudes ou demandant des avis sur des mouvements suspects, soit plus de 86% d'augmentation depuis 2015. Comment expliquer cette hausse ? Une théorie peut être avancée : la démocratie serait en fait un terreau favorisant le développement de ces mouvements.

II. La démocratie, facteur de développement des dérives sectaires

Dans un monde marqué par un développement économique frénétique empreint de malaise social, les individus ayant accès à la connaissance et subissant une surstimulation éprouvante dans une société moderne considérée comme dénaturée développent un désir profond de métamorphose qui peut difficilement être assouvi rationnellement. Ce contexte est favorable à l'exercice d'une emprise mentale sur nos concitoyens par certains groupes qui souhaitent s'imposer en sauveurs miracles.

À cet effet, Gérald BRONNER mentionne les travaux d'Anne FOURNIER et Michel MONROY qui évoquent le réconfort trouvé au creux de la radicalité sectaire en affirmant que « *les gourous incarnent la révolte fondamentale contre le sort qui nous est réservé. Ils permettent tous les raccourcis, ils donnent une seconde chance de réussir là où on a échoué, ils rendent la possibilité de devenir "quelqu'un d'important"* »[11]

A. La volonté de fuir la démocratie, un facteur favorable à l'adhésion par frustration

Selon Alexis DE TOCQUEVILLE[12], les sociétés démocratiques sont le creuset d'une injonction contradictoire qui fait osciller l'individu entre une tentative d'assouvissement permanent de ses ambitions, sous tendue par un accès à l'égalité des chances et au principe méritocratique, et une insatisfaction constante de n'y parvenir qu'en partie. De cette dissonance naissent des frustrations narcissiques qui engendrent des ressentiments identitaires et ce davantage en démocratie que dans d'autres régimes politiques.

Le sentiment d'injustice est tel que certains de nos concitoyens reportent leur amertume et leur colère sur des explications absolutistes, ésotériques ou irrationnelles afin de créer, de manière consciente ou non, un autre logiciel de sens. Ce phénomène donne lieu à *l'adhésion par frustration*[13]. La méfiance à l'égard de la réalité décevante rend alors les croyances attractives et ouvre la voie à l'espoir qu'advienne une autre réalité en accord avec le narratif personnel escompté..

Cette vision d'une société ne répondant plus aux attentes des citoyens a été favorisée par le phénomène de « *désenchantement du*

monde »[14] forgé par le sociologue allemand Max WEBER. Ce processus de « *démagification* » a conduit les croyants à abandonner les rituels magiques qui assuraient jusque-là leur salut. Le constat d'un désenchantement sécularisé amène Michel LALLEMENT, professeur de sociologie au Conservatoire national des arts et métiers, à affirmer de nos jours que « *le succès de la terminologie du "réenchantement" a probablement à voir avec l'épuisement d'un paradigme politique dominé par les exigences d'un libéralisme économique qui hypertrophie la rationalité en finalité* »[15]. Les citoyens trouvent dans le développement de nouvelles pratiques et mouvances ésotériques – susceptibles de favoriser l'avènement de dérives sectaires – la réponse à leurs besoins.

B. Un espace de libertés propice à un « bricolage des croyances »

Il convient de rappeler que le régime démocratique et laïque français s'inscrit dans un contexte d'essor de la mondialisation et que l'articulation de ces deux phénomènes rebat les cartes des croyances en participant d'une recomposition du paysage religieux.

Selon Danièle HERVIEU-LÉGER[16], sociologue des religions, la modernité s'accompagne en effet d'une « *absorption de l'individualisme religieux dans l'individualisme moderne* ». Dans notre monde moderne, l'accomplissement individuel prend une place centrale dans la production d'un dispositif de croyances autonome qui souhaite répondre aux questions de l'existence. Danièle HERVIEU-LÉGER évoque ainsi la logique du « *bricolage croyant* » qui consiste en la récupération hétéroclite d'éléments spirituels, laissant le champ libre à l'émergence de nouvelles formes d'appartenances dans lesquelles s'immiscent parfois les dérives sectaires. La mondialisation, qui s'accompagne d'une libéralisation de ce « *marché spirituel* », favorise la multiplication des offres symboliques assurant de « *l'effectivité d'un salut pensé à partir de l'individu* »[17]. De même, les réseaux sociaux jouent un rôle central dans l'atomisation du phénomène de croyances recomposées à l'échelle individuelle en constituant un vecteur de propagation idéal pour un ensemble diffus de microgroupes aux pratiques sectaires éminemment problématiques.

Les domaines de la santé, du bien-être et de l'alimentation illustrent les risques de ce phénomène. Ce vaste marché en pleine expansion, concurrençant le système de santé officiel, peut amener à des dérives sectaires. En effet, les pratiques non conventionnelles à visée thérapeutique sont susceptibles d'aboutir à l'exclusion de la rationalité du patient avec une volonté de l'isoler et créer une dépendance vis-à-vis de son pseudo-praticien par l'intermédiaire de discours miraculeux.

Aujourd'hui, il convient de mettre en lumière une évidence : les individus ont besoin de refuges qu'ils peuvent trouver dans de multiples activités telles que le yoga, la méditation de pleine conscience, le jeûne, le magnétisme, les médecines prophétiques comme la hijama ou la roqya, le néo-chamanisme, etc. Cette adhésion banalisée à ce type de pratiques, qui ne représentent pas des dérives sectaires en elles-mêmes mais qui peuvent le devenir si elles se retrouvent dévoyées par des personnes mal intentionnées, est le résultat d'une quête de sens et d'une volonté d'adaptation à une société en perpétuelle mutation dans laquelle la vulnérabilité des uns est exploitée par d'autres.

Ce phénomène fait écho à la prise de conscience écologique qui suscite parfois frustration et méfiance à l'égard de l'industrialisation du monde médical. Cette tendance trouve sa source, depuis l'émergence du *New-Age* dans les années 1980, dans une remise en question de la médecine scientifique. Certains mouvements théorisent une analogie entre la « Nature » et le divin : ils mettent en oeuvre une spiritualisation de l'écologie en interrogeant le sens de l'existence par le prisme de la crise environnementale. Dans certains cas cependant, les modes de vie alternatifs, peuvent être le théâtre de dérives sectaires caractérisées par des situations à risques pour les personnes : déscolarisation des enfants, alimentation carencée, abus de faiblesse et de confiance, escroquerie, violences psychologiques voire physiques ou sexuelles, etc.

Ce rapport mystique entretenu avec la « Nature » nourrit des mouvances parallèles qui se déploient en arborescence. La cause féministe peut ainsi être instrumentalisée à des fins financières. En effet, le

« féminin sacré », présenté comme un travail de reconnexion du corps et de l'esprit et proposant des stages ou des dispositifs onéreux tels que les oeufs de yoni, est en pleine expansion. En faisant notamment appel à la figure ancestrale de la sorcière, les dérivés du féminisme trouvent un véritable succès alors même qu'ils prônent l'essentialisation de la condition des femmes, au sens d'un retour à une nature qui leur serait inconditionnelle.

C. L'émergence de nouvelles crises, la consolidation d'un lien entre dérives sectaires et complotisme

Les mouvements à caractère sectaire surfent également sur les évènements inattendus, tels que l'épidémie de la Covid-19, pour se renouveler et investir de nouveaux terrains d'épanouissement dans l'objectif de flatter les aspirations de changements et d'alimenter la méfiance de nos concitoyens.

La crise sanitaire a en effet favorisé l'émergence de nouvelles mouvances et d'individus souhaitant tirer profit des personnes isolées, malades ou en perte de repères. Le virus a joué un rôle de catalyseur des peurs et des frustrations, entrant ainsi en résonnance avec le concept *d'adhésion par frustration* explicité précédemment. Cette déstabilisation sans précédent a de plus créé une réaction d'intolérance à l'incertitude conduisant certains individus à la nécessité de revendiquer leur propre vérité afin de se réaffirmer comme sujet. La méfiance à l'égard de la politique sanitaire ainsi que la délégitimation systématique des expertises scientifiques n'ont fait qu'alimenter une tendance préexistante en créant un nouvel auditoire aux individus ou groupements sectaires, ce qui leur a permis de prospérer dans un contexte de convergence avec les mouvements complotistes.

Ces théories complotistes, autour desquelles peut s'articuler le risque d'emprise mentale à caractère sectaire, entretiennent le sentiment d'une prétendue opacité de la vie publique. Or, si l'adhésion à des théories complotistes relève de la liberté de pensée garantie par l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, c'est à condition qu'elle ne devienne pas le théâtre de violences et de troubles à l'ordre public.

Dans un contexte favorable à une remise en cause et à une méfiance du système politique causées par la crise sociale et sanitaire, des individus issus de mouvements à caractère sectaire décident de s'infiltrer dans le monde politique et la vie démocratique afin de recruter de nouveaux adeptes mais également de propager leurs idéologies.

III. L'infiltration des pouvoirs publics par les mouvements à caractère sectaire

La volonté des individus de s'immiscer dans la sphère politique obéit à une réelle stratégie dont le but est d'exercer leur influence afin de freiner la lutte contre les dérives sectaires.

Plusieurs méthodes sont à la disposition des dirigeants de mouvements sectaires afin d'infiltrer efficacement les pouvoirs publics. La plus répandue est la pratique d'un lobbying, souvent déguisée mais extrêmement efficace, qui normalise les usages de ces groupes et leur permet d'obtenir des avantages financiers et politiques. Cependant, nous constatons aujourd'hui que les meneurs apprennent à instrumentaliser le fonctionnement même de la démocratie en la retournant contre elle-même : en s'appuyant sur le soutien indéfectible de leur communauté d'adeptes sous emprise, ils peuvent se faire élire de manière légale et gravir les échelons du pouvoir en élargissant leur influence, nous obligeant à terme à composer avec eux au sein des institutions.

A. Les institutions nationales, internationales et européennes : une porte d'entrée pour un lobbying toujours plus intrusif

Afin de décrédibiliser les actions des pouvoirs publics, ces groupes n'hésitent pas à utiliser les ressorts des institutions internationales, notamment l'Organisation des Nations unies (ONU), pour obtenir une caution. Certains d'entre eux tentent ainsi d'orienter les débats et les décisions afin que soient épinglés certains pays comme auteurs de discriminations à leur égard. À titre d'exemple, il a été reproché à la France de mener une politique ayant pour conséquence de restreindre excessivement le droit à la liberté de religion ou de conscience des membres des mouvements à caractères sectaires[18]. La Fédération Européenne des Centres de Recherche et d'Information sur le Sectarisme (FECRIS) explique que le comportement de ces groupes « *constitue un véritable défi aux droits de l'homme, dès lors qu'ils se réfugient derrière un droit – la liberté de religion – pour mieux en bafouer d'autres* »

et qu'ils instrumentalisent les institutions « *dans le seul but de figurer dans les actes de leurs travaux, et par-là même acquérir une légitimité* »[19].

Ainsi, les mouvements à caractère sectaire en profitent pour insuffler leur idéologie et s'afficher sur un même pied d'égalité que d'autres institutions telles que les organisations non gouvernementales (ONG). Cette instrumentalisation passe également par l'interprétation des décisions des différentes cours de justice. En effet, dès l'instant où une décision concernant un mouvement à caractère sectaire est rendue, même lorsque celle-ci porte condamnation à leur égard, ces derniers tentent de l'utiliser à leur avantage afin de témoigner devant l'opinion publique qu'ils ne devraient pas être considérés comme une « secte » et qu'ils sont par conséquent victimes de discriminations de la part de certains pays.

Afin d'acquérir une forme d'honorabilité, certains mouvements n'hésitent pas à afficher ouvertement la défense de nobles causes telles que celle des droits de l'Homme, de la lutte contre la toxicomanie ou encore contre la violence pour mieux détourner l'attention des réelles dérives dont ils se révèlent pourtant les acteurs. « *Elles cherchent à tirer bénéfice des victimes en détresse, devenues vulnérables, elles se rendent indispensables, créent un lien de dépendance, récupérant à terme de nouveaux adeptes. Les plus connues d'entre elles font leur publicité* ». Ces individus « *intéressent les mouvements à dérives sectaires dans un but de recrutement et de reconnaissance* »[20].

En 2003, Jean-Pierre NICOLAS, ancien membre de l'Union pour un Mouvement Populaire dans l'Eure, a d'ailleurs attiré l'attention du Premier ministre Jean-Pierre RAFFARIN pour l'avertir que les mouvements à caractère sectaire « *se cachent souvent derrière des associations à caractère social, culturel, éducatif, pour faire du prosélytisme et du lobbying* »[21].

Derrière cette vitrine et grâce à ces importantes tractations d'influence, les mouvements à caractère sectaire arrivent donc à s'octroyer une place massive parmi les institutions nationales, européennes et internationales, soit à visage découvert soit en se dissimulant derrière des organismes aux noms évocateurs dont le but est trompeur. Tout l'intérêt d'utiliser des noms ou des mots clés percutants est là : le citoyen ne peut alors se douter qu'il s'y cache une stratégie manipulatrice et mensongère d'apparence noble. Cela nécessite de perpétrer une grande vigilance d'autant plus que les pratiques des mouvements à caractère sectaire peuvent faire l'objet de législations et de réglementations qui se font à leur avantage.

B. La nécessaire lutte des mouvements à caractère sectaire dans le processus de fabrique de la loi

i. L'infiltration des mouvements à caractère sectaire dans le processus de fabrique de la loi

L'infiltration des pouvoirs publics par les mouvements à caractère sectaire s'observe également dans le processus même de fabrique de la loi. En effet, les membres de ces groupes tentent d'occuper des fonctions importantes dans les lieux de pouvoir afin de détourner l'intérêt général vers un intérêt personnel et sectaire. Ces mouvements risquent de porter atteinte à la démocratie au travers de divers canaux tels que l'orientation des problématiques à traiter en omettant ou en freinant sciemment la lutte contre les dérives sectaires, la volonté de faire obstacle au bon fonctionnement des services, etc.

Rappelons que l'État et les services publics ont un devoir de neutralité envers toutes les religions, toutes les croyances et convictions personnelles, découlant du principe de laïcité reconnu par l'article 1er de la Constitution de 1958. Or, l'individu issu d'un mouvement à risque et légalement élu peut outrepasser cette obligation de neutralité en favorisant des actions en vue de la propagation de ses idéologies. Pire, il pourra obtenir la normalisation de pratiques à caractère sectaire attentatoires aux droits et aux libertés fondamentales.

En outre, l'article 4 de la Constitution de 1958 permet à n'importe quel mouvement à caractère sectaire de constituer, légalement, un parti politique et de profiter des avantages liés à ce statut, notamment par l'utilisation des antennes du service public de radiodiffusion et de télévision pour leur campagne électorale[22]. Cette infiltration des mouvements à caractère sectaire constitue « *une nouvelle opportunité de faire financer par*

l'État leur propagande, mais aussi une tribune pour propager leur message et un brevet apparent de respectabilité »[23]. Les lois de la République française sont alors utilisées et détournées par les individus ou groupes à caractère sectaire afin de mieux s'infiltrer dans les lieux de pouvoir et par conséquent mieux s'immiscer dans la vie quotidienne des citoyens français.

Ainsi, si notre vigilance était amenée à baisser, le système démocratique français risquerait de devoir composer avec des élus, tant au niveau local que national, qui n'agiraient que dans l'intérêt des mouvements à caractère sectaire auxquels ils adhèrent tout en bafouant les libertés et droits fondamentaux.

ii. La nécessité de continuer à prioriser la lutte contre les dérives sectaires

La MIVILUDES est un bouclier essentiel pour empêcher les infiltrations des pouvoirs publics et alerter le grand public sur les atteintes à la démocratie commises par les mouvements à caractère sectaire. Dès lors que des individus issus de ces groupes arrivent à pénétrer le monde politique et la vie démocratique, il devient extrêmement difficile de les arrêter.

Il est légal pour un individu d'être élu régulièrement par des personnes qui partagent ses croyances et ses pratiques, c'est là ce qu'implique la souveraineté du peuple garantie par le régime démocratique et notamment par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen ; mais pouvons-nous encore parler de souveraineté lorsque ces personnes s'avèrent être sous emprise, lorsqu'elles ont été dépossédées de leur pensée critique et poussées à adopter une forme de radicalisation délétère de leurs convictions ? Il ne faut pas se montrer naïf quant à ces groupes : les connaître, c'est déjà les combattre. Leur but, en accédant à des postes de pouvoir, est d'enfermer les citoyens, à l'image de leurs adeptes, dans un mode de vie et de pensée conforme à leur idéologie. Toute la population française, la Nation et les valeurs de la République risquent alors de devenir des victimes de cette infiltration.

Pour conclure, nous ne pouvons qu'évoquer l'affaire tragique qui a secoué le Japon le 8 juillet dernier. En effet, l'assassinat de l'ancien Premier ministre Shinzo ABE par un homme dont la mère avait été ruinée par un mouvement à caractère sectaire coréen met en lumière la violence que peuvent faire naître l'existence et l'expansion de tels groupes au sein de nos sociétés. Shinzo ABE avait fait la promotion de ce groupe par le passé et participait à certains de ses évènements. Ichiro AISAWA, à l'époque député du parti politique d'ABE et aujourd'hui vice-président de la Chambre des représentants du Japon, en est toujours l'invité d'honneur. Comment combattre ce qui est déjà parvenu à s'infiltrer au coeur du pouvoir ? Une telle situation conduit nécessairement à un drame qui doit, à l'avenir, être à tout prix évité. Au soutien apporté par certaines personnalités à ces mouvements s'ajoute l'instrumentalisation des institutions et l'ignorance du plus grand nombre à leur égard - faisant ainsi de chacun une victime potentielle. Autant d'éléments qui ne sont ni fantaisistes ni anodins. Le danger est bien réel et chacun doit en prendre conscience afin que la France ne connaisse pas des évènements aussi tragiques que ceux vécus par la République de Corée ou le Japon.

Notes :

1. Tels que : le droit à la vie et le droit à la santé (comme cela est le cas pour l'exercice illégal de la médecine ou l'arrêt des soins conventionnels sans réel consentement), le principe d'égalité (notamment entre l'homme et la femme par la promotion de la domination de l'un sur l'autre), le principe du respect de la dignité de la personne humaine (par exemple, en cas d'agression sexuelle ou de sévices), le droit au respect de l'intimité de la vie privée (tel qu'en cas d'omniprésence de la communauté).
2. Nathalie LUCA et Frédéric LENOIR, Sectes. Mensonges et idéaux, 1998.
3. Nous pensons par exemple aux drames de l'Ordre du Temple solaire qui ont fait 74 morts entre 1994 et 1997. La gravité extrême des évènements a engendré un regain d'intérêt pour la lutte contre les dérives sectaires en France.
4. Maurice DUVAL et Bruno ETIENNE, Un ethnologue au Mandarom, 2002 ; Romy SAUVAYRE, Croire en l'incroyable, 2012.
5. *L'emprise mentale au coeur de la dérive sectaire : une menace pour la démocratie ?,* colloque organisé par la MIVILUDES le 23 novembre 2013 :

   https://www.miviludes.interieur.gouv.fr/sites/default/files/publications/francais/colloque_2013_version_finale_mise_en_ligne.pdf.
6. Gérald BRONNER, La pensée extrême. Comment des hommes ordinaires deviennent des fanatiques, 2009.
7. Ibid.
8. Ce processus de dissonance cognitive (état de tension ressenti par une personne en présence de cognitions incompatibles entre elles) est théorisé par Léon FESTINGER dans L'Echec d'une prophétie (1956). Il étudie les membres d'un groupe sectaire apocalyptique qui, lorsque la fin du monde promise

n'advient pas, s'arc-boutent en fait dans leurs croyances et se lancent dans un prosélytisme encore plus agressif.

9. Par exemple, des groupes à risque peuvent prôner l'idée selon laquelle les maladies n'existent que dans notre tête, appeler au suicide collectif, ou encore encourager les relations sexuelles avec les mineurs.

10. Rapport Les sectes et l'argent de la deuxième commission d'enquête parlementaire présidée par Jacques GUYARD et rapportée par Jean-Pierre BRARD, 1999.

11. *L'emprise mentale au coeur de la dérive sectaire : une menace pour la démocratie ?* pp. 650-651.

12. Alexis DE TOCQUEVILLE (1840), *De la démocratie en Amérique,* Tome II, Paris, éd. Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1992.

13. Gérald BRONNER, La pensée extrême. Comment des hommes ordinaires deviennent des fanatiques, 2009.

14. Max WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, 1904.

15. https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/06/30/pourquoi-l-expression-reenchantement-fleurit-partout-ou-des-crises-se-font-jour_6086302_3232.html

16. Danièle HERVIEU-LÉGER, « Le partage du croire religieux dans des sociétés d'individus », L'Année sociologique, vol. 60, éd. Presses Universitaires de France, 2010, pp.41 à 62.

17. Ibid.

18. *L'emprise mentale au coeur de la dérive sectaire : une menace pour la démocratie ?* (colloque MIVILUDES du 23/11/2013)

19. Danièle MULLER-TULLI, « *Réseaux et lobbying sectaires* », Le Courrier, le 09/11/2009.

20. https://www.ccmm.asso.fr/champs-dentrisme/

21. https://questions.assemblee-nationale.fr/q12/12-21711QE.htm

22. Rapport *Les sectes et l'argent* de la deuxième commission d'enquête parlementaire présidée par Jacques GUYARD et rapportée par Jean-Pierre BRARD, 1999.

23. Ibid.

OUVRAGES RÉCENTS

LA GUERRE DE L'OMBRE

LE LIVRE NOIR DU TRAFFC DE DROGUE EN FRANCE

AUTEUR : CLAIRE ANDRIEUX

ÉDITEUR : J'AI LU

Résumé

Le trafic et la consommation de drogue ont explosé en France depuis dix ans. Cette enquête exclusive au coeur du système et des secrets de la lutte antidrogue révèle l'ampleur inédite du trafic de drogue en France et décrit les coulisses de la guerre contre les organisations criminelles. S'appuyant sur des rapports officiels mais surtout sur des témoignages exceptionnels de policiers, douaniers, magistrats, informateurs, trafiquants et consommateurs, l'auteure remonte toute la chaîne du trafic, depuis la production au Maroc

et en Colombie jusqu'à l'acheminement et la revente en France. Elle décrit aussi les opérations "très spéciales" et les saisies record par les forces de l'ordre. Cette investigation, remarquable par son exhaustivité et la qualité de ses informations, démontre que la drogue demeure le plus grand fléau français.

LA CONFISCATION PÉNALE EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE : VERS UNE SANCTION POLITIQUE ?

JÉRÉMY BOURGAIS,

DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES
QUALIFIÉ AUX FONCTIONS DE MAÎTRE DE CONFÉRENCES, ISCRIM',
UNIVERSITÉ DE POITIERS

Après le gel des avoirs, leur confiscation pourrait bien devenir un signal de la détermination affichée par la présidente de la Commission européenne, à l'occasion de son discours sur l'état de l'Union prononcé le 14 septembre dernier : « *Depuis le premier jour, l'Europe se tient aux côtés de l'Ukraine. En fournissant des armes. En mobilisant des fonds. En ouvrant ses portes aux réfugiés. Et en imposant les sanctions les plus lourdes que le monde ait connues* (...). *Et je veux que ce soit clair : les sanctions ne sont pas près d'être levées. L'heure est à la détermination, pas à l'apaisement* »[1].

Dans l'éditorial du précédent numéro de la revue du GRASCO[2], Madame Chantal Cutajar relevait que la Commission européenne a proposé, le 25 mai 2022, trois séries de mesures « *pour garantir que les avoirs des personnes et entités qui enfreignent les mesures restrictives prises à l'encontre de la Russie puissent être effectivement confisqués à l'avenir* »[3]. La Commission a en effet proposé au Conseil de l'Union européenne d'ériger la violation des mesures restrictives adoptées par l'Union européenne (UE) dans le cadre de sa politique étrangère et de sécurité commune (PESC)[4] en *eurocrime*[5], au sens de l'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Cette consécration de la violation des mesures restrictives en eurocrime doit ensuite permettre l'édiction d'une directive « *relative aux sanctions pénales applicables en cas de violation du droit de l'Union en matière de mesures restrictives* »[6]. La Commission a enfin communiqué au Parlement et au Conseil une proposition de directive « *relative au recouvrement et à la confiscation d'avoirs* »[7], qui viendrait remplacer plusieurs instruments juridiques. Sont concernées, en particulier, la décision-cadre 2005/212/JAI relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime[8] et la directive 2014/42/UE concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne[9], qui constituent le socle du droit européen harmonisé en matière de gel et confiscation, ainsi que la décision 2007/845/JAI du Conseil relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États-membres[10].

Par leur effet conjugué, les trois instruments juridiques proposés par la Commission — décision du Conseil consacrant la violation des mesures restrictives de l'Union européenne en eurocrime, directive relative aux sanctions pénales applicables à une telle violation, et nouvelle directive en matière de confiscation — faciliteraient la sanction, par une *peine* de confiscation, de la violation des mesures restrictives décidées par le Conseil de l'UE — au premier rang desquelles figure le gel des avoirs — dans le cadre de sa politique étrangère et de sécurité. Cela reviendrait à ériger la confiscation pénale en garante de l'effectivité de la sanction politico-économique que constitue la

mesure de gel d'avoirs adoptée en réponse à l'action menée par un État tiers à l'Union (la Russie en l'occurrence). Plus encore, les avoirs initialement gelés à des fins politiques pourraient avoir vocation à être confisqués par une juridiction pénale dès lors que la mesure — politique — de gel a été contournée, comme cela est déjà prévu en droit français[11].

Or, il convient de garder à l'esprit que geler n'est pas confisquer. Le gel est une mesure « *temporaire* » visant à empêcher le propriétaire des avoirs gelés d'en disposer[12]. La confiscation est, quant à elle, « *une privation permanente d'un bien ordonnée par une juridiction en lien avec une infraction pénale* »[13]. En outre, gel et confiscation ne sanctionnent pas, en l'espèce, un même comportement. S'agissant des avoirs d'un oligarque russe par exemple, leur gel peut être décidé par le Conseil de l'UE — organe politique —, pour sanctionner le soutien apporté par l'oligarque à l'action de la Russie en Ukraine. La confiscation serait, quant à elle, décidée par une juridiction d'un pays membre de l'UE pour sanctionner une infraction pénale qui serait constituée, non pas par ces agissements, mais par la violation en tant que telle de la mesure de gel. Quoi qu'il en soit, le juge judiciaire pourrait être conduit à sanctionner *par ricochet* le soutien apporté par l'oligarque russe à l'action de la Russie — en lui confisquant ses biens —. Le juge judiciaire pourrait ainsi devenir le dernier rouage d'un processus de sanction… politique. Si la proposition de directive en matière de confiscation était adoptée en l'état, ce mélange des genres commencerait en réalité en amont du processus, avec la mise à contribution des bureaux de recouvrement des avoirs (BRA) pour identifier et geler les avoirs qui sont l'objet des mesures restrictives adoptées par l'UE. Cette nouvelle mission assignée aux BRA (I) pourrait potentiellement être garante, sur le plan opérationnel, de l'effectivité d'une nouvelle fonction assignée par le droit de l'UE à la peine de confiscation (II).

I. Une nouvelle mission assignée aux bureaux de recouvrement des avoirs

Le bureau de recouvrement des avoirs — BRA — ou *asset recovery office* — ARO — est une dénomination du droit de l'UE. Le BRA est défini à l'article 1er de la Décision 2007/845/JAI du Conseil du 6 décembre 2007[14] par la mission qui lui est assignée. Il est chargé « *de faciliter le dépistage et l'identification des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime qui sont susceptibles de faire l'objet d'un gel, d'une saisie ou d'une confiscation ordonnés par une autorité judiciaire compétente dans le cadre de poursuites pénales ou, dans la mesure où le droit interne de l'État membre concerné le permet, dans le cadre de poursuites civiles* ». Il s'agit ainsi d'une mission d'assistance aux autorités judiciaires dans leur action de lutte contre la criminalité. La France a désigné deux BRA, comme la Décision 2007/845/JAI du Conseil de l'UE le lui permet[15] : la plateforme d'identification des avoirs criminels — la PIAC — et l'agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués — l'AGRASC —. La PIAC est rattachée à l'office central pour la répression de la grande délinquance financière (OCRGDF), qui est lui-même rattaché à la direction centrale de la police judiciaire de la police nationale (DCPJ)[16]. L'objectif assigné à la PIAC est « *d'améliorer l'identification des patrimoines* des délinquants, *tant en France qu'à l'étranger, en vue d'accroître leur saisie et confiscation et de systématiser l'approche financière des investigations contre les organisations criminelles et les délinquants* »[17]. Elle doit en particulier contribuer à la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme[18]. L'AGRASC a, quant à elle, pour mission de veiller, « *sur mandat de justice* »[19], à la bonne exécution des saisies et confiscations pénales[20].

Si la proposition de directive COM (2022) 245 relative au recouvrement et à la confiscation d'avoirs[21], qui a vocation à remplacer la décision 2007/845/JAI du Conseil relative aux bureaux de recouvrement des avoirs[22], était adoptée en l'état, le champ de compétence des bureaux serait étendu de deux manières. Tout d'abord, les BRA auraient pour nouvelle mission de « *dépister et* [d'] *identifier les biens des personnes et des entités faisant l'objet de sanctions financières ciblées de l'UE lorsque cela est nécessaire pour prévenir ou détecter les infractions pénales ou pour enquêter en la matière* »[23]. Ensuite, ils seraient habilités à prendre des mesures « *immédiates* » lorsque cela est nécessaire « *pour préserver les biens* »[24] et « *pour*

prévenir ou détecter des infractions pénales liées à la violation de mesures restrictives de l'Union, ou pour enquêter en la matière »[25].

Si la Commission européenne a pris soin de préserver, dans le texte, un lien entre la mission assignée aux BRA et une infraction pénale, celui-ci peut toutefois paraître artificiel. Tout d'abord, en vertu de l'article 5 paragraphe 3 de la proposition de directive, les BRA sont habilités à dépister et identifier les biens « *lorsque cela est nécessaire pour* prévenir *ou détecter les infractions pénales ou pour enquêter en la matière* ». Les BRA sont ainsi invités à intervenir en amont, au stade de la prévention des infractions, et donc — c'est une tautologie — avant qu'une infraction pénale (constituée par le non-respect d'une sanction financière adoptée par l'UE) ne soit commise. Mais encore, en vertu de l'article 5 paragraphe 4 du texte, les BRA sont habilités à « *prendre des mesures immédiates pour geler temporairement les biens* »[26]. Il ne s'agit plus ici d'identifier les biens à titre préventif pour être en mesure d'agir (de saisir !) promptement dans l'hypothèse dans laquelle une infraction serait constituée, mais bien d'*agir à titre préventif* (plutôt que répressif), avant (sans !) la commission d'une infraction[27]. Cela revient à quitter le champ pénal *stricto* sensu[28] pour investir la sphère policière, et à mettre les BRA au service du politique plutôt que du judiciaire[29]. Il s'agit pour les BRA de « *faciliter la mise en oeuvre des mesures restrictives de l'Union* (…)[30].

De lege lata, au titre des mesures restrictives adoptées, à des fins politiques, par l'UE, les biens des personnes ou entités visées par ces mesures sont gelés, plutôt que confisqués. Même si le gel d'avoirs tel qu'il est pratiqué par l'UE dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) s'apparente à une confiscation dans la mesure où les avoirs peuvent être indisponibles pour une durée à la fois longue et indéterminée[31], la personne sanctionnée en demeure le propriétaire. *De lege ferenda*, les fonds gelés (temporairement) à titre de sanction politique risqueraient davantage d'être *in fine* confisqués (définitivement).

II. Une nouvelle fonction assignée à la peine de confiscation ?

Dans le texte, la Commission de l'Union européenne s'emploie à distinguer le gel constituant une mesure restrictive de l'UE — sanction politique[32] —, du gel constituant une mesure conservatoire préalable à une confiscation — saisie aux fins de confiscation —. On peut ainsi lire, dans l'exposé des motifs de la proposition de directive relative au recouvrement et à la confiscation d'avoirs, que « *les dispositions du chapitre III* [« Gel et confiscation »] *s'appliquent aux infractions pénales relevant du champ d'application* […] *de la présente directive, mais pas au gel au titre des mesures restrictives de l'Union* »[33]. En dépit de cette distinction, la proposition de directive semble ouvrir la voie à une assimilation entre gel-sanction et gel conservatoire (aux fins de confiscation). La logique sous-jacente est en effet d'assurer l'effectivité du gel-sanction par la menace d'une sanction pénale, en particulier d'une confiscation. Érigée en infraction pénale, la violation du gel-sanction décidé par l'UE a vocation à être sanctionnée par la confiscation… qui a elle-même vocation à être garantie par un gel conservatoire. Semble ainsi émerger une garantie d'effectivité que l'on peut qualifier de *réciproque* ou *circulaire* : la menace de confiscation garantit le respect du gel, qui lui-même garantit la bonne exécution de la confiscation. Deux hypothèses doivent néanmoins être distinguées selon que le gel et la confiscation ont ou non la même assiette.

La première hypothèse — une assiette différente — n'implique pas de garantie d'effectivité réciproque (le bien confisqué diffère du bien initialement gelé). Pour reprendre l'exemple précédent[34], un oligarque peut se voir geler les avoirs qu'il détient auprès d'une banque européenne à titre de sanction — gel-sanction —. La banque (personne morale) ou le gestionnaire de patrimoine (personne physique) qui contournerait la mesure restrictive adoptée par l'UE, en mettant des fonds gelés à disposition de l'oligarque, commettrait une infraction[35] dont le produit (rétribution accordée en contrepartie par l'oligarque, par exemple) aurait vocation à être confisqué. Pour garantir la bonne exécution de cette confiscation, le produit de l'infraction pourrait être préalablement saisi (gel conservatoire aux fins de confiscation).

La seconde hypothèse — une assiette identique — correspondrait, quant à elle, à la garantie réciproque envisagée (le bien confisqué correspond au bien initialement gelé). C'est l'hypothèse dans laquelle l'oligarque

est lui-même considéré comme auteur de l'infraction de détournement[36] des fonds gelés. Les fonds dont il a pu disposer en dépit de la mesure restrictive de gel pourraient être considérés comme le produit de l'infraction. En effet, dans la continuité des textes en vigueur[37], la proposition de directive définit le produit confiscable de manière large, comme « *tout avantage économique tiré, directement ou indirectement, d'une infraction pénale, qui peut consister en tout type de bien et qui comprend tout réinvestissement ou toute transformation ultérieurs des produits directs et tout autre gain de valeur* »[38].

Qualifiés de produit de l'infraction, les fonds initialement gelés par l'UE pourraient potentiellement être confisqués en vertu de l'article 12 de la proposition de directive. Celui-ci prévoit la confiscation des produits de l'infraction pénale (le contournement du gel-sanction en l'espèce) dont l'oligarque aurait été déclaré coupable[39].

Non qualifiés de produit de l'infraction, les fonds détournés pourraient encore, semble-t-il, être confisqués en vertu de l'article 14 de la proposition de directive, relatif à la « *confiscation élargie* », dès lors que l'infraction est constituée et que « *la juridiction nationale est convaincue que ces biens proviennent d'activités criminelles* »[40]. La Commission européenne propose en effet d'étendre le champ d'application de la confiscation élargie[41]. Elle explique dans l'exposé des motifs de la proposition de directive que « *par rapport à la directive* [2014/42/UE] *relative à la confiscation*[42]*, cette possibilité devrait être offerte pour toutes les infractions relevant du champ d'application de la directive* »[43]. La directive 2014/42/UE concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, en vigueur, prévoit un champ d'application spécifique à la confiscation élargie. Il comprend, en plus de quelques infractions visées en particulier[44], les infractions relevant du champ d'application général de la directive qui sont sanctionnées par une peine privative de liberté d'une durée maximale de quatre ans ou plus[45]. En revanche, la proposition de directive COM(2022) 245 relative au recouvrement et à la confiscation d'avoirs ne fait plus mention d'un quelconque seuil de peine[46]. Et, la « *violation des mesures restrictives de l'Union au sens de la directive du Parlement européen et du Conseil* [relative aux sanctions pénales applicables à une telle violation] »[47] est spécifiquement visée à l'article 2 (paragraphe 3), relatif au champ d'application de la proposition de directive. La confiscation élargie devrait donc lui être applicable, quelles que soient les sanctions prévues pour ce type d'infraction en droit de l'Union européenne[48] et en droit interne[49].

Nonobstant, la question demeure de l'articulation entre, d'une part, la confiscation prononcée par un juge national et, d'autre part, le gel-sanction décidé par le Conseil de l'Union européenne, lorsque ces deux sanctions portent sur les mêmes fonds. En d'autres termes, le juge national est-il en mesure de confisquer (pénalement) des fonds gelés (politiquement) par le Conseil de l'Union européenne ? S'agissant du conflit ukrainien, le règlement 269/2014 du Conseil du 17 mars 2014 *concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine*[50] semble apporter une réponse négative, en dépit des voeux de la Chancellerie[51]. Le déblocage de fonds gelés est expressément prévu aux fins d'exécution d'une décision judiciaire ou administrative. Il est néanmoins limité à la matière contractuelle[52].

Si l'heure n'est pas encore à la confiscation, par un juge national, d'avoirs qui ont été gelés par le Conseil de l'Union européenne dans le cadre du conflit en cours, il conviendra toutefois d'être attentif à l'évolution des textes au cours du processus législatif amorcé par la Commission. Il n'est pas exclu que la tournure des événements sur le terrain politique dans les mois à venir accélère le rapprochement, sur le plan juridique, entre Espace de liberté, de sécurité et de justice[53] et Politique étrangère et de sécurité commune. Le cas échéant, le nouveau message (politique !) envoyé par l'UE aux personnes *compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine* pourrait bien être le suivant : si tu menaces, je gèle ; si tu résistes, je confisque !

Notes :

1. Commission européenne, Discours n° 22/5493 sur l'état de l'Union 2022 de la présidente von der Leyen, 14 sept. 2022, disponible sur https://state-of-the-union.ec.europa.eu
2. N°37, juin 2022.
3. P. 1.
4. Sur le fondement de l'article 29 du traité sur l'Union européenne (décision du Conseil sur la position de l'Union sur

une question particulière) et de l'article 215 du TFUE (mesures restrictives prises par le Conseil sur la base de cette décision).

5. Pour reprendre une formule couramment usitée pour faire référence aux « *domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière* » justifiant la compétence de l'UE pour établir, par voie de directives, « *des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions* ». Art. 83, para. 1 du TFUE.

6. Cf. Communication COM(2022) 249 du 25 mai 2022 de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Vers une directive relative aux sanctions pénales applicables en cas de violation du droit de l'Union en matière de mesures restrictives ».

7. COM(2022) 245 du 25 mai 2022.

8. Du 24 février 2005, JOUE n° L 68, du 15 mars 2005, p. 49.

9. Du 3 avril 2014, JOUE n° L 127 du 29 avril 2014, p. 39.

10. Du 6 décembre 2007, JOUE n° L 332 du 18 décembre 2007, p. 103.

11. L'article 459 du Code des douanes para. 1 et 1 bis) prévoit déjà « *la confiscation du corps du délit* » (l'objet de l'infraction) pour sanctionner le fait « *de contrevenir ou de tenter de contrevenir aux mesures de restriction des relations économiques et financières prévues par la réglementation communautaire prise en application des articles 75 ou 215 du TFUE* ». Est ici visée la violation des mesures restrictives adoptées par l'UE. Cf. supra, note n° 4. V. aussi l'article L. 574-3 du Code monétaire et financier, qui renvoie aux peines prévues par l'art. 459, para. 1 du Code des douanes.

12. «'*gel', l'interdiction temporaire du transfert, de la destruction, de la conversion, de l'aliénation ou du déplacement d'un bien, ou le fait d'en assumer temporairement la garde ou le contrôle* ». Commission européenne, Proposition de directive COM(2022) 245 du 25 mai 2022 du Parlement européen et du Conseil relative au recouvrement et à la confiscation d'avoirs, art. 3.

13. Idem.

14. Relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime, précitée.

15. Art. 1er, para. 2.

16. Ministère de l'Intérieur, ministère de la Défense, Garde des sceaux et al., Circulaire du 15 mai 2007 relative à la création d'une plateforme d'identification des avoirs criminels (PIAC) chargée de l'identification des avoirs financiers et des biens patrimoniaux des délinquants, en vue de leur saisie ou de leur confiscation, et de la centralisation des informations relatives à la détection d'avoirs illégaux en tous points du territoire national, p. 2.

17. Idem.

18. Ibid., p. 4 et 5.

19. Art. 706-160 du Code de procédure pénale (CPP).

20. Cf. art. 706-160 et 706-161 du CPP et AGRASC, rapport d'activité 2021, p. 2.

21. Préc.

22. Cf. art. 35 de la proposition de directive.

23. Art. 5, para. 3.

24. Art. 11, para. 2 (relatif au gel) auquel renvoie l'article 5, para. 4 (relatif aux BRA).

25. Art. 5, para. 4.

26. « *Cet article [5] confère également aux BRA des avoirs la tâche de dépister et d'identifier les biens des personnes et entités soumises aux mesures restrictives de l'Union. Dans ce contexte, les bureaux de recouvrement des avoirs auraient également le pouvoir de prendre des mesures immédiates pour geler temporairement les biens en question* ». Exposé des motifs de la proposition de directive, p. 12. Note : Le texte soumis au Parlement et au Conseil de l'UE par la Commission européenne est composé d'un exposé des motifs précédant la proposition de directive en tant que telle, qui est composée d'un préambule et d'un dispositif (contenant les dispositions obligatoires).

27. La possibilité pour les BRA de prendre des mesures de gel urgent, avant l'émission d'une décision formelle de gel par une autorité judiciaire, avait déjà été envisagée par le passé. Il était question, à l'origine, de réagir rapidement à la commission de certaines infractions, telles que l'escroquerie aux faux ordres de virement. Cela devait permettre de pallier la lenteur de la coopération en matière pénale et le risque de dissipation des fonds qui y est associé.

28. Qui a pour objet la répression (plutôt que la prévention) des infractions.

29. Le fondement juridique des dispositions de la proposition de directive relatives au dépistage et à l'identification des avoirs est l'article 87, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'UE (Cf. exposé des motifs de la proposition de directive, p. 12). L'article 87 introduit le chapitre 5, relatif à la coopération policière, du titre V du TFUE dédié à l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Il succède au chapitre 4 relatif à la coopération judiciaire en matière pénale.

30. « *(...) lorsque cela est nécessaire aux fins de la prévention ou de la détection des infractions pénales liées à la violation de ces mesures ou des enquêtes en la matière* ». Exposé des motifs de la proposition de directive, p. 12.

31. Les inscriptions les plus anciennes sur la liste des personnes visées par les mesures restrictives adoptées dans le cadre du conflit Ukrainien remontent à mars 2014. Cf. Règlement (UE) 269/2014 du Conseil du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, annexe 1, JOUE n° L 78 du 17 mars 2014, p. 6.

32. Il est rappelé dans le préambule de la proposition de directive que « *bien qu'elles ne soient pas de nature pénale et qu'elles ne nécessitent pas de comportement criminel comme condition préalable à leur imposition, les mesures restrictives de l'Union reposent également sur le gel de fonds (sanctions financières ciblées) (...)* ». Proposition de directive, cons. 6.

33. P. 13. On peut regretter l'usage polysémique du vocable « gel » en droit de l'UE de manière générale, et dans la proposition de directive relative au recouvrement et à la confiscation d'avoirs en particulier. Derrière cette notion se cachent le gel administratif (gel de fonds, gel de ressources économiques), la saisie douanière, la saisie pénale (avec dépossession, sans dépossession), pour n'évoquer que le droit français. Cette polysémie nuit à la clarté du texte.

34. Cf. supra, Introduction.

35. La Commission européenne propose d'incriminer le fait de « *ne pas geler des fonds ou des ressources économiques appartenant à une personne/entité désignée, ou des fonds ou des ressources économiques possédés, détenus ou contrôlés par elle* », ou encore, le fait de «*se livrer à des actions ou à des activités qui visent à contourner directement ou indirectement les mesures restrictives, sciemment et volontairement, y compris en participant à des montages visant à dissimuler les avoirs ou la participation de personnes/entités désignées, en aidant les personnes/entités désignées visées par des mesures restrictives à échapper aux effets de celles-ci, ou en communiquant des informations trompeuses aux autorités* ». Annexe de la communication COM(2022) 249 du 25 mai 2022 de la Commission au Parlement européen et au Conseil « *Vers une directive relative aux sanctions pénales applicables en cas de violation du droit de l'Union en matière de mesures restrictives* », p. 2.

36. Dans la mesure où il soustrait les fonds au contrôle de l'UE (et de l'État-membre sur le territoire duquel les fonds sont gelés).

37. La définition du produit de l'infraction est similaire à celle de la directive 2014/42/UE concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, préc. (art. 2). V. aussi, décision- cadre 2005/212/JAI relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, art. 1er, JOUE n° L 68 du 15 mars 2005, p. 49.

38. Art. 3. Les fonds détournés seraient qualifiés en droit français d'objet de l'infraction (art. 131-21, al. 3 du Code pénal (CP)) ou de « corps du délit » (art. 459, para. 1 du Code des douanes). Le droit de l'UE n'opère pas une telle distinction entre objet et produit de l'infraction. Et le droit français, bien qu'il les distingue, leur applique le même régime. Cf. art. 131-21, al. 3 du CP.

39. « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des instruments et des produits tirés d'une infraction pénale à la suite d'une condamnation définitive, qui peut aussi avoir été prononcée dans le cadre d'une procédure par défaut.* » (art. 12, para. 1).

40. Cf. art. 14 de la proposition de directive : « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des biens appartenant à une personne condamnée pour une infraction pénale, lorsque cette infraction est susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique et lorsque la juridiction nationale est convaincue que ces biens proviennent d'activités criminelles* ». Le mécanisme de confiscation élargie permet ainsi de confisquer les produits d'autres infractions que celle dont le condamné a été déclaré coupable. À ce sujet, v. Bourgais Jérémy, Le rôle du juge pénal en matière de saisies et confiscations. Étude de droit comparé (France-Angleterre), thèse, Université de Poitiers, 2021, para. 173 et s.

41. Élargie, la confiscation s'étend à des biens suspects, dont l'autorité de poursuite n'est pas tenue de démontrer l'origine illicite. Cf., en droit français, art. 131-21, al. 5 du CP: « *S'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte également sur les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, lorsque ni le condamné, ni le propriétaire, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'ont pu en justifier l'origine* ».

42. Du 3 avril 2014, préc.

43. P. 14.

44. Corruption, participation à une organisation criminelle, pédopornographie, atteinte à l'intégrité d'un système d'information.

45. Directive 2014/42/UE, préc., art. 5, para. 2.

46. On peut s'étonner de l'élargissement à des infractions de plus faible gravité de la confiscation élargie, qui constitue pourtant « *un outil adapté aux groupes criminels organisés opérant habituellement sur le temps long* » (traduction de l'auteur). Commission européenne, *Impact assessment report* SWD(2022) 245 *accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on asset recovery and confiscation*, du 25 mai 2022, p. 22 : "*a tool adapted to organised crime groups usually operating over long time periods*".

47. Qui devrait être adoptée prochainement (?). Cf. Communication COM(2022) 249 du 25 mai 2022 de la Commission au Parlement européen et au Conseil, préc.

48. Pour autant que la violation des mesures restrictives de l'UE soit érigée en eurocrime. Cf. supra, Introduction. Cette condition figure de manière implicite dans la proposition de directive : le paragraphe 3 de l'article 2 est entre crochets.

49. En droit français, la confiscation élargie est déjà applicable dans la mesure où le délit de contournement de mesures restrictives est puni par « une peine d'emprisonnement de cinq ans ». Cf. art. 459, para. 1 et 1 bis du Code des douanes.

50. JOUE n° L 78 du 17 mars 2014, p. 6. Les avoirs de personnalités telles que Vladimir Poutine ou Sergueï Lavrov ont été gelés en février 2022 sur la base de ce règlement. Cf. annexe 1, n° 669 et 670, du règlement dans sa version consolidée.

51. Cf. garde des Sceaux, Circulaire n° CRIM -2022-07/G1 du 3 mars 2022 relative au traitement des procédures mettant en cause des intérêts russes dans le contexte des sanctions internationales visant la Fédération de Russie, p. 3 et 4 : « *Ce délit de soustraction aux obligations résultant d'une mesure de gel des avoirs décidée dans le cadre de sanctions financières internationales est puni d'une peine d'emprisonnement de 5 ans, de la confiscation du corps du délit (...). La confiscation des biens gelés pourra, à ce titre, utilement être requise, en cas de violation caractérisée de la mesure de gel* ». L'application de la loi française (articles L. 574-3 du Code monétaire et financier et article 459 du Code des douanes, précités) dans le cadre du conflit Ukrainien paraît contraire aux dispositions du règlement européen, qui lui est supérieur dans l'ordonnancement juridique (cf. infra, note n° 52). Interpréter de manière large les dérogations aux mesures de gel prévues par le règlement européen revient à appliquer une sanction plus sévère (confisquer plutôt que geler), en violation du principe de l'interprétation stricte de la loi répressive.

52. Décisions faisant droit à une demande résultant d'un contrat. Cf. art. 5 du règlement, lu à la lumière de l'art. 1er. V. aussi, en ce sens, la décision 2014/145/PESC du Conseil du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, art. 2, para. 4, JOUE n° L 78 du 17 mars 2014, p. 16.

53. « *L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène* ». Traité sur l'Union européenne, art. 3, para. 2, JOUE n° C 326 du 26 octobre 2012, p. 13.

Inscription à la revue du GRASCO

Par mail : abonnement@larevuedugrasco.eu

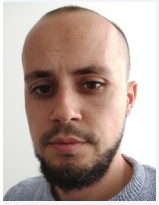
Diffusion gratuite de vos offres d'emploi, événements, manifestations et parutions ouvrages[1]

Par mail : information@grasco.eu

1 après validation de la rédaction

L'AVÈNEMENT D'UN DISPOSITIF AUTONOME DE RESTITUTION DES « BIENS MAL ACQUIS »

GENÈSE ET CRITIQUE DE L'ARTICLE 2 XI ISSU DE LA LOI N°2021-1031 DU 4 AOÛT 2021



CORENTIN LATIMIER
DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES, JURISTE ASSISTANT AU PARQUET NATIONAL FINANCIER (PNF)

Les propos tenus dans cet article n'engagent que son auteur et aucunement le parquet national financier

Selon l'indice de perception de la corruption publié chaque année par l'organisation non gouvernementale *Transparency International*, les États au sein desquels la corruption demeure perçue comme la plus forte se trouvent majoritairement dans les pays en développement[1]. Une partie importante de l'argent détourné dans ces pays est dissimulée à l'étranger, souvent au sein d'États développés. Selon l'initiative conjointe de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) et de la Banque mondiale dénommée *Stolen Asset Recovery Initiative* (StAR), entre 20 et 40 milliards de dollars sont ainsi détournés chaque année par des agents publics corrompus dans les pays en développement puis transférés ou blanchis à l'étranger[2].

La Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC), adoptée le 31 octobre 2003 et ratifiée depuis par la quasi-totalité des États du globe dont la France[3], consacre un chapitre entier au recouvrement international des avoirs illicites[4]. Dans le cadre de ces dispositions, la Convention dite « de Mérida » exige notamment de tout État partie sur le territoire duquel des fonds publics étrangers détournés ou issus de pratiques corruptrices ont été transférés ou blanchis, qu'il restitue l'intégralité de ces sommes à l'État victime de ces détournements, dès lors que celui-ci a préalablement sollicité leur confiscation par le biais de l'entraide pénale internationale[5]. Chaque État partie doit en outre prendre un certain nombre de mesures pour permettre le « recouvrement direct » de biens notamment en autorisant ses tribunaux à ordonner aux auteurs d'infractions relevant de la corruption de verser une réparation ou des dommages et intérêts à un autre État partie ayant subi un préjudice du fait de ces infractions[6].

Avec la loi n°2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, le législateur français a introduit dans le Code de procédure pénale (CPP) des dispositions permettant au droit français de se conformer au droit supranational, en particulier l'article 713-40[7] qui permet l'exécution sur le territoire français d'une décision étrangère de confiscation et le partage à parts égales entre l'État français et l'État requérant de toute somme recouvrée supérieure à 10 000 €. En outre, l'article 706-164 permet à toute personne qui, s'étant constituée partie civile, a bénéficié d'une décision définitive lui accordant des dommages et intérêts en réparation du préjudice qu'elle a subi du fait d'une infraction pénale, que ces sommes lui soient payées prioritairement sur les biens de son débiteur dont la confiscation a été décidée par décision définitive.

Malgré ces avancées indéniables, tant au niveau international que national, la France n'avait – jusqu'il y a peu – restitué

aucun argent mal acquis sur le fondement du CPP[8], faute de procédure judiciaire ayant abouti. Pourtant, il n'est plus à prouver que la France constitue un refuge pour de nombreux dignitaires étrangers corrompus[9].

Mais alors qu'encore récemment, les autorités françaises paraissaient peu préoccupées par l'enjeu pourtant majeur de la restitution des avoirs illicites, le processus s'est soudainement accéléré fin 2020 avec le dépôt d'un projet de loi[10], lequel a abouti à la promulgation, le 4 août 2021, de la loi n°2021-1031 de programmation relative au développement solidaire et à la lutte contre les inégalités mondiales.

L'article 2 XI de ce texte prévoit que soient « *restituées, au plus près de la population de l'État étranger concerné, les recettes provenant de la cession des biens confisqués aux personnes définitivement condamnées pour le blanchiment, le recel, le recel de blanchiment ou le blanchiment de recel de l'une des infractions prévues aux articles 314-1, 432-11 à 432-16, 433-1, 433-2, 433-4, 434-9, 434-9-1, 435- 1 à 435-4 et 435-7 à 435-10 du Code pénal, lorsque la décision judiciaire concernée établit que l'infraction d'origine a été commise par une personne dépositaire de l'autorité publique d'un État étranger, chargée d'un mandat électif public dans un État étranger ou d'une mission de service public d'un État étranger, dans l'exercice de ses fonctions, à l'exclusion des frais de justice* ». Il poursuit : « *à cette fin, les recettes mentionnées au premier alinéa du présent XI donnent lieu à l'ouverture de crédits budgétaires au sein de la mission « Aide publique au développement », placé sous la responsabilité du ministère des affaires étrangères, et financent des actions de coopération et de développement dans les pays concernés au plus près des populations, dans le respect des principes de transparence et de redevabilité, et en veillant à l'association des organisations de la société civile. Le ministère des affaires étrangères définit, au cas par cas, les modalités de restitution de ces recettes de façon à garantir qu'elles contribuent à l'amélioration des conditions de vie des populations* ».

L'irruption soudaine d'un tel mécanisme en droit français s'explique en partie par l'aboutissement récent des premières procédures judiciaires ayant prononcé de manière définitive la confiscation de sommes blanchies en France issues de fonds détournés par des agents publics étrangers corrompus. Dans ces affaires, ni les dispositions de la Convention de Mérida relatives à la restitution des avoirs ni celles du CPP portant sur le partage des avoirs n'ont vocation à s'appliquer. En effet, ces procédures présentent toutes la caractéristique d'avoir été conduites par la justice française sur la base d'une plainte émanant d'une organisation non gouvernementale (ONG) nationale ou du signalement d'une autorité étrangère. Les États spoliés, eux, n'ont presque jamais, de leur propre initiative, cherché à recouvrer lesdits fonds, ni directement par le biais d'une constitution de partie civile, ni via une action civile, ni enfin par la mise en oeuvre de l'entraide pénale internationale[11].

Or, sans l'intervention du législateur, la France aurait pu se retrouver dans une situation délicate, à savoir celle de voir son budget général abondé par des sommes confisquées par l'autorité judiciaire issues de fonds publics détournés ou de pratiques corruptrices commises par des agents publics étrangers, sans disposer d'aucun fondement juridique pour les restituer aux États victimes.

Si l'adoption du mécanisme créé par la loi du 4 août 2021 a sans doute été accéléré par l'actualité judiciaire, elle résulte d'abord d'un important travail de fond mené depuis plusieurs années par certaines organisations de la société civile, récemment relayé dans la sphère institutionnelle (I). Bien que représentant un grand pas de la part des autorités françaises dans la lutte contre la corruption internationale, ce nouveau dispositif conçu rapidement apparaît, à certains égards, trop limité, et ses modalités d'application pratique demeurent encore floues (II).

I. Genèse de l'adoption d'un dispositif français de restitution des « biens mal acquis » : un long processus initié par la société civile et rendu nécessaire par l'oeuvre judiciaire

Ayant été soulevée depuis plusieurs années par les associations françaises de lutte contre la corruption, avec en tête *Transparency International France* (TI France), la nécessité de créer un mécanisme autonome de restitution des « biens mal acquis » a finalement trouvé écho au Sénat avec le dépôt fin 2018 d'une proposition de loi allant en ce sens, puis finalement au sein du Gouvernement,

lequel confiait courant 2019 à deux parlementaires la mission de réfléchir à la création d'un tel dispositif (A). Plusieurs décisions judiciaires rendues parallèlement à ces travaux ont rendu inévitable l'intervention du législateur (B).

A. Les rapports et propositions de loi ayant posé les jalons de la création d'un dispositif français de restitution des « biens mal acquis »

i. L'action pionnière de Transparency International France

Dès novembre 2014, les organisations TI France et Sherpa publiaient un rapport[12] recommandant de « *mettre en place un cadre législatif adapté à la restitution des avoirs illicites* ». La réflexion était poussée bien plus loin par TI France avec la publication, en octobre 2017, d'un nouveau rapport[13] proposant un dispositif complet *« d'affectation des avoirs issus de la grande corruption* ». Celui-ci prévoyait notamment que les biens définitivement confisqués par la justice française, en lien avec la commission d'infractions traduisant, de la part de personnes politiquement exposées étrangères, un manquement à leur devoir de probité ou un enrichissement illicite, puissent être affectés à *« l'amélioration des conditions de vie des populations* » et/ou « *au renforcement de l'état de droit et à la lutte contre la corruption dans le ou les pays où les infractions sous-jacentes ont eu lieu* ». Une procédure de consultation transparente impliquant de nombreux acteurs était prévue afin de permettre l'affectation la plus efficiente des sommes confisquées au sein des États récipiendaires. En conclusion de son rapport, TI France interpellait les autorités françaises afin qu'elles se saisissent de la question du recouvrement international des avoirs et mettent le dispositif national à hauteur des engagements internationaux de la France.

Bien qu'elle s'en éloigne à plusieurs égards, la proposition de TI France s'inspire largement de la législation et de la pratique suisse, État pionnier en la matière, et notamment de la Loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite (dite « LVP ») du 18 décembre 2015[14]. Ce texte, qui se veut subsidiaire au recouvrement des avoirs par le biais de l'entraide judiciaire, prévoit un mécanisme permettant le blocage, la confiscation et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de hautes personnalités publiques étrangères. Il présente notamment l'originalité de permettre au Département fédéral des finances (DFF) de pouvoir ouvrir devant la justice administrative helvétique une action en confiscation de fonds préalablement bloqués par le Conseil fédéral, ce dernier pouvant ensuite conclure un accord avec l'État d'origine afin de régler les modalités de restitution des biens confisqués.

En complément de ses nombreuses publications militant pour la création d'un dispositif autonome de restitution des « biens mal acquis »[15], TI France effectuait un important travail de *lobbying* auprès de plusieurs parlementaires et représentants des ministères concernés qui a fini par être pris en compte dans la sphère institutionnelle.

ii. La proposition de loi du sénateur Jean-Pierre SUEUR

En effet, le 6 novembre 2018, une proposition de loi « *relative à l'affectation des avoirs issus de la corruption internationale* » était déposée par le sénateur Jean-Pierre SUEUR[16]. Ce texte, fruit d'une véritable coopération entre TI France et le sénateur, proposait la création au sein du budget de l'État, d'un « fonds destiné à recueillir les recettes provenant de la confiscation des biens mobiliers et immobiliers détenus directement ou indirectement par des personnes étrangères politiquement exposées reconnues coupables, en France, […] des délits de recel ou de blanchiment du produit de biens ou de revenus provenant d'un crime ou d'un délit commis, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, au préjudice d'un État étranger ».

Adoptée en première lecture par le Sénat le 2 mai 2019, ce projet n'arrivait pas à terme en raison des réserves du Gouvernement liées aux « difficultés techniques d'une telle réforme » et à « la nécessité d'étudier toutes les pistes budgétaires permettant de restituer les produits des confiscations aux populations dans les pays d'origine »[17].

C'est ainsi que par courrier en date du 19 juin 2019, le député Laurent SAINT-MARTIN se voyait confier par le Premier ministre la mission « *d'examiner la question de la restitution des avoirs confisqués issus de la dépossession frauduleuse de populations ou d'États étrangers au regard, notamment, des principes posés par la Convention des Nations unies contre la corruption* » et, à ce titre, *« de bien vouloir étudier les dispositifs susceptibles d'être institués […] afin d'assurer cette restitution de sorte à ce qu'elle profite aux populations concernées* »[18] dans le cadre de l'élaboration d'un rapport plus

général sur le dispositif français de détection, d'identification, de saisie et de confiscation des avoirs criminels.

iii. Le rapport « Investir pour mieux saisir, confisquer pour mieux sanctionner »

Le 26 novembre 2019, les députés Laurent SAINT-MARTIN et Jean-Luc WARSMANN remettaient au garde des Sceaux le rapport « *Investir pour mieux saisir, confisquer pour mieux sanctionner* ». Celui-ci prévoyait notamment de « *mettre en oeuvre un dispositif législatif, budgétaire et organisationnel ad hoc et pragmatique permettant la restitution des avoirs confisqués dans les dossiers dits de biens mal acquis* » visant les « *personnes politiquement exposées à l'étranger et leurs proches* » reconnues coupables de blanchiment et de recel « *dans les dossiers de corruption internationale* »[19].

Concernant les modalités, il recommandait la création d'une cellule *ad hoc* au sein du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (MEAE) chargée de conclure des accords négociés avec les États d'origine. Il prévoyait aussi que les fonds définitivement confisqués soient versés au budget général de l'État avant d'être transférés, sur une ligne budgétaire dédiée, à l'Agence française de développement (AFD), laquelle se voyait confier la responsabilité d'élaborer et de mettre en oeuvre un « bouquet » de projets adaptés, au plus près des populations, dans les domaines de la santé, de l'éducation ou encore de l'accès à l'eau. Enfin, il prévoyait la *monitoring* des programmes de restitution sur le terrain[20].

Parallèlement à ces travaux élaborés dans la sphère non gouvernementale et au Parlement, plusieurs procédures judiciaires françaises, dont certaines ont pour origine une plainte de TI France ou Sherpa, donnaient lieu à des décisions définitives ordonnant la confiscation de biens acquis par des agents publics étrangers au moyen de fonds publics détournés ou de pratiques corruptrices.

B. Les décisions judiciaires ayant rendu nécessaire l'adoption d'un dispositif de restitution

i. La confiscation des biens de Teodorin Obiang

Le 27 octobre 2017, la 32e chambre du tribunal judiciaire de Paris condamnait Teodorin Obiang, vice-président de la République de Guinée équatoriale et fils de l'actuel président, à 3 ans d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 30 millions d'euros, également assortie d'un sursis, pour blanchiment d'abus de biens sociaux, de détournement de fonds publics, d'abus de confiance et de corruption. Était également prononcée, à titre de peine complémentaire, la confiscation de tous ses biens saisis au cours de la procédure[21] parmi lesquels figurent un hôtel particulier sis avenue Foch à Paris, détenu via plusieurs sociétés-écrans, et estimé à 107 M€.

Le 10 février 2020, la cour d'appel de Paris confirmait la confiscation des biens de Teodorin Obiang saisis en France, et le 28 juillet 2021, la Cour de cassation rejetait le pourvoi formé par le vice-président de la République de Guinée équatoriale conférant un caractère définitif aux confiscations et ouvrant la voie à leur exécution[22].

Ainsi, pour la première fois, des biens d'un montant significatif ont été définitivement confisqués par la justice française dans un dossier de corruption internationale jugé en correctionnelle. La vente des biens confisqués, initiée avec l'aliénation avant jugement de 17 véhicules de luxe saisis et cédés pour plus de 4M€, est activement menée, en ce moment même par l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC). Une partie des grands vins confisqués a ainsi été vendue lors de la vente exceptionnelle du 5 novembre 2021 commémorant les dix ans de la création de l'agence[23].

L'aboutissement du volet équato-guinéen de cette procédure, engagée par une plainte avec constitution de partie civile déposée en décembre 2008 par TI France[24], a permis aux juges d'interpeller le législateur sur le devenir des biens confisqués. En effet, le jugement rendu en première instance mentionne, après avoir rappelé que la confiscation emporte attribution des biens à l'État français, que « *compte tenu des caractéristiques de la corruption transnationale, il apparai[ssai]t désormais moralement injustifié pour l'État prononçant la confiscation de bénéficier de celle-ci sans égards aux conséquences de l'infraction* » invitant le régime français « *à évoluer en vue de l'adoption d'un cadre législatif adapté à la restitution des avoirs illicites* ».

ii. La confiscation des biens de Rifaat al-Assad

Hasard du calendrier, le procès en appel de Teodorin Obiang avait lieu à la même période que le procès, en première instance, d'un

autre agent public corrompu. En effet, du 9 au 17 décembre 2019 s'est déroulé, en son absence, le procès de Rifaat al-Assad, oncle de l'actuel président syrien, renvoyé devant la 32e chambre du tribunal judiciaire de Paris notamment pour blanchiment de corruption et de détournements de fonds publics. À l'origine de cette procédure, une plainte avec constitution de partie civile avait été déposée le 31 janvier 2014 par TI France et Sherpa[25] relevant la disproportion manifeste entre les revenus officiels de l'ancien vice-président de Syrie et l'importance de ses avoirs, notamment en France.

Le 17 juin 2020, Rifaat al-Assad a été condamné pour les délits susmentionnés sur la base d'une argumentation audacieuse[26], développée par le représentant du parquet national financier à l'audience, puis reprise à leur compte par les juges. Le jugement correctionnel a également prononcé la confiscation de l'ensemble de ses biens en France, dont le montant total est estimé à plus de 100 M€. Y figurent notamment un important patrimoine immobilier sis dans les 15e et 16e arrondissements de Paris, dans le Val-d'Oise, à Lyon et à Londres, acquis par l'intermédiaire de multiples sociétés-écrans implantées au Liechtenstein, au Luxembourg, au Panama ou encore aux Antilles néerlandaises et laissant apparaître de nombreux membres de la famille du condamné.

Le 9 septembre 2021, la cour d'appel de Paris a confirmé les confiscations prononcées. Mercredi 7 septembre 2022, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de Rifaat al-Assad rendant définitive la confiscation de son patrimoine en France.

iii. L'affaire Gulnara Karimova : un premier cas de restitution

Enfin, à l'issu d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), le tribunal judiciaire de Paris a prononcé le 26 juin 2019 la confiscation de trois biens immobiliers de grande valeur situés sur le territoire français et acquis, pour le compte de Gulnara Karimova, fille de l'ancien président ouzbek Islam Karimov, par l'intermédiaire de trois sociétés civiles immobilières (SCI) françaises ayant eu recours à des sociétés «*offshore*» et des comptes bancaires ouverts dans différents pays. L'ordonnance d'homologation condamne lesdites sociétés, reconnues coupables de blanchiment de corruption d'agent public étranger, à verser à la République d'Ouzbékistan, qui s'était constituée partie civile, la somme de 60 285 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice directement subi, somme prélevée sur les fonds issus de la vente des biens dont la confiscation a été ordonnée.

Cette décision, qui résulte à l'origine d'une procédure ouverte à la suite d'une demande d'entraide pénale adressée à la France par les autorités suisses, n'a pu être possible, au plan juridique, que grâce à la loi n°2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale. Celle-ci a en effet introduit une disposition dans le Code de procédure pénale permettant à toute personne qui, s'étant constituée partie civile, a bénéficié d'une décision définitive lui accordant des dommages et intérêts en réparation du préjudice qu'elle a subi du fait d'une infraction pénale, que ces sommes lui soient payées prioritairement sur les biens de son débiteur dont la confiscation a été décidée par décision définitive[27].

L'affaire Gulnara Karimova, qui constitue une « première judiciaire » comme elle a pu être qualifiée, à juste titre, par la presse[28], a ainsi donné lieu à la première décision de confiscation définitive rendue par la justice française dans une affaire de corruption internationale. Elle a surtout ouvert la voie, pour la première fois, à la restitution à un État du produit de la vente de biens confisqués issus de pratiques corruptrices. En mai 2020, les autorités ouzbèkes ont en effet annoncé avoir reçu, de la part de la France, 10 M$ au titre de la restitution partielle de ces avoirs. En effet, l'un des trois biens immobiliers a été vendu le 21 janvier 2020 pour la somme de 10 478 836 €.

Toutefois, cette réussite n'a été rendue possible que grâce à la persévérance des magistrats en charge du dossier qui ont convaincu, non sans mal, les autorités ouzbèkes de se constituer partie civile. L'adoption d'un dispositif autonome français de restitution des « biens mal acquis » n'en restait donc pas moins nécessaire.

II. Le nouveau dispositif français de restitution des « biens mal acquis » : un modèle innovant mais perfectible

C'est ainsi que la loi n°2021-1031 du 4 août 2021 a finalement créé un dispositif autonome de restitution des « biens mal acquis », largement inspiré du droit et de la pratique suisse en la matière et palliant aux limites de la Convention de Mérida. Ce dispositif très novateur présente toutefois certaines limites, notamment quant à l'étendue des personnes et des infractions sous-jacentes au blanchiment visées, auxquelles s'ajoute une impréci-

sion rédactionnelle (A). Les modalités de restitution demeurent, quant à elles, largement inconnues, notamment en ce qui concerne l'exigence de transparence, l'approche « *au cas par cas* » et le rôle accordé aux organisations de la société civile (B)

A. Un champ d'application à étendre

i. Un champ d'application personnel discutable

Le dispositif créé par l'article 2 XI de la loi du 4 août 2021 a vocation à s'appliquer aux *« personnes définitivement condamnées pour le blanchiment, le recel, le recel de blanchiment ou le blanchiment de recel »* de certains délits commis par des « *personnes dépositaires de l'autorité publique d'un État étranger, chargées d'un mandat électif public dans un État étranger ou d'une mission de service public dans un État étranger* ». Sur ce point, le législateur s'est clairement écarté de la proposition de loi du sénateur Jean-Pierre SUEUR ainsi que du rapport « *Investir pour mieux saisir, confisquer pour mieux sanctionner* », lesquels avaient tous deux prévu que le dispositif s'applique aux « *personnes politiquement exposées* » (« PPE »)[29].

Le choix du législateur de ne pas avoir retenu la notion de PPE, définie par le Code monétaire et financier (CMF)[30] et applicable en matière de prévention du blanchiment, semble avoir résulté de l'exigence de précision de la loi pénale et du manque d'objectivité de cette notion[31]. Cette dernière, telle qu'elle résulte du CMF, apparaît en outre trop restrictive dans la mesure où elle demeure circonscrite à une liste limitative de fonctions publiques énumérées par le CMF[32]. A contrario, la formule finalement retenue par le législateur devrait pouvoir permettre l'appréhension d'un éventail non limitatif d'individus en ce qu'elle semble pouvoir s'appliquer à « toute personne » ayant blanchi ou recelé des fonds issus d'un délit commis par un agent public étranger. Le dispositif devrait notamment pouvoir s'appliquer aux personnes issues de l'entourage des agents étrangers (membres directs de la famille, proches, associés…) lesquelles sont, en pratique, souvent amenées à participer à ce type d'infractions.

Bien que le recours à la notion de « *personne dépositaire de l'autorité publique d'un État, chargée d'un mandat électif public dans un État étranger ou d'une mission de service public dans un État étranger* » présente d'indéniables avantages, un tel choix pourrait également présenter certains inconvénients dans un contexte de recouvrement international des avoirs, et notamment quand il s'agira de qualifier des fonctions publiques étrangères. En effet, cette formule – empruntée aux articles du Code pénal réprimant la corruption internationale[33] et dont les contours sont dessinés par la jurisprudence – correspond à la définition française de l'agent public étranger (APE), laquelle a été élaborée par le droit national en prenant en compte les spécificités de la fonction publique française.

Pour pallier à cette difficulté, d'autres solutions auraient pu être explorées. Tout d'abord, le législateur aurait pu se référer à une définition supranationale de l'APE, comme par exemple celle retenue par la Convention de Mérida, texte très largement ratifié[34]. À l'instar de la LVP suisse, il aurait également pu réfléchir à la formulation d'une définition autonome et plus large de la PPE, distincte de celle du CMF, et détachée d'une liste limitative de fonctions[35]. Enfin, l'hypothèse d'une double référence à la fois à l'agent public étranger et à la PPE, ainsi qu'à leurs proches, aurait pu être envisagée dans un souci d'extension des possibilités d'application du dispositif.

ii. Un champ d'application infractionnel limitatif

Alors que la notion de PPE a été écartée car jugée trop restrictive notamment en ce qu'elle fait référence à une liste limitative de fonctions, le législateur a fait le choix de circonscrire le champ infractionnel du dispositif de restitution à une liste limitative de délits sous-jacents au blanchiment et au recel. Basée sur l'analyse des qualifications retenues dans les dossiers judiciaires de « biens mal acquis », la liste établie à l'article 2 XI de la loi du 4 août 2021 vise un large éventail d'infractions, en l'espèce le blanchiment, le recel, le recel de blanchiment et le blanchiment de recel des délits d'abus de confiance, de manquement à la probité (concussion, corruption passive et trafic d'influence passif d'agent public, prise illégale d'intérêt, pantouflage, favoritisme et soustraction de fonds par un agent public), de corruption active et de trafic d'influence actif commis par les particuliers, de soustraction ou de détournement de biens contenus dans un dépôt public, de corruption et trafic d'influence d'agent de justice, de corruption et de trafic d'influence d'agents publics étrangers ou de fonctionnaires internationaux, de corruption d'agents de justice étrangers et internatio-

naux et de trafic d'influence d'agents de justice internationaux.

Mais cette liste plutôt fournie fait toutefois l'impasse sur l'infraction d'abus de biens sociaux (ABS), délit – avec d'autres – à l'origine du blanchiment dans au moins un dossier de « biens mal acquis » définitivement jugé, et pas des moindres puisqu'il s'agit de l'affaire Teodorin Obiang (cf. *supra*). Si ce délit semble avoir été écarté de la liste car s'inscrivant dans le cadre de l'activité d'une société commerciale, et non d'une structure publique, l'application ou non du dispositif de restitution pourrait se poser dans le cas où seuls des éléments constitutifs d'un ABS seraient relevés au titre d'un délit sous-jacent au blanchiment dans un dossier de « biens mal acquis ».

Outre l'abus de biens sociaux, il aurait pu être intéressant d'envisager que le dispositif soit également applicable à d'autres infractions sous-jacentes du blanchiment telles que l'escroquerie ou la non-justification de ressources, et même pourquoi pas à toute infraction profitable commise par un agent public étranger, et ce, afin de pouvoir inclure dans le dispositif l'éventail le plus large de situations.

iii. Un champ d'application matériel imprécis

Enfin, au plan matériel, l'article 2 XI n'envisage que la restitution des « *recettes provenant de la cession des biens confisqués* » aux personnes définitivement condamnées. Si cette formule s'applique parfaitement aux confiscations immobilières, lesquelles impliquent la vente des biens dont les personnes condamnées sont définitivement dépossédées, il aurait été opportun que le législateur prévoit également la possibilité de restituer « *les sommes recouvrées* ». En effet, certains biens confisqués ne donnent pas lieu à cession. C'est notamment le cas des numéraires, mais surtout des sommes inscrites au crédit de comptes bancaires qui, en pratique, font partie des biens les plus souvent appréhendés par la justice[36]. Si les sommes inscrites au crédit de comptes bancaires ne représentent généralement pas les valeurs saisies les plus importantes dans les dossiers de « bien mal acquis », le législateur aurait dû faire sienne la formule retenue par la proposition de loi du député Jean-Pierre SUEUR laquelle vise « *les sommes recouvrées et le produit de la vente des biens confisqués* » afin de maximiser les opportunités de saisie dans des dossiers où les montants détournés sont souvent colossaux.

Outre ces quelques lacunes identifiées au sein d'un texte qui reste globalement innovant, la formulation succincte de l'article 2 XI laisse en suspens de nombreuses interrogations concernant les modalités de restitution des « biens mal acquis », lesquelles devraient toutefois être précisées par une circulaire actuellement en cours d'élaboration.

B. Des modalités de restitution qui restent à définir

i. Un principe de transparence à assurer tout au long du processus

L'article 2 XI de la loi du 4 août 2021 dispose que les projets de coopération et de développement financés par le nouveau mécanisme de restitution des « biens mal acquis » seront menées « *dans le respect des principes de transparence et de redevabilité* ». La principale manifestation de cette volonté de transparence réside dans le fait que les recettes provenant de la cession des biens confisqués donneront lieu à l'ouverture de crédits budgétaires au sein de la mission « Aide publique au développement» placée sous la responsabilité du MEAE. Un programme budgétaire dédié, le programme 370 intitulé « Restitution des biens mal acquis », a été prévu à cette fin par le projet de loi de finances pour 2022. N'étant pour le moment doté d'aucun crédit, il sera alimenté au fur et à mesure des cessions de biens par l'AGRASC.

Selon TI France, le « fléchage budgétaire » prévu devrait « *permettre d'assurer la traçabilité des fonds dès les premières étapes du processus de restitution* »[37]. Toutefois, la traçabilité budgétaire n'apparaît pas suffisante à assurer une pleine transparence, laquelle devrait être effective tout au long de la procédure de rapatriement des fonds. Dans cette optique, l'initiative StAR préconise notamment que les avoirs récupérés (montant, valeur ou encore date de réception), leur utilisation envisagée (usages spécifiques, montant, période ou encore entité responsable), la nature des dépenses (montant, objet ou encore date) et les résultats atteints fassent l'objet d'enregistrements et de publications officiels[38]. »En France, l'exigence de publicité sera assurée par la documentation budgétaire du programme 370 et au travers des rapports annuels ou de rapports *ad hoc* de l'AFD[39].

Il est toutefois légitimement permis de s'interroger sur les raisons pour lesquelles les autorités françaises n'ont pas fait preuve de plus de

transparence s'agissant du premier cas de restitution de « biens mal acquis », en l'espèce le rapatriement des fonds de Gulnara Karimova en Ouzbékistan. À ce sujet, un collectif d'ONG, parmi lesquelles TI France et Sherpa, publiait le 20 mai 2020 un communiqué de presse exprimant une vive inquiétude face à l'opacité des négociations franco-ouzbèkes concernant la restitution des biens de la fille de l'ancien président ouzbek[40]. En particulier était pointé « *l'absence de garantie quant à la supervision du processus de restitution par les autorités françaises* » ainsi que « *le manque de transparence quant au déboursement et au suivi des fonds en Ouzbékistan* »[41]. Si, certes, ce premier cas de restitution ne s'inscrit pas dans le cadre du mécanisme créé ultérieurement par la loi du 4 août 2021 et qu'il n'existait en mai 2020 aucune base légale pour justifier d'une pleine transparence du processus de rapatriement, les autorités françaises auraient pu, *a minima*, communiquer sur le déboursement des fonds. Or le versement de 10 M$ au titre de la restitution partielle des sommes issues de la vente des biens de Gulnara Karimova a été annoncée par les autorités ouzbèkes. Quant au reste de ces sommes, qui s'élève à plus de 50 M€, aucune information officielle n'a été donnée jusqu'à aujourd'hui par les autorités françaises. Pourtant, un second bien immobilier confisqué a été vendu le 12 octobre 2021 pour la somme de 9 400 000 € et le prix de vente a été reversé à la République d'Ouzbékistan via son avocat.

De son côté, la Suisse publiait le 11 septembre 2020 un communiqué de presse annonçant la restitution à l'Ouzbékistan de 131 millions de dollars confisqués dans des procédures pénales en lien avec Gulnara Karimova[42] dans le cadre de la signature d'un accord conclu avec les autorités ouzbèkes.

ii. Une approche « au cas par cas » à définir au moyen d'accords mutuellement acceptables

Conformément aux bonnes pratiques en la matière, les modalités de la restitution internationale des « biens mal acquis » devraient être réglées, dans chaque situation particulière, au moyen d'un accord ou d'un arrangement écrit mutuellement acceptable. Sur ce point, la loi du 4 août 2021 se limite à octroyer au MEAE le rôle de définir *« au cas par cas »* les modalités de restitution des recettes provenant de la cession des biens confisqués. Malgré le silence du texte, le site internet du MEAE fait figurer la « *recherche* » d'un accord avec l'État récepteur comme l'une des étapes du processus de restitution.

Ces accords devraient, dès que leur conclusion est possible, définir le cadre de la restitution, en exposer le processus et en énoncer les principes parmi lesquels devraient *a minima* figurer le mode de gestion des avoirs et l'instauration d'un mécanisme de contrôle (*monitoring*)[43]. En fonction de la solidité des institutions de l'État récepteur, les fonds rapatriés pourraient par exemple, soit directement être versés au budget général de l'État récipiendaire, soit alimenter un fond autonome créé spécialement pour l'occasion, et le contrôle de leur bonne utilisation pourrait, soit résulter d'un audit interne ou externe, soit être réalisé par l'intermédiaire d'une organisation bilatérale ou multilatérale de développement[44]. Mais les possibilités en la matière paraissent multiples, rien n'interdisant par exemple que les fonds puissent transiter via des ONG locales, une agence de développement ou encore une organisation internationale.

La mise en oeuvre des accords qui régiront ces procédures complexes nécessiteront l'intervention de diverses parties prenantes. En particulier, plusieurs organisations de l'État, au premier rang desquelles l'AFD, devraient se voir confier la mise en oeuvre des projets financés par le dispositif. Mais outre l'AGRASC[45], dont le rôle semble à ce stade cantonné à abonder le programme 370 avec les sommes et le produit de la cession de biens définitivement confisqués, un certain flou persiste quant aux potentiels autres intervenants nationaux et internationaux (organisations intergouvernementales, banques de développement etc…).

Bien plus problématique encore, l'article 2 XI ne fait à aucun moment référence aux États victimes. Si cette possibilité a été envisagée lors des débats , elle n'a finalement pas été retenue par le législateur alors que ces États devraient être au coeur du dispositif. Car, si la participation de ceux-ci au processus de restitution peut s'avérer, selon les cas, être un véritable *challenge*[46], notamment lorsque les personnes à l'origine des détournements seront toujours au pouvoir, l'utilisation des avoirs rapatriés devrait, selon l'initiative StAR, relever de la décision souveraine des autorités de l'État qui recouvre ses biens volés[47], *a fortiori* lorsqu'il s'agit de fonds issus de détournements de fonds pu-

blics.

iii. Un rôle accordé aux organisations de la société civile à préciser

Les seules parties prenantes dont l'intervention est explicitement prévue par le nouveau dispositif de restitution des « biens mal acquis » sont les organisations de la société civile (OSC), le MEAE ayant la mission de « *veiller à leur association* », sans plus de précisions. Cette formule laconique laisse de nombreuses questions en suspens. En premier lieu, on peut s'interroger sur le fait de savoir si seules les associations françaises de lutte contre la corruption seront amenés à participer au processus de restitution ou bien s'il est également prévu d'associer les ONG locales des États récipiendaires. On peut également se demander dans quelle mesure cette association des OSC sera élargie, au-delà des ONG, à d'autres acteurs tels que les universités et autres centres de recherche, les médias, les banques et autres institutions financières ou encore les cabinets d'avocats, lesquels peuvent jouer un rôle central dans le processus de recouvrement[48].

Mais surtout, outre le rôle qu'elles peuvent avoir en marge des restitutions (sensibilisation des institutions publiques ou privées, publication de rapports, information du public), les OSC devraient pouvoir pleinement prendre part au processus. Les forums arabe et ukrainien sur le recouvrement des avoirs ont établi un guide relatif au rôle des OSC en matière de recouvrement d'avoirs qui identifie deux missions en matière de restitution : le ciblage de l'utilisation des avoirs confisqués et le contrôle de l'utilisation transparente des fonds rapatriés via le *monitoring*[49].

En ce qui concerne le *monitoring*, l'expérience montre que les réseaux d'acteurs non étatiques, aussi bien dans les États victimes que dans les États qui restituent, permettent d'assurer une utilisation financièrement responsable des biens rapatriés ainsi que la transparence du processus global de restitution[50].

Les ONG pourraient ainsi être les mieux placées pour exercer un rôle de surveillance des programmes gouvernementaux financés par les avoirs rapatriés[51]. Le *monitoring* de la gestion des avoirs rapatriés pourrait notamment consister pour les ONG à veiller à ce que les mécanismes de contrôle appropriés soient mis en place par les autorités en charge du rapatriement, à surveiller et suivre les projets financés par des actifs rapatriés, à collaborer avec les populations locales concernées ou encore à réaliser un audit financier afin de vérifier l'exactitude des informations relative à l'utilisation des avoirs rapatriés et de s'assurer que le protocole approprié a été suivi[52].

Enfin, les avoirs pourraient être rapatriés via des ONG existantes ou via de nouvelles organisations créées pour l'occasion[53] afin de gérer certains avoirs spécifiques comme ce fût le cas dans l'affaire du *Kazakhgate*[54]. À partir de 2007, environ 115 000 000 $ ont été restitués au Kazakhstan par l'intermédiaire d'une fondation indépendante et à but non lucratif, la fondation BOTA, composée entre autres de citoyens kazakhs bénévoles, et administrée dans un premier temps par un consortium international d'ONG, puis par des spécialistes kazakhs[55].

Remerciements :

Léna BONNEMAINS, conseillère politique pour la Mission de la gouvernance démocratique, Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères

Sarah BRIMBEUF, responsable du plaidoyer grande corruption et flux financiers illicites, Transparency International France

Thomas GARREAU, adjoint à la chef du bureau Aide publique au développement (Mutlfin 5), Direction générale du Trésor, ministère de l'Économie et des Finances

Caroline GOUSSÉ, conseillère juridique pour la Direction de la diplomatie économique, Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères

Vincent Filhol, magistrat, chargé de mission auprès du directeur des affaires juridiques pour les affaires civiles et pénales internationales, Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères

Notes :

1. BAKER R. W., Le talon d'Achille du capitalisme. L'argent sale et comment renouveler le système d'économie de marché, alTerre, 2007, p.64-65.
2. UNODC/The World Bank, *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan*, 2007, p. 1.
3. La CNUCC a été ratifiée par la France le 11 juillet 2005.
4. Selon l'ONUDC, et dans le contexte de la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC), l'expression « recouvrement d'avoirs » désigne « l'identification, le gel, la saisie et la confiscation de biens entachés d'illégalité et, lorsque la loi l'autorise, la restitution des biens confisqués au propriétaire légitime ou aux victimes de la corruption, qui, dans certains cas, peut être un État partie à la convention ». Traduction libre de : « *In the context of the Convention, asset recovery means the identification, freeze, seizure and confiscation of illegally derived assets and, where authorized by law, the return of confiscated property to the prior legitimate owner of a confiscated asset or to those victimized by corruption, which in some instances might be a State party* », ONUDC, Digest of Asset recovery Cases, 2015, p. 1.
5. CNUCC, art. 57 (3).
6. Ibid. art. 53.
7. Disposition issue de la transposition de la décision-cadre 2006/783/JAI.
8. Si la première et seule restitution française intervenue en la matière dans l'affaire Gulnara Karimova a été rendue possible par la transposition en droit français des dispositions de la CNUCC, notamment avec la création de l'article 706-164 du CPP (cf. infra), dans ce dossier la

décision judiciaire ne fait aucunement référence à la Convention et ne peut donc être considérée comme une décision prise « sur le fondement » de la CNUCC.

9. Voir notamment le rapport du CCFD (Comité Catholique contre la Faim et pour le Développement), *Biens mal acquis. À qui profite le crime ?* paru en juillet 2009 et à l'origine de nombreuses procédures judiciaires.

10. Projet de loi no 3699 de programmation relatif au développement solidaire et à la lutte contre les inégalités mondiales.

11. La Guinée Équatoriale a tenté en vain de se constituer partie civile. Une ordonnance de rejet du juge d'instruction a été confirmée par la chambre de l'instruction puis par la Cour de cassation (Crim. 5 mars 2014, n°13-84.978).

12. TI France et Sherpa, *Pour une restitution des avoirs volés aux populations victimes. Les enseignements de l'affaire des Biens mal acquis, novembre 2014* (proposition n°10, p.29). Disponible ici : https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2014/11/Sherpa_rapport_bma_vf.pdf

13. TI France, *Le sort des biens mal acquis et autres avoirs illicites issus de la grande corruption. Plaidoyer pour une procédure adaptée au service des populations victimes*, 2017. Disponible ici : https://transparency-france.org/wp-content/uploads/2017/10/Rapport_BMA_restitution_avoirs_corruption.pdf

14. Cette loi, dont le nom complet est « Loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger » est entrée en vigueur le 1er juillet 2016 en remplacement de la Loi fédérale du 1er octobre 2010 sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées, dite Loi sur la restitution des avoirs illicites (LRAI).

15. L'ONG publiait également en 2019 un *Guide pratique pour une restitution pour une restitution des avoirs détournés* rappelant la nécessité de traduire en droit français cinq principes généraux devant guider toute procédure de restitution, en l'espèce la transparence, la redevabilité, l'efficacité, la solidarité et l'intégrité. Disponible ici : https://transparency-france.org/wp-content/uploads/2020/09/Guide-pratique-restitution-des-avoirs-WEB.pdf .

16. https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b1921_proposition-loi

17. TI France, *Guide pratique pour une restitution pour une restitution des avoirs détournés*, Ibid. p. 4.

18. SAINT-MARTIN L., WARSAMANN J-L., *Investir pour mieux saisir, confisquer pour mieux sanctionner*, nov. 2019, P. 3.

19. Ibid. p.60-62 (proposition 34).

20. Dans les zones géographiques ou l'AFD n'a pas compétence , il était que l'Agence ait la capacité de mettre en place une coopération avec des organisations internationales telles que la Banque mondiale ou des banques régionales de développement.

21. 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).

22. Crim. 28 juil. 2021, n°20-81.553.

23. https://evenium-site.com/site/vente-aux-encheres-10-ans-de-l- agrasc/presentation;jsessionid=G7o7pUWHtM0NeCk8NXCqiwXX.gl1?pg=presentation

24. 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 TI 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.

25. Cette plainte avec constitution de partie civile faisait suite à une première plainte simple en date du 16 septembre 2013.

26. Bien que les biens immobiliers aient été acquis entre 1980 et 1997, le tribunal a considéré qu'ils étaient confiscables car les faits ayant fait l'objet de la condamnation recouvraient la période de 1996 à 2016, et formaient un tout indivisible sur l'ensemble de cette période, eu égard à la multiplicité des opérations de blanchiment.

27. CPP, art. 706-164 al.1.

28. RFI, *Biens mal acquis: l'Ouzbékistan récupèrera les avoirs saisis en France*, Franck ALEXANDRE, 8 juillet 2019.

29. Le rapport des députés SAINT-MARTIN et WARSMANN avait prévu que le dispositif s'applique aux PPE ainsi qu'à « leurs proches ».

30. Selon l'article L. 561-10 du CMF, cette notion s'entend comme toute « *personne qui est exposée à des risques particuliers en raison des fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives qu'elle exerce ou a exercées* ».

31. Rapport fait au nom de la commission des finances sur la proposition de loi relative à l'affectation des avoirs issus de la corruption transnationale, Par M. Antoine LEFEVRE, Sénateur, enregistrée à la Présidence du Sénat le 27 mars 2019.

32. Une PPE s'entend comme toute personne qui exerce ou a cessé d'exercer depuis moins d'un an certaines fonctions importantes dont la liste est établie par le CMF art. R561-18 I : Chef d'État, chef de gouvernement, membre d'un gouvernement national ou de la Commission européenne ; membre d'une assemblée parlementaire nationale ou du Parlement européen, membre de l'organe dirigeant d'un parti ou groupement politique soumis aux dispositions de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 ou d'un parti ou groupement politique étranger ; membre d'une cour suprême, d'une cour constitutionnelle ou d'une autre haute juridiction dont les décisions ne sont pas, sauf circonstances exceptionnelles, susceptibles de recours ; membre d'une cour des comptes ; dirigeant ou membre de l'organe de direction d'une banque centrale ; ambassadeur ou chargé d'affaires ; officier général ou officier supérieur assurant le commandement d'une armée ; membre d'un organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise publique ; directeur, directeur adjoint, membres du conseil d'une organisation internationale créée par un traité, ou une personne qui occupe une position équivalente en son sein.

33. CPP, art. 435-1 et s.

34. CNUCC, art. 2 b) : « *On entend par "agent public étranger" toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue ; et toute personne qui exerce une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour un organisme public ou une entreprise publique* ».

35. La LVP définit les « personnes politiquement exposées à l'étranger » comme celles « qui sont ou ont été chargées de fonctions publiques dirigeantes à l'étranger, en particulier chefs d'État ou de gouvernement, politiciens de haut rang au niveau national, hauts fonctionnaires de l'administration, de la justice, de l'armée et des partis au niveau national, organes suprêmes d'entreprises étatiques d'impor-tance nationale ». Les « proches » des PPE sont, pour leur part, définis comme les « personnes physiques qui, de manière reconnaissable, sont proches des personnes au sens de la let. a pour des raisons familiales, personnelles ou pour des raisons d'affaires » (art. 2 a) et b)).

36. Sur ce point, voir notamment le rapport d'activité du Parquet national financier (PNF) pour la période allant du 1er janvier 2017 au 31 décembre 2020 (publication à venir).

37. BRIMBEUF S., *Biens mal acquis : vers un modèle de restitution ?*, LRDG n°34, p.21.

38. StAR (Stolen Asset Recovery), *Stolen Asset Recovery (StAR), Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan*, UNODC/ The World Bank, 2007, p. 24.

39. Entretien avec Thomas GARREAU, adjoint à la chef du bureau Aide publique au

développement, Ministère de l'Economie et des Finances.

40.https://transparency-france.org/actu/restitution-par-la-france-a-louzbekistan-des-avoirs-acquis-illegalement- par-gulnara-karimova-une-occasion-manquee/#.YgANu4ZKjIU

41.Côté ministère, on indique qu'il n'y aurait eu aucunes négociations entre les autorités française et ouzbèkes.

42.https://www.dfae.admin.ch/eda/fr/dfae/suche/suchresultat.html/content/eda/fr/meta/news/2020/9/11/80393

43.Dans le domaine du recouvrement des avoirs, la notion de monitoring fait référence à différentes formes et de degrés de contrôle et de supervision quant à l'utilisation des fonds restitués dans l'État récepteur (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. 319.

44.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. 345.

45.L'AGRASC s'était vu confier par le rapport des députés SAINT-MARTIN et WARSMANN la responsabilité de déterminer les dossiers appartenant à la catégorie des « biens mal acquis ». Ce rôle devrait finalement être assuré par le MEAE.

46.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. 120.

47.StAR (Stolen Asset Recovery), *Management of the Returned Assets: Policy Considerations*, 2009, p. 1.

48.GOMES PEREIRA P., ROTH A., ATTISSO K., « A Stronger Role for Non-State Actors in the Asset Recovery Process », in THELESKLAF D., GOMES PEREIRA P. (Ss. Dir.), Basel Institute On Governance, Non-state Actors in Asset Recovery, Peter Lang, 2011, p. 5 et s.

49.Ukraine Forum on Asset Recovery, *Guide to the Role of Civil Society Organizations in Asset Recovery*, p. 15- 16.

50.GOMES PEREIRA P., ROTH A., ATTISSO K., Ibid. p. 11-12.

51.LUGON-MOULIN A., « The Role of Donors in Supporting NSAs in the Asset Recovery Process », in THELESKLAF D., GOMES PERREIRA P. (Ss. Dir.), Basel Institute on Governance, *Non-state Actors in Asset Recovery*, Peter Lang, 2011, p. 158.

52. Ukraine Forum on Asset Recovery, Ibid. p. 16.

53.Ce mécanisme de restitution fait l'objet de critiques, notamment quant aux coûts qu'il génère.

54. StAR (Stolen Asset Recovery), Ibid. pp. 15-16.

55. 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.

OUVRAGES RÉCENTS

LA COMPLIANCE EN DROIT BANCAIRE ET FINANCIER

AUTEUR : ANTHONY MAYMONT

ÉDITEUR : MARE & MARTIN

Résumé

La maîtrise de la liberté contractuelle du banquier, qui est essentielle pour atteindre l'objectif de stabilité du système financier, doit être complétée par une perception nouvelle de notre culture juridique. Jusqu'à présent, le droit dictait aux entreprises et aux banquiers de s'éloigner de pratiques répréhensibles pour échapper à toute sanction. Or, la compliance va désormais au-delà en imposant aux banquiers de justifier qu'ils ont mis en oeuvre les dispositifs nécessaires afin d'éviter l'apparition de telles pratiques. Partant, la sanction tend à s'effacer au profit d'une régulation de leurs comportements par les opérateurs, laquelle consiste en une anticipation et une adhésion au système de prévention et de détection des risques.

ESCLAVAGE, SERVITUDE,TRAVAIL FORCÉ ET TRAITE : INTERPRÉTATION ET POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE EUROPÉEN

BÉNÉDICTE LAVAUD-LEGENDRE

CHERCHEUR CNRS, MEMBRE DU CENTRE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (COMPTRASEC), UMR 5114 – UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

L'article 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) pose, en 1950, le principe de l'interdiction de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé ou obligatoire, principe qui avait déjà été affirmé en 1948 dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et qui sera repris par la suite[1]. La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré en 2005 que cette interdiction constituait, avec les articles 2 et 3, l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques[2]. Pourtant, il a fallu attendre le début du XXIème siècle pour que la Cour condamne un État pour violation de l'article 4. Ce constat pose question. Il peut s'expliquer de différentes manières. L'absence de situations relevant d'un tel interdit, leur clandestinité, l'inadaptation des textes ou enfin, la prudence du juge face à des notions chargées d'histoire pourraient être à l'origine de cette situation. Nous approfondirons cette dernière hypothèse qui nous conduira à appréhender le rôle du juge comme celui d'un interprète.

L'étymologie du mot « interprète » renvoie au rôle d'un intermédiaire, d'un courtier, voire d'un traducteur. Le juge aurait alors pour rôle de procéder à une opération de traduction entre la langue savante du texte et la langue usuelle dans laquelle sont rapportés les faits, traduction entre l'intention du rédacteur du texte et la matérialité des éléments qui lui sont soumis, mais aussi, dans le contexte qui nous intéresse, traduction entre les éléments ayant présidé à l'adoption du texte dans un passé possiblement lointain et les faits tels qu'identifiés à l'époque où le juge se prononce[3].

Aussi, la rareté des décisions constatant une violation de l'article 4 pourrait résulter du décalage existant entre le contexte dans lequel les notions d'esclavage, travail forcé, servitude et traite des êtres humains ont été pensées, définies et juridicisées et le contexte contemporain. Pour combler ce décalage, le juge européen a à faire oeuvre créatrice en interprétant la Convention « à la lumière des conditions de vie actuelle »[4]. Entre 1950 et 2015, seules deux décisions ont retenu une violation de l'article 4 de la CEDH. Depuis 2015 en revanche, le juge semble se saisir de ce texte puisque plus de cinq décisions ont été rendues en ce sens. Ainsi, le juge européen tend à relire, rénover voire réécrire les termes d'esclavage, servitude, travail forcé et traite des êtres humains. Sera donc mis en évidence le travail de « déplacement, déconstruction et reconstruction de sens »[5] auquel procède le juge à propos de faits pour lesquels il doit déterminer s'ils caractérisent une violation de l'article 4.

Pour ce faire, nous reviendrons sur le contexte d'adoption des notions visées à l'article 4 avant de mettre en évidence le sens donné aux dites notions par le

juge européen en ce début de XXIème siècle.

I. Le contexte d'adoption des notions d'esclavage, traite et travail forcé

L'article 4 de la CEDH affirme : « Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire ». Or, les trois notions au coeur de ce texte ont juridiquement émergé dans un contexte historiquement daté qu'il importe d'identifier.

La prohibition de l'esclavage a été le résultat de long processus historique revêtant une dimension philosophique, sociale, économique, politique et juridique. Elle s'est notamment traduite par l'adoption du décret du 27 avril 1848 par lequel la France abolit effectivement l'esclavage[6]. À l'échelle internationale, il a été défini pour la première fois dans la Convention relative à l'esclavage de la Société des Nations de 1926[7], comme « l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux ».

C'est également au cours du XIXème siècle que de nombreux textes ont prohibé le commerce d'esclaves, via la référence à la traite, terme issu du latin « *trahere* » transporter, d'où faire venir, puis faire venir aux fins de commerce. L'expression « traite des esclaves », est apparue dans le premier Traité de Paris unissant la France et la Grande-Bretagne[8], avant d'être reprise et définie dans la Convention de 1926[9], comme « tout acte de capture, d'acquisition ou de cession d'un individu en vue de la réduire en esclavage ; tout acte d'acquisition d'un esclave en vue de le vendre ou de l'échanger ; tout acte de cession par vente ou échange d'un esclave acquis en vue d'être vendu ou échangé, ainsi que, en général, tout acte de commerce ou de transport d'esclaves ».

Au cours du XXème siècle et notamment après la seconde guerre mondiale, les formes d'esclavage juridiquement encadrées ont très majoritairement disparu[10], et avec elles les situations de traite des esclaves. Telle est vraisemblablement la raison pour laquelle entre les années 70 et la toute fin des années 1990, l'expression « traite des êtres humains » s'est substituée à celle de « traite des esclaves » pour désigner une réalité quelque peu différente. En décembre 1998, en effet, l'Assemblée générale des Nations Unies a annoncé la création d'un Comité intergouvernemental chargé d'élaborer une Convention contre la criminalité organisée, et d'examiner s'il y a lieu d'élaborer un texte consacré à la lutte contre le trafic des femmes et des enfants (...)[11]. La forme d'exploitation visée était alors principalement, l'exploitation sexuelle. En mars 1999, le Comité chargé d'élaborer ce texte a interrogé l'Assemblée générale sur la pertinence de limiter les bénéficiaires de la protection aux femmes et aux enfants[12]. L'Assemblée générale a finalement retenu une formulation plus large en intitulant le texte : « Protocole additionnel sur le trafic de tous les êtres humains et en particulier les femmes et les enfants »[13], dit « Protocole de Palerme ». C'est ainsi qu'on est passé de l'expression « traite des esclaves » à celle de « traite des êtres humains ». Cette expression y est définie comme reposant sur trois éléments : une action (recrutement, transport, transfert, hébergement, accueil), un moyen (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, offre ou acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre) et un but, à savoir l'exploitation. L'exploitation comprend 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[14].

Pour ce qui est enfin du travail forcé, il a été élaboré par le Bureau international du Travail dans le contexte de la persistance de formes de travail sous contrainte dans les colonies, malgré l'abolition de l'esclavage, depuis le milieu du XIXème siècle[15]. Le décret du 27 avril 1848 avait en effet assorti l'abolition de l'esclavage de la mise en place d'ateliers de discipline destinés aux personnes – principalement d'anciens esclaves - condamnées pour vagabondage ou mendicité. Les peines prononcées les contraignaient à être « employés au profit de l'État, à des travaux publics » pour une durée de trois à six mois. S'est ainsi peu à peu instauré un système de travail contraint, plus proche de l'esclavage que du salariat, qui assurait à l'État une main d'oeuvre disponible et peu onéreuse. C'est pour

y mettre fin que la Convention n° 29 sur le travail forcé, 1930, du Bureau international du Travail a prohibé, malgré certaines dérogations, « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de son plein gré ».

Depuis l'adoption de la Convention européenne et de son article 4, la définition des notions évoquées a peu, si ce n'est pas évolué. Ce sont les moyens destinés à lutter contre cette pratique qui ont retenu l'attention des institutions internationales[16]. C'est donc de manière cohérente que la Cour européenne vise les textes d'origine pour définir les notions d'esclavage, de travail forcé, de servitude ou de traite[17].

Pourtant, le contexte social, politique, technologique a considérablement évolué, sous l'effet notamment de l'essor des nouvelles technologies de l'information, du développement des modes de déplacement, de la globalisation. Autant d'évolutions que l'on peut synthétiser via la référence à une « ère informationnelle »[18]. Or, ces évolutions ont eu un impact considérable sur les relations de travail et partant, sur les dérives qu'elles sont susceptibles d'engendrer lorsque cette relation s'inscrit dans un contexte de contrainte, de domination et de dépendance. Il importe donc d'étudier la manière dont le juge européen a appliqué l'article 4 aux situations qui lui ont été soumises au cours de ces dernières années.

II. Le sens donné aux notions visées à l'article 4 par le juge européen

La jurisprudence de la Cour européenne a permis de clarifier le rapport entre les notions qui sont visées à l'article 4. Elle établit une gradation entre les qualifications d'esclavage, servitude et travail forcé. Depuis l'arrêt C.N. et V. contre France, la Cour retient que l'esclavage renvoie à « l'exercice d'un ou plusieurs des pouvoirs attachés au droit de propriété »[19]. Cette définition implique une simple situation de fait et n'exige pas que cet exercice se fonde sur une situation juridique. Le raisonnement tenu se distingue de celui adopté dans l'arrêt Siliadin contre France dans lequel la Cour avait affirmé : « Il ne ressort pas du dossier qu'elle ait été tenue en esclavage au sens propre, c'est-à-dire que les époux B. aient exercé sur elle, *juridiquement (nous soulignons)*, un véritable droit de propriété, la réduisant à l'état d'« objet » »[20].

De son côté, la servitude s'analyse en « une obligation de prêter ses services sous l'empire de la contrainte »[21]. Elle se distingue du travail forcé ou obligatoire, au sens de l'article 4 de la Convention, du fait du sentiment des victimes que leur condition est immuable et que la situation n'est pas susceptible d'évoluer[22].

Au-delà de ces éléments, l'examen des situations ayant donné lieu à la condamnation des États permet de préciser le sens devant leur être attribué.

La jurisprudence révèle tout d'abord le caractère non limitatif des activités relevant de ce texte. Historiquement, l'esclavage renvoyait principalement aux travaux agricoles accomplis dans les colonies, la traite des noirs désignait le commerce desdits esclaves dans le cadre du commerce triangulaire, le travail forcé correspondait aux travaux – que l'on qualifierait aujourd'hui de travaux publics - réalisés pour le compte des puissances coloniales, quand la traite des êtres humains a principalement été appliquée dans un premier temps au recrutement des femmes à des fins d'exploitation sexuelle. La Cour européenne des droits de l'homme a considérablement élargi la portée de ces termes. Les premiers arrêts rendus sur le fondement de l'article 4 ont permis de préciser que l'expression « travail forcé », (*forced labour* en anglais) ne devait pas être limitée au domaine du travail manuel contrairement à ce que pourrait laisser penser le terme anglais *labour*. La Cour justifie notamment cette lecture par l'expression « tout travail ou service » employée à l'article 2 §1 de la Convention n° 29 du BIT[23]. Plus largement, le Bureau international du Travail synthétise la logique appliquée par la Cour en affirmant : « *S'il est vrai que le travail forcé peut être plus répandu dans certaines activités économiques ou industries que dans d'autres, une situation de travail forcé se définit par la nature de la relation entre une personne et son « employeur » et non pas par le type d'activité exercée, aussi dures et dangereuses que puissent être les conditions de travail* »[24]. Ce propos nous semble également s'appliquer à l'esclavage ou à la servitude.

Pour ce qui est plus précisément des activités à propos desquelles la Cour a retenu une violation de l'article 4, le premier arrêt rendu portait sur des faits d'« esclavage domestique » - accomplissement

par une jeune femme de l'ensemble des tâches ménagères ou de soin des enfants[25] -. Par la suite, elle a affirmé, dans l'arrêt Rantsev contre Chypre et la Russie, que la traite des êtres humains, au sens de l'article 3 a) du Protocole de Palerme et de l'article 4 a) de la Convention anti-traite du Conseil de l'Europe, relevait de la portée de l'article 4 de la Convention. En l'espèce, il s'agissait d'une situation d'exploitation sexuelle revêtant une dimension transnationale[26]. L'article 4 a également été appliqué à une autre situation de traite des êtres humains commise, cette fois, à des fins de délinquance forcée. Les auteurs avaient eu recours à des mineurs originaires du Vietnam pour les faire travailler dans des fabriques de cannabis sur le territoire britannique[27]. Avec l'arrêt SM contre Croatie[28], la Cour a précisé que la notion de « travail forcé ou obligatoire » s'appliquait en outre aux cas de prostitution forcée, indépendamment du fait de savoir si les faits avaient eu lieu dans un contexte de traite des êtres humains, qu'il s'agisse de traite nationale ou transnationale, liée ou non à la criminalité organisée. Lors de deux arrêts récents enfin, la Cour a appliqué l'article 4 à des faits de travail agricole[29] pour l'un, et de travail dans des chantiers de construction pour l'autre[30]. Dans la première affaire, la Grèce qui a été condamnée à propos de saisonniers, recevant un salaire de 22 euros à raison de sept heures de travail et de trois euros par heure supplémentaire, et travaillant sous le contrôle de gardes armés[31]. Dans la seconde affaire, des ouvriers avaient été recrutés par groupes de 10 ou plus, en Bosnie et conduits en Azerbaïdjan pour travailler sur des chantiers dans la construction. Une fois sur place, leurs passeports furent confisqués et aucun ne bénéficia d'un permis de séjour ou d'un permis de travail. Ils indiquaient ne pas avoir été payés, avoir été hébergés dans des conditions insalubres et avoir subi des amendes, des coups, des formes de détention et des menaces physiques. La Cour a condamné l'Azerbaïdjan pour manquement à son obligation de procéder à une enquête effective sur les faits dénoncés[32].

Ces différentes affaires confirment la diversité des activités susceptibles d'être qualifiées d'esclavage, servitude, travail forcé ou traite des êtres humains.

Si la nature de l'activité ne semble pas constituer un critère pertinent pour discriminer une situation relevant de l'article 4, les moyens mis en oeuvre pour assurer l'exécution de la prestation de travail apparaissent en revanche déterminants. L'expression « travail forcé » évoque en premier lieu le recours à une contrainte physique, comme ce fut le cas dans l'affaire Chowdury contre Grèce[33] où les saisonniers étaient sous le contrôle de gardes armés. Mais en faisant sienne la définition de la Convention n° 29 du BIT[34], la Cour a admis, via la « menace de peine », le recours à une contrainte morale. Ainsi, le fait pour un avocat stagiaire de risquer de voir le Conseil de l'Ordre des avocats rayer son nom de la liste des stagiaires ou encore de voir rejeter sa demande d'inscription au tableau peut être qualifié de « menace d'une peine »[35]. Il en est de même, quant à la gravité ressentie, avec la menace d'expulsion pour une adolescente en situation irrégulière[36]. La Cour a souligné dans cette dernière affaire la dépendance de la requérante. Cet élément a probablement revêtu une réelle importance dans l'évaluation du niveau de contrainte. Des agissements d'ordre psychologique ou la soumission au remboursement d'une dette »[37] peuvent être qualifiés de « menace de peine ».

Par ailleurs, l'article 2 §1 de la Convention n° 29 du BIT associe au « travail » les adjectifs « forcé » ou « obligatoire ». Si le travail obligatoire « ne peut viser une obligation juridique quelconque »[38], force est de constater que la seule existence d'un texte de loi, d'un contrat ou d'une obligation morale ne suffit à l'écarter. La validité formelle du fondement juridique invoqué n'empêche pas que le travail soit « exigé (...) sous la menace d'une peine quelconque » et, de plus, contraire à la volonté de l'intéressé, pour lequel celui-ci « ne s'est pas offert de son plein gré »[39]. Aussi, on identifie différentes situations dans lesquelles la Cour a retenu une violation de l'article 4 alors même que l'obligation fondant la relation de travail avait une cause juridique apparemment légitime.

Dans l'arrêt Chitos contre Grèce[40], le juge européen a jugé contraire à l'article 4 de la CEDH une situation de travail résultant de la loi. En l'espèce, un médecin militaire avait été contraint de verser 112 155,69 euros en dédommagement à l'État grec pour avoir quitté son emploi,

avant d'avoir accompli la totalité des années auxquelles il était engagé en contrepartie de la gratuité de ses années d'étude. La Cour a estimé que la charge imposée au requérant était excessive. De ce fait, elle a considéré qu'il avait été obligé d'agir sous la contrainte et le dispositif critiqué tombait sous le coup de l'interdiction du travail obligatoire.

Pour ce qui est de la prestation de travail exécutée en vertu d'un contrat, la Cour considère que « Le consentement préalable de la victime n'est pas suffisant pour exclure de qualifier un travail de travail forcé »[41]. En 2020, la Cour a précisé que lorsque l'employeur abuse de son pouvoir ou tire profit de la situation de vulnérabilité de ses ouvriers afin de les exploiter, ceux-ci ne s'offrent pas de leur plein gré. Dès lors, « la question de savoir si un individu s'offre volontairement au travail est une question de fait qui doit être examinée à la lumière de toutes les circonstances pertinentes de l'affaire »[42].

Pour ce qui est d'une relation de travail qui trouverait sa cause initiale dans un devoir moral d'entraide familiale, la Cour a retenu la notion de « fardeau disproportionné »[43] pour distinguer une situation caractérisant une violation de l'article 4 d'une autre dans laquelle les tâches accomplies relevaient de ce qui peut raisonnablement être attendu dans le cadre de l'« entraide familiale ou de la cohabitation ». Dans l'arrêt CN et V. contre France, la Cour qualifie de « disproportionné » le fardeau supporté par l'une des deux soeurs qui exerçait les tâches domestiques. Pour retenir ce qualificatif, la Cour retient que sans celle-ci, les personnes poursuivies auraient dû avoir recours à une employée de maison professionnelle et donc rémunérée. En revanche, ils estiment que la charge de travail assumée par sa soeur, la seconde requérante, n'était pas démesurée.

On peut enfin retenir de cet examen de la jurisprudence, la récurrence de la référence par la Cour à la gravité des faits ou de l'atteinte aux droits et libertés. Ainsi, la notion de servitude recouvre une « forme de négation de la liberté particulièrement grave »[44]. La Cour affirme en outre que la notion de « travail forcé ou obligatoire » au sens de l'article 4 de la Convention, vise à assurer une protection contre des cas d'exploitation grave, comme les cas de prostitution forcée (...) »[45]. Elle a repris cette formulation dans l'arrêt SM contre Croatie en indiquant que « la notion de « travail forcé ou obligatoire » au sens de l'article 4 vise à assurer une « protection contre des cas d'exploitation grave »[46]. De son côté, l'Organisation internationale du travail indiquait en 2005 que le travail forcé englobe des activités qui sont plus graves que le simple non-respect du droit du travail et des conditions de travail en vigueur. Aussi, le seul fait de ne pas verser au moins le salaire minimum obligatoire à un travailleur, ne constitue pas en soi du travail forcé.[47] Quant au Groupe d'experts du conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA) a souligné les « graves conséquences de l'exploitation pour les victimes »[48] ou encore le fait que la traite constitue une « violation grave des droits humains »[49].

On mesure néanmoins la fragilité de ce critère de la gravité qui peut s'appliquer tant aux comportements commis, qu'à l'importance de l'atteinte aux valeurs bafouées ou encore aux conséquences de ces comportements. En outre, le critère de la gravité n'est pas objectivable mais renvoie à un écart entre un plus et un moins.

Ces différents exemples mettent en évidence le pouvoir créateur du juge européen dans son oeuvre d'interprétation de notions historiquement datées. Mais la cohérence de l'oeuvre ainsi produite n'est intelligible qu'*a posteriori*, une fois que l'interprète a *déplacé*, *déconstruit* et *reconstruit* le sens des termes utilisés[50]. Cette manière de faire peut être à l'origine d'une relative insécurité juridique. Par définition, le justiciable ne peut savoir avant que le juge ne se soit prononcé si la situation nouvelle qu'il présente relève ou non de l'article 4. On peut alors défendre la nécessité que soit élaborée une définition de la notion d'exploitation, notion qui apparaît dans l'infraction de traite des êtres humains et qui englobe notamment les qualifications d'esclavage, servitude et travail forcé. On rappellera en effet que la traite renvoie aux faits qui précèdent chronologiquement l'exploitation, puisqu'elle incrimine les actes commis « aux fins d'exploitation ».

Quant aux éléments qui permettraient de définir ce qu'est l'exploitation, ils mériteraient d'être approfondis, mais l'étude de la jurisprudence permet d'identi-

fier la fréquence de pratiques visant délibérément à isoler les victimes, ou à profiter de leur isolement, et à les enfermer dans une relation de dépendance. Autant d'éléments qui vont alors rendre possible l'exercice de la toute-puissance de celui qui bénéficie de la prestation de travail sur celui qui la fournit.

Notes :

1. Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000), notamment.

2. CEDH, Siliadin c/ France, 26 juillet 2005, requête no 73316/01, § 112.

3. F. OST, « Retour sur l'interprétation », dans Aux confins du droit, Helbing et Lichtenhahn, 2001, p. 121.

4. CEDH, Rantsev contre Chypre et la Russie, 7 janvier 2010, Requête n° 25965/04, §282.

5. F. OST, préc.

6. « L'esclavage sera entièrement aboli dans toutes les colonies et possessions françaises deux mois après la promulgation du présent décret dans chacune d'entre elles. À partir de la promulgation du présent décret dans les colonies, tout châtiment corporel, toute vente de personnes non libres seront absolument interdits ».

7. Différentes conventions bilatérales ont été adoptées au cours du XIXème siècle, notamment autour de la traite et du commerce d'esclaves ; E. DECAUX, Les formes contemporaines de l'esclavage, Les livres de poche.

8. Traité du 30 mai 1814. www.gallica.bnf.fr/ark :/12148/bpt6k93785p/f27

9. Article 1, 2°.

10. Pour établir davantage de nuances, il faudrait se référer aux rapports du BIT sur l'application de la Convention n° 29. Par exemple, Rapport de la Commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'OIT, du 2 juillet 1998. Voir également, sur l'évolution du droit dans travail dans les colonies, J-P. LE CROM, et al., « Histoire du droit du travail dans les colonies françaises (1848 -1960) », p. 229. https://halshs.archives-ouvertes.fr

11. Résolution A/RES/53/111 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 9 décembre 1998.

12. §10 de la résolution 53/111 ; Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s'y rapportant, p. 334 et s. https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Travaux_Prep_ebook/Travaux_Prep_ebook-f.pdf.

13. Résolution 54/126, E/CN.15/2000/4 (§4), l'Assemblée générale a prié le Comité spécial de remanier le texte en conséquence.

14. Doc. A/55/383, Recueil des traités, vol. 2237, 15 nov. 2000, p. 319.

15. J-P. LE CROM et M. BONINCHI (Dir.), « La chicotte et le pécule », PUR Éditions, 2021.

16. Protocole de 2014 relatif à la Convention sur le travail forcé, 1930 (p. 029), Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (A9-0018/2021).

17. Voir, CEDH, Siliadin c/ France, 26 juillet 2005, préc., § 122 à propos de la définition de l'esclavage dans la Convention de 1926. CEDH, Van der Mussele contre Belgique, 23 novembre 1983, Requête n° 8919/80, § 34 à propos de la définition du travail forcé dans la Convention n° 29, C.N. et V. c/ France, 11 octobre 2012, Requête no 67724/09, § 90 à propos de la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions ou pratiques analogues à l'esclavage ; CEDH, Rantsev contre Chypre et la Russie, préc. à propos de la définition de la traite des êtres humains dans le Protocole de Palerme.

18. M. CASTELLS, « La société en réseaux – L'ère de l'information », Fayard, 2001.

19. CEDH, C.N. et V. contre France, préc. § 91.

20. CEDH, Siliadin contre France, préc. § 122.

21. CEDH, Siliadin contre France, préc. § 124.

22. CEDH, C.N. et V. c. France, préc., § 91

23. CEDH, Van der Mussele, contre Belgique, préc., § 33.

24. BIT, Le coût de la coercition, Rapport global en vertu du suivi de la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, 2009, § 26.

25. CEDH, Siliadin c/ France, préc. ; CEDH, CN. et V. c/ France, préc.

26. CEDH, Rantsev contre Chypre et la Russie, préc.

27. CEDH, V.C.L. et A.N. contre Royaume-Uni, 05/07/2021, Requêtes n° 77587/12 et 74603/12.

28. CEDH, gr. ch., 25 juin 2020, SM c/ Croatie, Requête no 60561/14, § 303

29. CEDH, 30 mars 2017, Chowdury contre Grèce, Requête n° 21884/15.

30. CEDH, Zoletic et al. c/ Azerbaïdjan, 7 octobre 2021, Requête n° 20116/12, § 159 s.

31. CEDH, 30 mars 2017, Chowdury contre Grèce, préc.

32. CEDH, Zoletic et al. c/ Azerbaïdjan, 7 octobre 2021, préc., § 159 s.

33. Préc.

34. Selon l'art. 2 de la Convention 29 : « Tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de son plein gré ». Voir, Van der Mussele contre Belgique, préc. § 3.

35. CEDH, Van der Mussele contre Belgique, § 35 ; V. supra, CEDH, Graziani-Weiss c/ Autriche, 18 octobre 2011, Requête n° 31950/06, § 39.

36. CEDH, Siliadin contre France, préc. § 118. – Dans le même sens CEDH, C.N. et V. contre France, préc. § 77.

37. BIT, Le coût de la coercition, op. cit.

38. CEDH, Guide sur l'article 4, 2022, § 26.

39. CEDH, Van der Mussele, préc., § 34.

40. CEDH, Chitos contre Grèce, 4 juin 2015, Requête n° 51637/12.

41. CEDH, Chowdury et autres contre Grèce, préc. § 96, puis CEDH, Zoletic c/ Azerbaïdjan, préc. § 167.

42. CEDH, S.M. contre Croatie, préc. § 285.

43. CEDH, CN. et V. contre France, préc. §74 ; le critère du « fardeau disproportionné » avait déjà été retenu dans l'affaire CEDH, Van der Mussele, contre Belgique, préc., § 33.

44. CEDH Siliadin contre France, préc., § 124.

45. CEDH, Rantsev contre Chypre et la Russie, préc., § 303.

46. CEDH, SM contre Croatie, préc., Requête n° 60561/14, § 300.

47. OIT, Human trafficking and forced labour exploitation : Guidance for legislation and law enforcement, 2005, pp. 19-21.

48. GRETA, 4ème rapport général (2015), § 9.6.

49. GRETA, 8ème rapport général (2019), Introduction.

50. F. OST, préc.

LE NUMÉRIQUE À L'HEURE DU METAVERSE : UNE NOUVELLE ARME STRATÉGIQUE

SANDRINE RICHARD

DIRECTEUR DE L'ÉTHIQUE DES AFFAIRES ET DE LA DIPLOMATIE D'AFFAIRES CHEZ CRISTAL GROUP INTERNATIONAL

PHILIPPE COEN

PRÉSIDENT DE RESPECT ZONE & DU COMITÉ DE DÉONTOLOGIE DES JURISTES D'ENTREPRISE

Le numérique est devenu une arme stratégique. Le numérique est aujourd'hui un puissant outil dans le cadre de la guerre économique que se livrent les États.

Le cyberspace incluant bientôt le metaverse devient le nouveau territoire de cette révolution numérique et sa matière première en est la « donnée », l'information brute. Les GAFAM sont les acteurs de puissance et d'influence dans ce nouvel espace géographique stratégique créé par « la main de l'homme »[1] et s'imposent ainsi en concurrents des États.

Le Règlement général sur la protection des données (RGPD) de l'Union européenne est un exemple récent d'outil de guerre stratégique. Ce règlement démontre que derrière les données personnelles se cachent des enjeux de puissance stratégique. L'Union européenne cherche à garder le contrôle et à édifier un marché unique numérique protégé. L'objectif est que le citoyen européen soit relié à un réseau européen par ses connexions propres et y appartienne par son identité numérique. En bref, il s'agit d'installer une autonomie numérique européenne.

Contrairement aux États-Unis, cet enjeu stratégique n'a jamais donné lieu en France à un réel débat politique et économique, même si récemment le ministre de l'Économie, Bruno Le Maire, a insisté sur la nécessité de garantir notre souveraineté numérique.

Les entreprises n'ont pas pris conscience de cet enjeu stratégique que représente le « numérique ». Notre quasi-absence de souveraineté numérique n'a jamais inquiété personne durant des années. Les États souverains doivent pourtant construire une politique stratégique de la protection des données personnelles qui passera nécessairement par une prise de conscience du citoyen.

Mais pourquoi la course au développement de l'intelligence artificielle (IA) revête-elle une telle importance ? En utilisant l'IA des géants, nous prenons le risque de livrer les données et les connaissances de nos entreprises (e-santé, medtech) à des fournisseurs dont les intérêts ne sont pas les nôtres. Les États-Unis et la Chine ont une approche différente, moins gouvernés par l'éthique. L'émancipation que s'autorisent les GAFAM au regard du RGPD expose nos entreprises à une application onéreuse et complexe qui les affaiblit dans le champ compétitif.

L'épineuse question de la souveraineté numérique nationale ou européenne est superbement ignorés par les géants du numérique. Pour le moment, il est quasi impossible de se passer des outils proposés par les GAFAM. La cartographie des câbles sous-marins illustre tristement ce point. Le contrôle des flux d'informations est devenu hautement stratégique dans les guerres d'influence.

Les chiffres sont sans équivoque : 80% du trafic généré par les internautes français partent vers les États-Unis[2]. Les GAFAM ont financé leurs propres « tuyaux ». L'enjeu est ainsi de savoir qui aura le contrôle demain sur cette infrastructure de transmission des données. « D'ici 2024, 95% de la capacité sera

contrôlé par les GAFAM », dit un connaisseur du problème[3]. Depuis l'instauration du Cloud Act en 2018[4] par les États-Unis, le gouvernement américain peut avoir accès à toutes les informations stockées dans ces centres de données appartenant à des sociétés d'origine américaine. Il serait naïf de penser que les données soient simplement transmises... Il serait irresponsable de négliger la tendance à l'omnipotence de l'Amérique[5].

Alors comment garantir que nos données soient transmises de façon neutre quand vous ne contrôler pas le câble ?

Un autre domaine stratégique où l'IA prend toute son importance : l'industrie de l'espace. L'irruption des GAFAM dans ce domaine n'est pas anodin. Amazon a obtenu la « bénédiction » des autorités américaines pour déployer une constellation de plus de 3000 satellites en orbite basse, censés fournir internet à haut débit partout dans le monde.

Il faut redonner une forme d'indépendance technique à un monde inconscient d'être conquis non pas dans une confrontation permanente mais dans une véritable collaboration intercontinentale à l'aide des ONG expertes telle que Respect Zone et avec les compétences des juristes, garants de l'éthique des entreprises. Autrement dit, il faut informer, former, équiper et contrôler les entreprises ainsi que les citoyens face aux défis de demain. L'IA doit demeurer une aide à la décision mais l'humain doit en rester le centre. Cela ne pourra se faire sans confiance et transparence. Cette démarche collective est d'autant plus nécessaire à l'aube des metaverses où les droits humains ne pourront être garantis que par l'édiction de règles internationales .

Si la souveraineté numérique ne pourra se faire qu'au niveau de l'Europe, elle doit aussi développer une politique ciblée sur le numérique. L'espace numérique est devenu un outil d'influence et de pouvoir où des dépendances, des vulnérabilités et des menaces sont créées pour les individus, les organisations et les États. Le contrôle de données, leur accessibilité, leur protection et la gouvernance de l'espace numérique, et généralement la gouvernance des ressources numériques, deviennent des enjeux de souveraineté. Dans ce contexte, les États sont légitimement soucieux de préserver leur autonomie stratégique dans le cyberespace. Parallèlement, les États, dans leur fonction régalienne, prennent de plus en plus en compte la protection de la souveraineté des individus et des organisations qui sont légalement attachés à eux. C'est le cas de l'Union européenne qui, à travers diverses réglementations numériques, a mis en oeuvre une stratégie globale de protection couvrant à la fois la protection des intérêts vitaux de l'Europe, la protection des citoyens et la protection des entreprises contre menaces, dépendances ou influences ou influences indues. Le recours excessif aux technologies numériques non souveraines expose les citoyens à l'utilisation contraire à l'éthique de leurs données personnelles, les entreprises à des solutions coûteuses et complexes qui les fragilisent dans le domaine concurrentiel, et les États au chantage économique et politique. Pour les États, les questions d'influence et de puissance recouvrent également les questions stratégiques de guerre économique, juridiction numérique, fiscalité dans le cyberespace, protection des valeurs et des principes et protection des citoyens et de leurs données personnelles. Le cyberespace, bientôt metaverse, devient le nouveau territoire de cette révolution numérique et sa matière première, ce sont les données. Les GAMAM sont les acteurs du pouvoir et de l'influence dans ce nouvel espace géographique stratégique créé par « la main de l'homme » et imposent ainsi eux-mêmes comme concurrents des États. La prise de conscience de la nécessité de la souveraineté numérique doit être suivie par la construction d'une politique stratégique de protection des données personnelles, qui passera nécessairement par la sensibilisation des citoyens.

Elle doit développer également les interactions entre les autorités de régulation, les États à travers le Secrétariat d'État au numérique par exemple, et les entreprises, sensibiliser sur les enjeux du numérique et en faire une véritable science fondamentale. Nous nous devons de répondre aux enjeux nouveaux. L'ergonomie est une science interdisciplinaire qui permet d'analyser le comportement humain. Ces mesures permettent de créer des robots intelligents. Les Smart Flats sont au service du handicap et de la dépendance, ils conditionnent la vie de demain. Les neurosciences permettent l'essor des recherches sur les interfaces homme-machine. L'heure de la compréhension des mécanismes de l'intelligence numérique dans un contexte de guerre éco- technologique nous amène à repenser la gestion des outils en devenir.

La France doit se saisir de cette opportunité et tout mettre en oeuvre pour rattraper son retard face aux États-Unis et à la Chine. Comme l'a déclaré Poutine avant les derniers évènements, le leader de l'IA dominera le monde… Il appartient à la vieille Europe de faire en sorte que ce progrès inéluctable demeure placé sous l'égide de l'éthique et de l'humanité qui font son âme.

Notes :

1. Le devoir de souveraineté numérique, Rapport de la Commission d'enquête du Sénat.
2. https://www.latribune.fr/technos-medias/telecoms/trafic-internet-la-voracite-des-geants-du-net-coute-cher-aux-operateurs-telecoms-916165.html
3. Jean-Luc Vuillemin, directeur Réseaux et Services internationaux chez Orange.
4. *Cloud Act Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act CLOUD Act)* est une loi fédérale des États-Unis données personnelles). Le CLOUD Act a été adopté en mars 2018, cette loi extraterritoriale américaine permet aux administrations des États-Unis, disposant d'un mandat et de l'autorisation d'un juge, d'accéder aux données hébergées dans les serveurs informatiques situés dans d'autres pays, au nom de la protection de la sécurité publique aux États-Unis et de la lutte contre les infractions les plus graves dont les crimes et le terrorisme.
5. Charles de Laubier, « L'Europe redoute la loi américaine sur les données » [Le Monde, 11 octobre 2020.

OUVRAGES RÉCENTS

LE CODE DE LA CYBERSÉCURITÉ 2022

ANNOTÉ ET COMMENTÉ

AUTEURS : COLLECTIF DALLOZ, MICHEL SÉJEAN

ÉDITEUR : DALLOZ

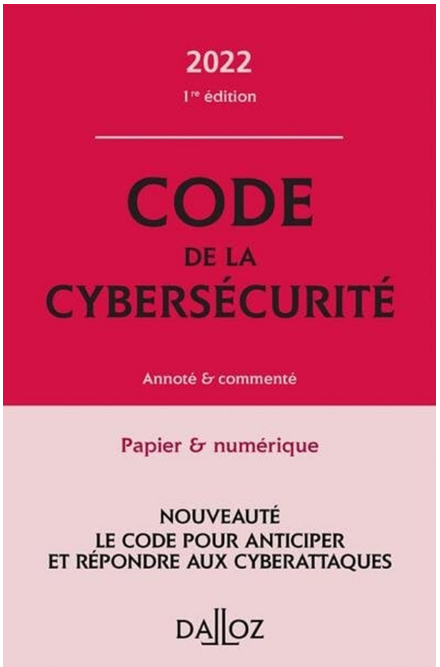
Résumé

Prévenir le risque cyber, défendre son activité et son patrimoine immatériel.

Les plus de cette édition :

- L'intégralité de la réglementation française, européenne et internationale expliquée et mise en perspective.
- Des commentaires accessibles rédigés par des juristes et des spécialistes de l'IT et des SSI.
- Des décryptages et des notices pratiques rédigés par des spécialistes et des praticiens de la matière.
- Inclus : le Code en ligne, enrichi, annoté et mis à jour en continu.

La conformité juridique, un pilier de la cybersécurité : le Code de la cybersécurité se veut la ré-



ponse aux enjeux de la menace cyber et de la transformation numérique.

Le code s'appuie ainsi sur la définition de la cybersécurité donnée par l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) déclinée en 3 parties :

- LIVRE I : Sécurité des systèmes d'information
- LIVRE II : Lutte contre la cybercriminalité
- LIVRE III : Cyberdéfense

Cette édition, réalisée sous la direction scientifique de Michel Séjean, Professeur des universités en droit privé et sciences criminelles, et avec le concours du Général Watin-Augouard, est préfacée par :

- Marie-Laure Denis, présidente de la CNIL ;
- Guillaume Poupard, directeur général de l'ANSSI ;
- Xavier Léonetti, Chef de la mission de prévention et de lutte contre la cybercriminalité du ministère de la Justice.

LES ÉVALUATIONS MUTUELLES DES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CRIMINALITÉ ORGANISÉE

MATHIEU BERTOLA

MAGISTRAT, ANCIEN EXPERT NATIONAL DÉTACHÉ (END) AUPRÈS DU SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE

Les propos tenus dans cet article n'engagent que son auteur

Alors que l'Union européenne (UE) traverse des zones de turbulences politiques depuis plusieurs années avec la gestion de la crise des migrants, le Brexit ou le respect de l'État de droit au sein de ses États membres, il est un domaine qui ne cesse de progresser : celui de la coopération judiciaire. L'avancée majeure qu'a représentée la création du mandat d'arrêt européen (MAE) en 2002 a depuis été complétée, outre par divers instruments de reconnaissance mutuelle, par la mise en place d'Eurojust, véritable illustration d'une coopération judiciaire renforcée, jusqu'à s'orienter vers une forme d'intégration avec la création du Parquet européen.

Si l'on peut percevoir intuitivement tout l'apport des avancées précitées, encore faut-il que leur effectivité soit objectivée. Généralement les textes élaborés par les institutions européennes prévoient que, dans les années suivant leur mise en place, un rapport d'analyse soit effectué afin de déterminer d'éventuels axes d'améliorations[1]. Mais le Conseil de l'UE a, depuis de nombreuses années, décidé d'aller plus loin. Pour ce faire, il a développé un mécanisme d'évaluation dans le domaine de la lutte contre la criminalité organisée. Ainsi, par une action commune du 5 décembre 1997[2], le Conseil de l'UE a créé les évaluations mutuelles dont le but est d'apprécier « l'application et la mise en oeuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre la criminalité organisée ».

Ce mécanisme d'évaluation entre pairs est moins connu que le Groupe d'action financière (GAFI) ou que le Comité d'experts sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme plus communément dénommé MONEYVAL sous son acronyme anglais. Pour autant, leurs finalités sont identiques dans des domaines qui leurs sont propres. Par conséquent, les apports des évaluations mutuelles sont déterminants en matière d'analyse de la coopération judiciaire, voire policière, dans la lutte contre la délinquance organisée.

Par ailleurs, les évaluations mutuelles fonctionnent grâce au support d'une entité qui elle aussi est méconnue : le secrétariat général du Conseil de l'UE (ci-après SGC). Le SGC est la structure qui permet au Conseil de l'UE et à sa Présidence de fonctionner sans discontinuer. Avec une Présidence tournante tous les 6 mois, il serait grandement compliqué pour un État membre d'assurer efficacement sa Présidence et toute la logistique subséquente. Le SGC est là pour pallier cette difficulté et pour fournir tout avis utile à la Présidence de l'UE.

Le présent article a pour objet de mettre en lumière le mécanisme des évaluations mutuelles. Dans cette optique, il sera tout d'abord décrit comment les

évaluations mutuelles fonctionnent et quels sont ses fondements (I). Dans un second temps, seront évoqués les apports des évaluations mutuelles et les axes qui pourraient être envisagés pour donner plus de visibilité et d'impact à ce mécanisme (II).

I. Les évaluations mutuelles, reflet du principe de confiance mutuelle dans le domaine de la lutte contre la criminalité organisée

A. Les fondements des évaluations mutuelles

Le coeur du mécanisme des évaluations mutuelles réside dans l'évaluation entre pairs. Ceci signifie que chaque État membre va pouvoir évaluer un autre État membre par l'intermédiaire d'experts qu'il aura désignés. Cette façon de procéder se distingue donc d'une évaluation supra-étatique émanant d'une structure extérieure aux États membres, comme pourraient le faire l' Office européen de lutte antifraude (OLAF) ou l'Observatoire international des prisons (OIP).

Au travers des évaluations mutuelles, chaque État membre passe du statut d'évaluateur au statut d'évalué. Ceci peut être vu comme l'expression d'une pierre angulaire du droit international : le principe de réciprocité. Mais cela va ici plus loin et dépasse la seule acceptation d'une action réciproque entre États. C'est surtout une façon d'aborder les problèmes ensemble et de trouver des solutions communes. En cela, c'est également le reflet du principe européen de confiance mutuelle qui caractérise la proximité des États membres au sein de l'UE. Ainsi, chaque État membre fait confiance à ses pairs pour apporter un point de vue objectif sur son système national et trouver des axes d'amélioration tant au niveau de l'État membre évalué qu'au niveau de l'UE.

Car le but des évaluations mutuelles est d'analyser, sous un angle pratique, l'application que fait chaque État membre de la « législation » pénale européenne dans le domaine de la criminalité organisée. Cette analyse prend la forme d'un rapport par État membre évalué, au terme duquel les équipes d'évaluation adressent des recommandations à l'État membre évalué, mais également aux autres États membres et aux institutions européennes. Surtout, les experts désignés mettent en exergue des bonnes pratiques qui ont pu être observées lors de l'évaluation. L'idée étant ensuite de diffuser ces bonnes pratiques afin qu'elles trouvent une résonance chez les autres États membres. De fait, c'est la coopération pénale au sein de l'UE qui s'en trouve favorisée.

Ainsi, par le biais d'une évaluation entre pairs, le mécanisme des évaluations mutuelles est bien le reflet de la devise du Conseil de l'UE qui se veut être la maison des États membres, tel que cela est mentionné dans le bâtiment « Juste Lipse » au 175 rue de la loi à Bruxelles.

Un autre point qui sous-tend les évaluations mutuelles est la prise en compte du caractère transfrontalier de la criminalité organisée. Cette affirmation apparaît aujourd'hui banale mais lors de la création des évaluations mutuelles en 1997 il était nécessaire d'accélérer sur la coopération pénale judiciaire afin de contrer des entreprises criminelles qui ne connaissent pas de frontières. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que le mécanisme des évaluations mutuelles a été créé avant la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE[3].

La mise en place d'équipes d'évaluations composées de praticiens de nationalités différentes permet un échange de points de vue avec les autorités évaluées, la création de liens et de points de contacts entre les autorités judiciaires. Ce faisant, cela structure le réseau de coopération au niveau européen et renforce *de facto* les moyens de réponse à une criminalité transfrontalière.

B. Le fonctionnement des évaluations mutuelles

Les évaluations mutuelles fonctionnent par cycle d'une durée d'environ deux ans.

Les États membres commencent par définir un thème à évaluer en lien avec la criminalité organisée. Depuis la création de ce mécanisme en 1997, les thèmes ayant été abordés ont notamment visé la cybercriminalité, la criminalité environnementale ou encore Eurojust. Le thème du 9ème cycle des évaluations mutuelles qui va se terminer à la fin de l'année 2022 porte sur le principe de reconnaissance mutuelle dans le domaine de la privation de liberté. Quatre instruments de reconnaissance mutuelle ont été choisis pour illustrer ce

principe : le MAE, la reconnaissance mutuelle des peines privatives de liberté, la reconnaissance mutuelle des peines de probation et alternatives à l'emprisonnement et le contrôle judiciaire européen.

Une fois le thème choisi, le SGC élabore un questionnaire qui cherche à mettre en évidence les autorités compétentes dans la matière évaluée, leurs façons de travailler et de coopérer tant au plan national qu'au sein de l'UE mais aussi leurs difficultés légales pratiques. Ce questionnaire est revu par la Présidence qui le diffuse ensuite aux États membres en vue de son adoption dans un groupe de travail. C'est ensuite l'ordre des visites des États membres à évaluer qui est adopté selon le même procédé.

En parallèle, chaque État membre va transmettre au SGC une liste de personnes particulièrement qualifiées dans le domaine à évaluer. À titre d'exemple pour le 9ème cycle des évaluations mutuelles ces personnes étaient des magistrats, personnels du ministère de la justice ou des conseillers d'insertion et de probation.

L'unité des évaluations mutuelles du SGC va alors avoir la charge de sélectionner trois experts pour se rendre dans un État membre. La seule règle découlant de l'action jointe de 1997 est qu'aucun expert ayant la nationalité de l'État membre évalué ne peut faire partie de l'équipe d'évaluation. Pour le reste, une pratique veut qu'un expert provenant d'un pays voisin et qu'un autre étant d'un pays plus éloigné soient désignés. Le SGC va ensuite coordonner le travail de ces experts et leur fournir toute la documentation nécessaire (législation européenne, jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et réponses au questionnaire).

L'équipe d'évaluation se rend ensuite dans l'État évalué. Lors de l'évaluation sur site, l'équipe d'évaluation comprend les trois experts mais aussi des observateurs : le coordonnateur du SGC, un membre de la Commission européenne ou, dans le cas du 9ème cycle des évaluations mutuelles, un membre d'Eurojust. L'équipe d'évaluation va alors s'entretenir avec toutes les autorités nationales compétentes dans le domaine ciblé.

Lors de son déplacement, l'équipe d'évaluation n'a pas de pouvoir coercitif au sein de l'État membre évalué. Elle dépend donc, pour l'obtention des informations nécessaires à l'élaboration de ses conclusions, du bon vouloir des autorités interrogées. L'expérience montre toutefois que les autorités qui reçoivent les évaluateurs mettent tout en oeuvre pour apporter des réponses les plus complètes possibles et ne cachent pas d'éventuelles difficultés qu'elles peuvent rencontrer. Les discussions sont toujours franches et ouvertes. Il arrive d'ailleurs assez fréquemment que les autorités évaluées soumettent à l'équipe d'évaluation des idées de recommandations dans le but de se servir du rapport établi auprès de leurs propres ministères. C'est l'esprit des évaluations mutuelles qui se révèle ici. Un domaine où les praticiens oeuvrent dans un but commun de lutte contre la criminalité organisée, au-delà des problématiques politiques qui pourraient se faire jour.

II. La nécessité de repenser les apports des évaluations mutuelles

A. L'adoption du rapport d'évaluation et son suivi

À l'issue de la semaine d'évaluation, les experts présentent leurs conclusions préliminaires qui pourront évoluer mais seront généralement le reflet des conclusions définitives contenues dans le rapport. En effet, une fois le déplacement au sein de l'État membre évalué effectué, s'ouvre une période où les experts, avec le soutien du SGC, rédigent le rapport et déterminent les recommandations et bonnes pratiques. Bien entendu, l'État membre évalué bénéficie de la possibilité d'apporter des commentaires avant l'émission du rapport. Ces commentaires sont analysés par les experts qui détermineront *in fine* dans quelle mesure ils seront intégrés ou non à leurs observations.

Lorsque le rapport est émis, il doit ensuite être adopté au sein d'un groupe de travail du Conseil de l'UE. Auparavant, un groupe était spécifiquement dédié aux discussions des rapports d'évaluations mutuelles[4]. Aujourd'hui, il est nécessaire d'évoquer les rapports d'évaluations mutuelles dans un groupe de travail en lien avec le sujet évalué. Ainsi pour le cycle sur la criminalité environnementale c'était un groupe de travail regroupant des enquêteurs[5] et un groupe de travail portant sur des questions plus judiciaires[6] qui était utilisé.

Pour le 9ème cycle des évaluations mutuelles, seul ce dernier groupe de travail est utilisé. L'absence de groupe de travail dédié peut être problématique car les priorités des Présidences peuvent évoluer et leurs créneaux disponibles s'avéraient limités.

Les rapports sont discutés dans une réunion bénéficiant d'une interprétation intégrale. Cela signifie que l'interprétation est disponible pour toutes les langues officielles des pays de l'UE. Les experts qui normalement parlent anglais (excepté pour trois évaluations[7] où ils parlent français) ont la possibilité de s'exprimer dans leurs langues maternelles tout comme toutes les délégations qui sont présentes.

La présentation du rapport débute par un exposé des conclusions des experts. C'est ensuite l'État membre évalué qui a la parole pour donner son avis. Viennent alors deux États membres, préalablement désignés, qui interviennent pour poser des questions sur le rapport. La majeure partie du temps ces questions sont adressées à l'État membre évalué en amont de la réunion du groupe de travail afin qu'il puisse y apporter des réponses les plus complètes possibles. En dernier lieu, toutes les délégations mais aussi la Commission européenne ont la parole pour faire tous commentaires ou poser des questions.

Le rapport doit être adopté à l'unanimité. Cette règle peut occasionner des difficultés dans les rares cas où un État membre, qui n'est pas celui évalué, veut faire modifier des points dans un rapport. Dans un tel cas de figure, l'idée sous-tendue est que les conclusions qui valent pour un État membre ne doivent pas être généralisées et *de facto* le rapport de l'État membre évalué doit être rectifié pour éviter cette généralisation. Dans une telle situation, les experts doivent parvenir à un accord avec l'État membre intervenant. Si les modifications sont simples, la solution peut être trouvée lors de la réunion. Si les demandes de révision du rapport sont trop importantes ou complexes, l'adoption du rapport peut être renvoyée à une prochaine réunion et dans l'intervalle, experts et État membre intervenant se mettent d'accord, tout en tenant informé l'État membre évalué.

Une fois le rapport adopté, une période de 18 mois de suivi s'ouvre pour l'État membre évalué. Au terme de ces 18 mois, l'État membre évalué doit transmettre au SGC un rapport de suivi dans lequel il mentionne comment il s'est conformé aux recommandations qui lui ont été faites. En outre, à l'issue de l'adoption de tous les rapports d'évaluation, le SGC prépare un rapport final du cycle qui synthétise toutes les conclusions, recommandations et bonnes pratiques.

Depuis 2015, les États membres ont décidé que le rapport final de cycle devait être présenté au Conseil lors d'un sommet regroupant les ministres de la Justice. Cette décision vient donner de la visibilité aux évaluations mutuelles mais également un poids politique. Toutefois, il faudrait l'accompagner de certaines évolutions pour que ce mécanisme d'évaluation par les pairs puisse avoir plus d'impact.

B. L'avenir des évaluations mutuelles

Les évaluations mutuelles ont en effet besoin de visibilité. Les rapports contiennent de nombreuses informations précieuses pour les praticiens et au-delà pour les universitaires ou toutes personnes intéressées dans la coopération pénale européenne. Longtemps les rapports sont restés sous le registre d'une publicité restreinte, c'est-à-dire qu'ils n'étaient pas publics mais que l'État membre, s'il l'autorisait, pouvait lever cette restriction. Les États membres ont depuis décidé que les rapports d'évaluation seraient publics. Pour autant, encore faut-il savoir où les trouver. Lorsque vous utilisez un moteur de recherche sur internet et que vous entrez la mention « évaluation mutuelle en matière de criminalité organisée » vous pourrez avec un peu de chance retrouver un rapport. Si vous cherchez sur le site du Conseil de l'UE, aucune rubrique n'est dédiée au mécanisme des évaluations mutuelles[8]. La visibilité du travail d'évaluation n'est pas une question d'égo des évaluateurs voulant montrer le travail qu'ils ont accompli. C'est surtout un moyen de pression médiatique sur les États membres évalués pour les pousser à se conformer à des recommandations qu'ils ont accepté de suivre. Si personne ne sait qu'un État doit se soumettre à certaines injonctions, quelle pourrait être la sanction s'il ne le fait pas ?

Là se trouve également l'une des faiblesses du mécanisme d'évaluations mutuelles. Les recommandations ne sont pas contraignantes. L'État membre évalué doit s'y soumettre volontairement. Aucun

mécanisme de sanction ne peut intervenir lorsque l'État membre décide de ne pas appliquer une recommandation. La lecture des rapports de suivi, transmis 18 mois après l'adoption du rapport, fait fréquemment ressortir qu'une ou plusieurs recommandations n'ont pas été suivies d'effet. Si parfois cela est dû à de réelles difficultés législatives ou constitutionnelles, il est d'autres fois clair qu'un manque d'envie politique a mis à mal les espérances des équipes d'évaluations.

La question est alors de savoir comment remédier à un tel état de fait. Un premier axe de réflexion se trouve dans une discussion plus approfondie entre la Présidence de l'UE, sous l'impulsion du SGC, avec la Commission européenne. En effet, cette dernière a la possibilité de mettre en oeuvre une procédure d'infraction à l'encontre d'un État membre lorsque celui-ci ne respecte pas le droit de l'UE[9]. Il faut cependant que la recommandation qui n'est pas respectée par l'État membre vise précisément un texte de droit de l'UE. Or, bien souvent les recommandations formulées vont au-delà des exigences fixées par les textes européens. Ce sont des praticiens qui les émettent et les recommandations ont avant tout un objectif pratique. Elles visent par exemple à améliorer le fonctionnement d'une autorité compétente en lui octroyant une augmentation de ses effectifs, à permettre une meilleure coopération entre autorités compétentes nationales par la mise en place de réunions périodiques ou de conventions. Dès lors, la Commission européenne n'aurait pas de base légale pour lancer une procédure d'infraction et faire respecter les recommandations inappliquées.

Une seconde possibilité, qui est la plus radicale, est de refonder le mécanisme des évaluations mutuelles selon le chemin pris par les évaluations dans le domaine Schengen[10]. Si l'on suit le processus utilisé pour les évaluations Schengen, cela signifierait que le Conseil de l'UE ne serait plus à la manoeuvre sur ce point. En effet, l'article 70 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit qu'il revient à la Commission européenne de proposer une telle modification et que le Conseil de l'UE devrait agir en collaboration avec la Commission dans le fonctionnement des évaluations mutuelles. Ainsi, dans le mécanisme des évaluations Schengen c'est désormais la Commission qui établit les programmes d'évaluation et leurs thèmes avec pour corollaire de rendre les recommandations, faites par les équipes d'évaluations, coercitives. Une telle évolution pourrait contrer le manque d'envie de certains États membres dans la mise en oeuvre des recommandations qui leur sont faites. Il est cependant clair que les États membres lors de la réception des équipes d'évaluations seraient plus prudents dans leurs réponses. Le risque que les discussions entre praticiens soient moins ouvertes est en somme bien réel et on se dirigerait vers une perte de la philosophie des évaluations mutuelles.

Un autre moyen d'action serait de mieux mettre en valeur les bonnes pratiques découvertes au cours des évaluations des États membres. Les États membres pourraient dédier un groupe de travail sur ce point. Au cours de cette réunion, les États membres dont certaines pratiques ont été jugées innovantes ou particulièrement utiles pourraient indiquer comment ils ont pu les mettre en place. Les autres États membres conviendraient ensuite de réaliser les actions nécessaires afin de s'en inspirer ou de dupliquer ces bonnes pratiques.

Enfin, il apparaît primordial de coupler les conclusions des évaluations mutuelles avec l'activité législative du Conseil de l'UE dès que l'occasion s'en présente. Les rapports d'évaluation regorgent d'informations, d'analyses pratiques et de souhaits de praticiens. Ne pas les utiliser revient à nier leur utilité et plus généralement celle des évaluations mutuelles. Actuellement, le Conseil de l'UE discute de la rédaction d'une nouvelle directive sur la criminalité environnementale, suite à la proposition de la Commission européenne du 15 décembre 2021. Or le 8ème cycle des évaluations mutuelles était précisément dédié à ce thème. Il y a là une occasion évidente de récupérer les points pertinents du 8ème cycle pour étayer l'élaboration de cette directive.

Les possibilités d'utiliser plus efficacement ou de renforcer le mécanisme des évaluations mutuelles sont multiples. Il appartient désormais à la Présidence de l'UE d'actionner les leviers adéquats pour atteindre cet ob-

jectif et ce faisant, de parfaire la lutte contre la criminalité organisée au niveau européen.

Notes :

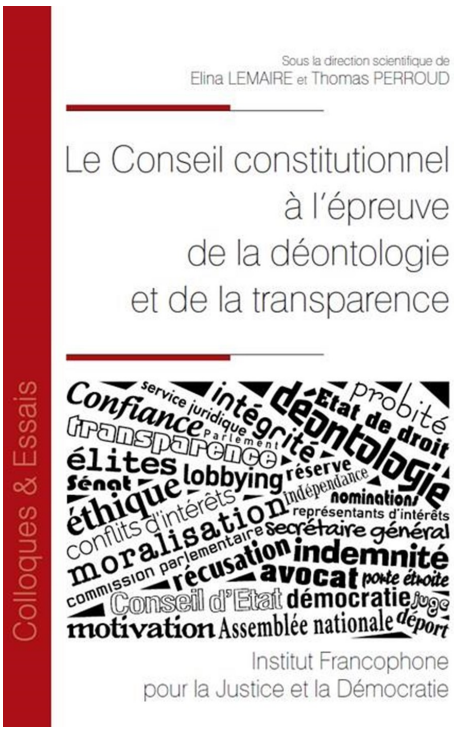
1. Voir par exemple les articles 34 (3) de la Décision-Cadre 2002/584/JAI relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres ou 29 (5) de la Décision-Cadre 2008/909/JAI concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne.
2. Action commune 7/827/JAI du 5 décembre 1997 Journal officiel n° L 344 du 15/12/1997 p. 0007 – 0009.
3. JO C 197 du 12 juillet 2000, p. 1-2.
4. Le groupe questions Générales y compris Évaluations (GENVAL).
5. Le groupe Law Enforcement Working Party (LEWP).
6. Le groupe Coopération en matière Pénale (COPEN).
7. Évaluations de la Belgique, de la France et du Luxembourg.
8. Le SGC travaille actuellement à la création d'une page web dédiée aux évaluations mutuelles permettant de retrouver notamment les rapports finaux et les rapports d'évaluation de chaque État membre.
9. Article 7 du traité de l'UE.
10. Les évaluations Schengen ont pour but de détecter chez les États membres évalués les manquements dans l'application des règles relatives à l'espace Schengen et de veiller à ce qu'il soit rapidement remédié à ces difficultés.

OUVRAGES RÉCENTS

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL À L'ÉPREUVE DE LA DÉONTOLOGIE ET DE LA TRANSPARENCE

SOUS LA DIRECTION DE ÉLÉNA LEMAIRE ET THOMAS PERROUD

ÉDITEUR : : INSTITUT FRANCOPHONE POUR LA JUSTICE ET LA DÉMOCRATIE



Résumé

Depuis le début des années 2000, la progression de la culture de la déontologie a conduit au renforcement des exigences éthiques applicables aux institutions publiques, par la multiplication des outils et instruments déontologiques et le renforcement des obligations pesant sur les acteurs politiques, les responsables publics, les fonctionnaires, les magistrats et les agents publics. Ces progrès ont relativement épargné le Conseil constitutionnel, qui est resté en marge de ce mouvement. Alors que l'institution s'est radicalement transformée depuis 1958, endossant notamment (depuis l'entrée en vigueur de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité) des missions proprement juridictionnelles, les règles de droit constitutionnelles, organiques ou réglementaires relatives à sa composition, au statut de ses membres, à son organisation et à son fonctionnement n'ont, quant à elles, qu'assez peu évolué. Cet ouvrage se propose de pointer les difficultés que soulèvent, du point de vue de la déontologie et de la transparence, la composition, l'organisation et le fonctionnement de l'un des principaux gardiens de notre État de droit.

LA SAISIE ET CONSERVATION DE LA PREUVE NUMÉRIQUE

JEAN-LOUIS COURTEAUD

DOCTEUR EN SCIENCES DE L'INFORMATION, INGÉNIEUR. EXPERT EN INFORMATIQUE ET CRIMINALISTIQUE PRÈS LA COUR D'APPEL D'ORLÉANS ET LA COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE VERSAILLES, INSCRIT SUR LA LISTE NATIONALE DE LA COUR DE CASSATION

DANIEL MOULY

PRÉSIDENT DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS DE JUSTICE EN INFORMATIQUE ET TECHNIQUES ASSOCIÉS (CNEJITA), INGÉNIEUR, EXPERT EN INFORMATIQUE ET CRIMINALISTIQUE PRÈS LA COUR D'APPEL DE BORDEAUX ET LA COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE BORDEAUX

Pour bien comprendre la problématique que nous traitons aujourd'hui, il faut d'abord en appréhender l'historique.

La science numérique ou plutôt à l'époque « informatique », est une science jeune, même pas centenaire.

Nous pouvons raisonnablement dater le premier ordinateur à la période post 2ème guerre mondiale avec l'apparition et la mise en service du premier calculateur, l'ENIAC, énorme bête nécessitant des ingénieurs et des scientifiques pour le faire fonctionner, d'une fiabilité inacceptable aujourd'hui et qui savait parfaitement faire ce que sait faire une calculatrice de base de nos jours. D'ailleurs, à l'époque on ne parlait pas d'ordinateurs mais de calculateurs.

Cependant, la logique de traitement était présente et l'acte de naissance (mais on ne le savait pas à l'époque) de la science numérique était posé.

Quelques années plus tard, apparaissaient sur le marché les premiers ordinateurs scientifiques et de gestion qui servaient des domaines aussi variés que la NASA et les grands groupes de banques et d'assurances. Des machines idéales pour organiser des rendez-vous circumlunaires ou pour calculer des échelles d'intérêts. Il s'agit d'ordinateurs dits centraux avec non plus des scientifiques autour, mais des ingénieurs. Nous sommes dans les années 60.

Les années 70 voient l'avènement des ordinateurs dits départementaux dont le rôle est de soulager les ordinateurs centraux en déportant certains traitements spécifiques (le calcul de la paie par exemple).

Et puis, dans les années 80 arrive le micro-ordinateur, naissance d'une nouvelle architecture permettant sur un coin de bureau de disposer d'une certaine puissance de calcul (toute relative) et qui, dans un premier temps (mais dans un premier temps uniquement), évoluera en puisant ses données dans les mémoires des ordinateurs centraux et/ou départementaux et en effectuant des simulations dans des tableurs de première génération. En même temps, on pouvait constater une émergence de la bureautique consistant à automatiser les travaux effectués par des machines à écrire.

Tous les éléments de la convergence informatique étaient réunis et cette dernière se produisit dès le milieu des années 80.

Émergent alors des micro-ordinateurs agglomérés en « clusters » exécutant des traitements « dignes » des ordinateurs centraux.

En France, dans le même temps, le Minitel apparut dans les foyers d'abord pour remplacer l'annuaire papier. Rappelons que Minitel est l'acronyme de « Médium Interactif par Numérisation d'Information Téléphonique ». Ce petit terminal, abandonné aujourd'hui, eut pour principal avantage de mettre un « ordinateur » au sein des foyers français. Déjà du temps du Minitel, il était possible de commettre certains méfaits

(notamment de pénétrer dans des centres de calcul), mais nous restions dans une limite raisonnable (surtout si l'on compare à aujourd'hui).

Le succès du Minitel est aussi venu par le développement de services comme la consultation de ses comptes bancaires ou, au grand dam de ses concepteurs, à l'essor des messageries dites « roses ».

Dans les années 2000, Internet, sous une forme chaotique mais plaisante même si réservé au début à ce nous n'appelions pas encore les « geeks », commençait la révolution suivante du numérique.

Et aujourd'hui, survient le marché des objets connectés (montres, balances, climatiseurs, ...) et nous commençons à entrer dans l'ère de l'intelligence artificielle (IA). En parallèle, les évolutions conjointes de l'IA, des technologies embarquées et des systèmes connectés vont nous permettre d'avoir accès à court terme à de nouveaux pans du savoir permettant, par exemple (un parmi tant d'autres) l'émergence des systèmes de conduite automatisée...

En moins d'un siècle, nous avons redessiné l'intégralité des process de traitements industriels et substitué en grande partie ces derniers par une supervision des systèmes d'informations.

D'ailleurs aujourd'hui, dans les entreprises, on ne parle plus de Directeur Informatique mais de Directeur des Systèmes d'Informations (après être passé par une phase intermédiaire de Directeur de l'Organisation et de l'Informatique).

C'est donc dans ce contexte de révolution informationnelle que la galaxie numérique, tout en présentant d'admirables évolutions a permis l'émergence de réseaux, de circuits parallèles qui concourent à améliorer et parfaire certaines chaînes criminelles.

De la « simple » fraude comptable pouvant être constatée auparavant sur les systèmes, on dispose aujourd'hui d'une panoplie d'informateurs numériques qui peuvent aider à qualifier un crime ou un délit, à innocenter telle ou telle personne dans le cadre d'une procédure.

Le nombre d'objets connectés qui entoure un individu est croissant et leur analyse permet souvent a minima de comprendre le profil de leur propriétaire et quelquefois de trouver des éléments probants face au délit/crime, objet des faits pour lesquels la personne est suspectée.

Les extrêmes et multiples précautions que nous devons prendre lors de la saisie ou l'acquisition de données numériques sont vraiment nécessaires car aujourd'hui, la vie numérique d'une personne est tellement riche que, souvent, l'examen de cette dernière permet, à défaut d'être déterminante, de contextualiser et d'orienter recherches et instructions.

Ce sera la première partie de cet article. La seconde, corollaire de cette première partie, sera celle de la conservation « dans les meilleures conditions possibles » de ces preuves numériques.

Notons que nous ne traiterons dans cet article que de ce qui concerne l'examen dit post-mortem des systèmes numériques (cette technique « post-mortem » symbolisant l'examen scientifique d'un système numérique alors qu'il a été déconnecté de son contexte et souvent éteint électriquement).

I. La saisie des preuves numériques

Avant d'aborder cette partie, prenons en compte deux chiffres observés en notre laboratoire (cette analyse ne porte que sur des téléphones et des ordinateurs) : sur 100 appareils reçus pour analyse/expertise, 9 ne peuvent être exploités pour cause de dysfonctionnement matériel ; dans le commerce, le taux de panne des matériels un an après le démarrage est compris entre 3% et 5%.

S'il n'est pas possible d'attribuer les 9% de panne directement à la saisie, nous estimons qu'au moins les ¾ de ces pannes pourraient être évitées avec une saisie méticuleuse et une conservation correcte des supports avant d'être acheminés pour analyse.

Ceci étant observé, deux cas de figure peuvent se présenter : soit la preuve numérique est une preuve matérielle ; soit elle est parfaitement virtuelle.

À l'heure du Cloud, il serait parfaitement illusoire de se concentrer uniquement sur les objets saisis lors d'une perquisition. La donnée peut exister localement ou se trouver ailleurs, une simple trace (un artefact) étant présente sur l'objet analysé. Nous stockons plus facilement quelque part dans le Cloud que sur notre propre ordinateur et la dématérialisation engagée il y déjà quelques années prend de l'ampleur.

Selon le type de saisie à réaliser, il faut aller vite... ou très vite. Mais la latence possible d'il y a quelques années est en train de fondre au soleil.

L'appareil physiquement saisi, s'il est correctement stocké, ne présente pas d'urgence absolue à

exploiter. Nous reviendrons quand même sur le stockage de ce dernier.

Cependant, il est vital de pouvoir examiner très rapidement son contenu car dans ce dernier, nous allons trouver (et c'est souvent le début de la piste) des indices qui nous permettront de valider ou non l'hypothèse d'un stockage à distance « dans le Cloud ».

Ces indices sont non pas les codes d'accès et comptes utilisateurs nécessaires pour se connecter au service distant, mais leur équivalent codé. Ils sont appelés Credentials et possèdent comme particularité commune d'avoir une durée de vie limitée et de plus en plus courte correspondant aux critères toujours plus contraignants de la sécurité des systèmes d'information. Passé un certain délai, ces Credentials sont caducs obligeant l'utilisateur à saisir à nouveau ses identifiants complets.

Ainsi, si les Credentials nécessaires à l'accès à un réseau social sont périmés, le réseau social en question vous reposera les questions habituelles pour vous demander votre compte et votre mot de passe. Si ces Credentials ne sont pas périmés, vous pourrez accéder directement (sous réserve de la mise en oeuvre de protections complémentaires) aux données encore disponibles (et pas déjà forcément effacées par un complice).

Le temps est notre ennemi, il faut s'en souvenir et c'est peut-être là que se situe la différence entre les examens que nous faisions il y a quelques années et ceux que nous devons pratiquer aujourd'hui.

Le temps est d'autant plus notre ennemi que, sur les appareils téléphoniques que nous examinons, la corbeille qui peut potentiellement contenir des données probantes se vide au bout d'un certain temps (souvent 30 jours par défaut) et quand l'appareil nous arrivera pour expertise, ce sera souvent de longs mois après sa saisie et nous rencontrerons des difficultés complémentaires pour accéder à ces données.

Ainsi, une extraction rapide suivie d'une connexion à un réseau social quelques minutes après permettent un certain succès de récupération qui devient de plus en plus aléatoire au fur et à mesure que l'on s'éloigne du temps de la saisie.

Un autre argument pour exploiter vite et récupérer rapidement ces données distantes est que ces dernières ne sont pas rattachées à l'objet que nous venons de saisir mais peuvent être partagées et que, dans l'hypothèse où un complice dispose de l'accès à ces données, il pourra changer les codes d'accès ou « mieux encore » (pour eux) effacer toutes les données compromettantes.

La charge des services enquêteurs, la saisie de l'expert lors de la phase d'instruction et la législation limitative sur l'examen des données à distance sont aujourd'hui des facteurs extrêmement limitants à ce niveau.

Sauf à connaître et à anticiper une pré-saisie de données distantes, il est extrêmement difficile de figer ainsi la preuve quand elle est dispersée dans le Cloud.

Une possibilité serait, à condition d'être un peu informé sur les habitudes et les sites de stockage du futur saisi, de verrouiller le compte en question. Techniquement cette proposition met à contribution les opérateurs mais peut s'avérer extrêmement payante. Même pour des données situées outre-Atlantique, les opérateurs peuvent le faire.

L'introduction de l'authentification à deux facteurs par de nombreux opérateurs informatiques qui est un des axes majeurs de protection des systèmes va encore nous compliquer la tâche et obérer un peu plus notre capacité d'action.

La tendance est à la protection de la vie privée, certains constructeurs en font même un argument commercial, gageons que cette tendance va être confortée voire s'amplifier dans les années qui viennent.

S'il était possible, il y a quelques années de briser un code d'accès ou une clé de chiffrement, les systèmes ont évolué et deviennent, à nos niveaux, extrêmement complexes à briser.

N'oublions donc pas les codes d'accès aux appareils, leur communication (qui n'est jamais spontanée) évitera vraisemblablement d'avoir affaire aux services de l'État qui, même s'ils sont extrêmement performants, ne garantissent jamais une issue positive et induisent, dans tous les cas de figure, un délai préjudiciable à l'exploitation des données saisies.

L'expérience nous indique que l'individu communique plus facilement ses codes au moment de la saisie avant qu'il ne se braque ou simplement qu'il dispose de temps pour décider que le contenu de son appareil est plus important que la très peu probable peine qui lui sera infligée pour avoir refusé de communiquer ledit code d'accès.

Pour les éléments physiques présents lors de la saisie, il convient de respecter les bases, à savoir :

- Si les codes d'accès ont été communiqués, il convient de les indiquer sur les fiches apposées sur les scellés.
- Personne ne doit être autorisé à toucher aux appareils. Il est possible en quelques secondes de lancer une procédure qui effacera immédiatement la totalité de l'appareil. Il existe certains disques durs « de guerre » qui sont équipés d'une batterie et d'un contacteur, la simple pression sur le contacteur déclenche à l'insu de tous une procédure d'effacement sécurisée donc définitive des données. Nous (experts) ne sommes pas généralement présents lors des perquisitions, le contexte dans lequel fonctionne l'objet saisi peut nous être utile. Ainsi des photographies permettront de mieux situer l'appareil, de détailler certaines connexions éventuelles utiles aux investigations,...
- Il est aussi particulièrement important de connaître la vie passée des appareils saisis : sont-ils neufs ou ont-ils été acquis d'occasion (ou donnés) ou volés ? Sont-ils partis en réparation et dans l'affirmative chez qui et à quelle période ? Qui s'en sert ? ... Ces informations permettent de contextualiser l'appareil et de savoir si les traces que nous pourrions mettre en évidence appartiennent au mis en cause ou pourraient être affectées à d'autres.

Pour revenir sur la question des codes d'accès, il est courant que, devant la multiplication des codes d'accès, ces derniers soient consignés sur un support papier (bloc note, feuille volante, code sous clavier ou affiché sur l'écran (en général non saisis)... il ne faut pas hésiter à joindre ces éléments à la saisie, nous gagnerons du temps en évitant de solliciter les services de l'État pour une mise au clair souvent positive mais toujours longue.

Pour une fois, trop d'informations ne nuit pas à la qualité de l'expertise.

Pour la saisie à proprement parler des appareils :

- Si un ordinateur est en marche, il faut prendre une image de la mémoire vive car celle-ci contient peut-être en clair des éléments cruciaux (il existe plusieurs logiciels gratuits à faible empreinte qui font cela très bien) et si l'option est disponible, mettre l'ordinateur en « veille prolongée ». Sinon, l'éteindre rapidement en le débranchant de son alimentation secteur ou en pressant le bouton marche arrêt. Vouloir l'éteindre « proprement » pourrait déclencher un processus de nettoyage des mémoires intermédiaires de stockage.
- Il est nécessaire de prendre les câbles d'alimentation (même si ces derniers sont souvent standards), les périphériques de stockage et la connectique. Nous tombons régulièrement sur des câbles exotiques que nous devons commander, qui proviennent souvent de Chine avec les délais de livraison que nous connaissons aujourd'hui.
- En ce qui concerne les téléphones, les passer immédiatement en mode avion, puis retirer la carte SIM et la scotcher au dos de l'appareil est une sage mesure mais qui va vite devenir insuffisante car cette carte SIM va prochainement disparaître au profit d'une carte dite « eSIM » (un composant électronique porteur des références d'un abonnement téléphonique).
- Dès à présent, il convient de prévoir le placement de l'appareil après extinction dans un sac disposant des capacités d'une cage de Faraday. À défaut, une boîte tapissée de papier aluminium fera l'affaire au moins temporairement.

Pourquoi cette dernière précaution ?

- Potentiellement, il est tout à fait possible de donner à un appareil un ordre de cryptage ou d'effacement à distance. L'appareil dès qu'il rentrera dans le périmètre d'un réseau autorisé recevra cet ordre (y compris plusieurs jours après que ce dernier aura été donné) et procèdera à un chiffrement ou pire à l'effacement de l'appareil.
- Éteindre l'appareil ne suffit pas. Il existe de nombreux moyens connus de les réveiller à distance (quelquefois simplement en intégrant une fonction de réveil toutes les 6 heures par exemple).
- On limite ce risque en éteignant l'appareil, en retirant sa batterie (ce n'est pas toujours possible), en passant l'appareil (téléphone) en mode avion, en retirant une éventuelle carte

SIM et surtout en isolant l'appareil doté de fonction de communications dans des cages de Faraday.

Dans les faits, les appareils saisis font l'objet d'analyses plusieurs jours/semaines/mois après leur saisie et sauf incident technique (souvent d'origine humaine) ne perdent pas leurs données.

Pour être complet, rappelons que nous constatons une augmentation extrêmement importante du nombre d'objets numériques pouvant contenir des informations utiles aux investigations (certaines montres connectées peuvent contenir des informations de localisation complémentaire à celle du GPS du téléphone). Certaines montres connectées permettent aussi de téléphoner sans appareil, un système de mesure cardiaque peut aider un légiste à préciser l'heure de la mort et donner quelques indications sur la période ante, un système de défibrillation permet de connaitre avec précision l'heure à laquelle la décharge électrique a été administrée à la personne, ….

Tous ces exemples montrent bien qu'il est important pour un enquêteur, lors de la saisie, de prendre en compte (et donc de saisir) tous les objets qui lui sembleraient de nature électronique. Faute d'être accompagné d'un expert ou d'un technicien spécialisé, il lui faudra faire large et dans le doute procéder à la saisie.

La conséquence de cette saisie en masse, qui croît d'année en année, est de devoir mettre en oeuvre de nouvelles techniques d'investigations rapides appelées triage permettant de hiérarchiser les objets à analyser. Cette technique est en cours d'évaluation dans une Compagnie d'experts en collaboration avec la Chancellerie.

Enfin, il ne faut pas oublier que malgré leur usage grand public, ces appareils sont fragiles, sensibles aux conditions climatiques ainsi qu'aux interférences électromagnétiques. Une attention particulière doit être apportée à leur transport et leur stockage.

Pour résumer, il est donc recommandé :

- de demander les codes et les marquer sur la fiche de scellé ;
- de saisir, isoler (à la fois électriquement mais aussi sur le plan des télécommunications) et stocker les supports numériques de façon sécurisée ;
- d'investiguer dès que possible sur les éventuels stockages extérieurs y compris en demandant le blocage des comptes ou leur copie avant même la saisie ;
- de prendre des photographies de l'installation au moment de la saisie et de ne pas hésiter à saisir les câbles de connexion même quand ces derniers semblent standards et tous les périphériques de stockage.
- de prendre, si possible, une image mémoire des appareils puis les arrêter brusquement avant la saisie (ne pas les éteindre « correctement »).

II. La conservation des preuves numériques

La suite assez logique une fois ces pièces numériques saisies est de pouvoir les exploiter. C'est la tâche des experts et enquêteurs dans les nouvelles technologies et les façons d'investiguer et d'analyser différent peu.

Cependant, dès la saisie, il faut déjà penser à la conservation et même plutôt que conservation, on pourrait parler de préservation.

Tant lors de la saisie que lors de l'exploitation, il convient de penser à préserver ces éléments de preuve. En effet, certaines techniques valables aujourd'hui ne permettront pas de découvrir des éléments alors que, quelques années plus tard, il sera possible, les outils et connaissances ayant évolué, de procéder à une nouvelle analyse qui permettra de découvrir de nouveaux éléments.

Dans certains cold cases, il peut être particulièrement important de procéder à de nouvelles exploitations qui permettront de valider de nouvelles hypothèses ou simplement de décrypter certaines données qu'il n'était pas possible de mettre au clair précédemment.

D'où l'importance, lors de la saisie initiale ou post exploitation, qu'une attention particulière soit apportée à la preuve.

Si l'appareil dispose encore d'une batterie, de très nombreuses précautions sont à prendre. À partir du moment où la batterie est enlevée ou vidée complètement de son énergie, le niveau de précaution s'allège.

Retenons que les objets numériques détestent l'humidité, la poussière, les conditions extrêmes de température (et leur variation) ainsi que les environnements électromagnétiques. Stocker un objet numérique dans une cave est synonyme de source de problèmes futurs, il en est de même dans une chaufferie. Nous recommandons donc le stockage

dans des caisses plastiques fermées qui protègeront l'objet des affres du temps.

Mais les principaux problèmes de stockage sont les suivants : l'altération irrémédiable des surfaces magnétiques ; la disparition des dispositifs de lecture.

Le stockage des données

Concernant le premier point évoqué ci-dessus, quoique l'on fasse, quelles que soient les précautions prises, une surface numérique s'altère avec le temps et sa capacité de stockage des données s'altère. Cette altération est réelle mais peu quantifiable car dépendant de trop nombreux paramètres (y compris ceux liés au stockage). Des mémoires de basse qualité perdront leur contenu plus rapidement que celles plus onéreuses mais plus fiables.

Nous ne connaissons pas (et nous ne disposons que de peu d'abaques) de méthodes de calcul permettant d'estimer la durée de conservation d'un support numérique sans altération, mais c'est un sujet sur lequel les archivistes commencent à avoir du recul, il sera donc utile de prendre connaissance de leurs travaux.

Ajoutons à cela que les fabricants de matériels numériques cherchant souvent à limiter leurs prix de revient n'hésitent pas à utiliser des composants de basse qualité destinés à durer à peu près le temps de l'appareil (dont l'espérance de vie diminue à chaque nouvelle génération). Un même support peut durer de 3 à 10 ans selon la qualité initiale et les conditions de stockage et/ou d'utilisation, passé ce délai les données s'estomperont jusqu'à disparaître totalement.

De très nombreuses personnes stockant des données sur CD Rom (des photographies par exemple) risquent de se retrouver sans mémoire numérique le jour où elles voudront y avoir accès.

Si un dossier est terminé, jugé, … que toutes les possibilités de recours sont épuisées, la problématique est moindre que celle d'un cold case (encore que, nous avons traité en 2022 des supports créés en 2005 qui permettront peut-être de confondre dans une nouvelle affaire un individu non suspecté à l'époque). Dans ce cas de figure, un stockage physique normal peut être suffisant et le risque pris est relativement négligeable.

Cependant, si le dossier n'est pas terminé et plus particulièrement encore dans le cas de cold cases, non seulement le stockage de ces objets devra être optimisé mais il conviendra de disposer d'une routine permettant de s'assurer que ces objets sont encore lisibles voire même d'en faire, à intervalles réguliers, des clones permettant de redonner une nouvelle vie à ces objets en redémarrant un cycle complet.

Cloner une mémoire, un disque dur, un objet connecté est une opération simple peu onéreuse (en comparaison de la vérité qu'elle peut contenir). Les industriels du stockage de documents utilisent cette technique et régénèrent régulièrement des supports permettant de garantir une remontée dans le temps.

Une période de 5 années permettrait de garantir la conservation des éléments potentiels de preuve.

Il s'agit plus d'un problème d'organisation et de formation que d'un réel problème de coûts, mais la conservation de la vérité est à ce prix.

La disponibilité des supports de lecture dans le temps

Comment ignorer aujourd'hui l'évolution extrêmement rapide des différentes techniques informatiques ?

Rappelons hier, l'époque de la disquette support « d'avenir » pour le stockage d'informations remplacée quelques années plus tard par la clé USB. Quand nous devons exploiter des données sur disquettes (vieilles fadet et/anciennes comptabilités, …) nous sommes de plus en plus souvent obligés de chercher (quelquefois longtemps) sur les sites de commerce de matériel d'occasion la perle rare, quand nous ne trouvons pas le lecteur adhoc dans notre musée.

Certains supports reviennent régulièrement. Par exemple, les cassettes VHS et les magnétoscopes pour les lire et les transférer sur un support numérique ne sont pas éternels. Quant au format audiovisuel selon que nous soyons dans le VHS ou le BETAMAX la problématique est soit complexe, soit très complexe.

Aussi, même s'il faut gérer cette phase transitoire, nous recommandons souvent aux magistrats instructeurs de demander, dans la mission, de générer un clone ou une copie de travail qui sera lisible à un instant T et qui devra éventuellement faire l'objet d'un traitement tel que décrit dans le chapitre précédent si l'affaire n'est pas considérée comme terminée.

Savoir lire des supports de 10 ans ou moins est « toujours » possible, au-delà, nous rentrons dans une zone d'incertitude.

La conservation dans le temps est nécessaire et dépend (pour des durées normales d'instruction et de jugement) souvent principalement de la qualité de stockage des supports post-expertise.

Pour les cas plus pointus (cold cases) ou quelques affaires dont les ramifications peuvent s'étendre sur de longues années, un processus de régénération des supports doit, comme dans l'industrie, être envisagé tant pour être certain de préserver les données mais aussi pour être assuré de disposer des matériels permettant la lecture de ces supports.

En conclusion, les preuves numériques sont de plus en plus nombreuses, de plus en plus diverses tant dans leur contenu que dans leur forme, leur volumétrie est exponentielle et les supports de stockage ont souvent une durée de vie limitée.

Afin de permettre à la justice de tirer le meilleur parti de ces éléments de preuve qui peuvent s'avérer décisifs, il conviendra donc de :

- Soigner la phase d'acquisition de ces preuves, en étant attentifs au contexte et en consignant tous les éléments permettant de les exploiter dans le futur (proche ou éloigné), tels que les codes d'accès ou autres mots de passe.
- S'assurer de la pérennité des supports et de leur éventuel recyclage, de la conservation en conditions optimales des objets porteurs de preuves numériques et de la traçabilité des opérations effectuées sur ces preuves.
- Peut-être mettre en place ce que les anglo-saxons appellent « chain of custody » qu'on pourrait simplement décrire comme un suivi sécurisé des éléments de preuve afin de pouvoir à tout moment les localiser et en connaître l'état de préservation dans un but d'exploitation utile et efficace.

OUVRAGES RÉCENTS

RÉSISTER À LA CORRUPTION

AUTEURS : ÉRIC ALT, ÉLISE VAN BENEDEN

ÉDITEUR : GALLIMARD

Résumé

"Il est incontestable que la corruption est systémique en France et qu'elle impacte notre quotidien." Éric Alt et Élise Van Beneden. Nous ne nous percevons pas forcément, en tant que citoyens, comme victimes de la corruption. Pourtant nous subissons tous ses effets : nous payons plus d'impôts, nous bénéficions de moins de services publics, nous vivons des injustices. La corruption est un abus de pouvoir qui dégrade la démocratie toute entière. Elle affecte l'économie, le vivre ensemble, la confiance en nos élus. Mais il est possible de résister, comme en témoignent les auteurs de cet essai, tous deux engagés dans une association agréée de lutte contre la corruption, de combattre les manquements à la probité des puissants et d'oeuvrer pour l'éthique dans la vie publique. En démocratie, la souveraineté appartient aux citoyens. Cette résistance citoyenne est aussi une opportunité pour tous de se réapproprier un pouvoir dont ils ont été dépossédés.

LUTTE CONTRE LA FRAUDE, THÉMATIQUE OUBLIÉE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE ? FOCUS SUR LA FRAUDE À L'ASSURANCE

MAXENCE BIZIEN

DIRECTEUR DE L'AGENCE DE LUTTE CONTRE LA FRAUDE À L'ASSURANCE (ALFA)

Après des progrès reconnus de la France en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement de terrorisme (LCB-FT)[1], l'actualité de la guerre en Ukraine a mis sur le devant de la scène deux autres pans de la sécurité financière : la gestion des sanctions internationales et des embargos. La question de la connaissance de ses clients, de ses partenaires et fournisseurs revêt désormais un aspect primordial au-delà des seules activités réglementées. Au risque juridique, s'additionne le risque réputationnel dont les effets sont souvent plus diffus, sournois et, bien moins délimités financièrement qu'une amende.

Depuis la crise sanitaire du COVID-19 et l'accélération de la digitalisation, la fraude est devenue une menace majeure. Pour autant, la lutte contre ce fléau n'est pas présente dans le corpus des obligations légales. Certes, il convient de protéger sa clientèle et de l'informer des pratiques frauduleuses, certes, il est vertueux de gérer ses risques et c'est même un impératif pour le secteur financier qui se doit de maîtriser ses risques opérationnels[2] mais, à ce jour, la lutte contre la fraude n'est pas encore reconnue comme une obligation réglementaire. Il est d'ailleurs à noter que la fraude n'a pas de définition légale, chaque secteur se constituant sa propre définition[3,4].

La fraude est polymorphe et l'adaptation des fraudeurs, notamment des professionnels de la matière, est très rapide. Il est à noter que la fraude est une composante de l'activité criminelle pour s'enrichir ou financer des activités occultes, mais également blanchir des capitaux et même, si elle n'a pas atteint ses lettres de noblesse, pour entrer dans le périmètre d'analyses des marchés criminels des acteurs de la criminalité[5], il est reconnu[6] que la fraude est l'un des phénomènes notables de l'économie illicite mondiale depuis 2020.

Cependant, il existe un secteur d'activité qui a compris très tôt l'enjeu de lutter contre la fraude : le secteur de l'assurance. La fraude serait consubstantielle à l'assurance et les historiens du secteur reconnaissent que les deux sont intrinsèquement liés ce qui a permis de développer une jurisprudence nourrie dès le moyen-âge[7,8]. Fort de ce constat, les assureurs se sont donc organisés pour lutter contre cette menace en précisant les contrats et en se donnant les moyens de s'organiser. La France est d'ailleurs aux avant-postes en la matière.

L'Agence de lutte contre la fraude à l'assurance (ALFA)

Née d'un groupe de travail sectoriel au sein de la fédération française des sociétés d'assurance (FFSA[9]), l'agence de lutte contre la fraude à l'assurance (ALFA) a été constituée sous la forme juridique d'une association sans but lucratif en 1989 à l'initiative des sociétés et mutuelles d'assurance. Les principales missions de l'organisme professionnel sont de promouvoir, sensibiliser et former à la lutte contre la fraude à l'assurance sous toutes ses formes, de constituer une interface entre le secteur de l'assurance et les pouvoirs publics et

d'agir directement pour prévenir la fraude. À ce jour, plus de 320[10] entreprises adhèrent à l'agence de lutte contre la fraude à l'assurance.

La stratégie de l'agence de lutte contre la fraude à l'assurance s'articule autour de deux axes : favoriser la montée en compétences de l'écosystème de la lutte anti-fraude (LAF) et assumer un rôle opérationnel. À ce titre, l'association est forte d'une dizaine de collaborateurs spécialisés pour accompagner ses membres sur des aspects divers tels que la formation, l'appui opérationnel en matière d'analyse et de réponse aux cas de fraude majeurs mais l'agence de lutte contre la fraude à l'assurance fournit également des outils de détection et d'échange d'informations.

L'enjeu financier de la lutte contre la fraude à l'assurance, seule la partie émergée de l'iceberg est visible

Selon Insurance Europe[11], il est estimé que les fraudes détectées et non détectées coûtent 13 milliards d'euros par an aux clients honnêtes et aux assureurs européens.

En France, chaque année, l'agence de lutte contre la fraude à l'assurance recense auprès de ses membres les montants des fraudes à l'assurance non décaissés et de ceux payés à tort. Les chiffres fournis par les répondants ont permis de relever **521 millions d'euros en 2021** répartis et arrondis comme suit : 384 millions d'euros de fraudes identifiées en assurances dommages et responsabilités, 111 millions d'euros en assurances de personnes et 27 millions en assurance VIE. Ces montants ne constituent qu'une partie des enjeux financiers dont le coût total estimé serait nettement supérieur.

Selon l'agence de lutte contre la fraude à l'assurance et s'agissant des prestations relevant des assurances de dommages et responsabilités (IARD), le potentiel atteignable de décaissements évités en matière de fraude se situerait aux alentours de 5% des prestations versées par les assureurs, soit 2,25 milliards d'euros.

Concernant les assurances de personnes, il y a un lien entre la fraude sociale et la fraude à l'assurance puisque l'assurance intervient généralement en complément. La Cour des comptes considère qu'il est impossible de chiffrer précisément le montant de la fraude sociale dans son rapport de septembre 2020[12]. Néanmoins, la haute juridiction avait évalué la totalité la fraude à un montant possible de 14 milliards. Le rapporteur de la commission d'enquête parlementaire sur la fraude sociale[13], se basant sur certaines études et notamment celles de l'université de Portsmouth (Royaume-Uni), indiquait que dans des pays comparables à la France, le taux de fraude sociale se situe entre 3 et 10 % du montant des prestations versées. En France cela représenterait 14 à 45 milliards d'euros par an. La réalité se situe sans doute entre les deux. L'agence de lutte contre la fraude à l'assurance estime que l'enjeu financier de la fraude à l'assurance en santé - prévoyance représente environ 7% des prestations payées dans ces branches soit 1,65 milliards d'euros par an pour le seul secteur privé.

L'enjeu éthique de la lutte contre la fraude à l'assurance

L'enjeu de la lutte contre la fraude à l'assurance n'est pas seulement financier. La lutte contre la fraude à l'assurance est également un enjeu éthique, la majorité des clients honnêtes n'ayant pas à financer les escroqueries d'une minorité active. Vu l'ampleur du phénomène, c'est même le système de mutualisation des risques qui peut être mis à mal par ces déviances.

La fraude peut également constituer une infraction préalable au blanchiment de capitaux voire au financement d'activités illicites et il convient pour les entreprises du secteur de réaliser les diligences nécessaires en vue d'être en conformité avec les lois et règlements : cartographie des risques, éléments de maîtrise des risques, déclarations de soupçon...

Enfin, à l'heure où les consommateurs sont habitués à des services de plus en plus instantanés, il est primordial pour le secteur de l'assurance de monitorer la satisfaction client et de réduire les délais de traitement notamment lors de la survenance d'un aléa garanti. Le bon ciblage des cas suspects, leur traitement de manière professionnelle et dans des délais raisonnables sont autant d'enjeux de gestion que de communication ; l'image de l'entreprise devant être préservée. L'assureur est rarement le mauvais payeur que l'on s'imagine populairement. Lors de la survenance d'un sinistre, l'assureur doit expliquer à l'assuré à un moment critique pour lui, ce qui est couvert et ce qui ne l'est pas. La bonne foi de l'assuré est acquise par défaut et l'assureur peut proposer des solutions

d'indemnisation de gré-à-gré ou de réparation en nature voire une indemnisation financière. Dans un certain nombre de cas, l'assureur va demander des justificatifs et faire constater et évaluer les dégâts par des experts.

La lutte contre la fraude à l'assurance est donc une activité complexe, ancrée dans le *business* de l'entreprise d'assurance (souscription, délégation, gestion de sinistres, remboursements, etc.) et en lien avec les sujets de conformité. La transversalité constitue un défi en soi. Les intérêts des différentes entités de l'organisation étant souvent divergents.

La fraude à l'assurance et le spectre de la criminalité organisée

La criminalité organisée a bien compris que la fraude à l'assurance peut être une source d'enrichissement et de blanchiment de capitaux ; ainsi celle-ci tente d'utiliser l'assurance pour épargner de l'argent sale, pour garantir « normalement » des biens acquis légalement ou non mais également pour s'enrichir via le montage de sinistres fictifs et pour blanchir directement des capitaux avec l'indemnisation financière des biens sinistrés (sinistres montés) ou des rachats de contrats d'épargne.

Toutes les branches d'assurance sont concernées par l'immixtion d'une délinquance structurée allant jusqu'à la criminalité organisée[14]. Évidemment, l'automobile est le vecteur indispensable à la réalisation de crimes et délits et cette branche d'assurance de masse demande un peu moins de technicité des fraudeurs pour commencer, c'est pourquoi les services antifraude sont particulièrement aguerris en la matière. Le trafic de véhicules s'inscrit au-delà de la sphère nationale et le lien avec la criminalité organisée est acquis. Mais la menace est partout et toutes les branches d'assurance ne jouissent pas du même niveau de maturité en termes de lutte, la visibilité de la menace dans les branches de spécialité (construction, transport, entreprise…) est quasi-nulle alors que la fraude est bien présente[15].

L'agence de lutte contre la fraude à l'assurance rappelle régulièrement à ses membres qu'être correspondant antifraude, n'est peut-être pas un métier comme les autres. La structure idoine de l'agence de lutte contre la fraude à l'assurance en Suède, *Larmtjänst AB*, nous a rapporté cette année qu'un correspondant antifraude d'une compagnie d'assurance a été victime de menaces mises à exécution à la suite du refus de la prise en charge d'un sinistre suspect. Une nuit de janvier dans la banlieue de *Malmö*, son véhicule a explosé et une dizaine de tirs ont été dirigés vers son habitation[16]. Le collaborateur de l'entreprise d'assurance n'était pas présent à l'heure des faits mais l'un des membres de sa famille l'était. Il n'a heureusement pas été blessé. Depuis, deux personnes ont été arrêtées. L'investigation est en cours. La criminalité organisée semble être en lien avec l'affaire.

La fraude à l'assurance est également un débouché de l'activité criminelle qui se développe grâce à internet et aux réseaux sociaux. En effet, il est désormais aisé de trouver un tiers pour réaliser un constat de complaisance, mais également d'obtenir des faux documents en tout genre contre rémunération, d'acheter des autocollants mimant un bris de vitre à déclarer et il existe même des services ouverts 24h/24h, 7 jours sur 7 pour obtenir des prescriptions médicales, notamment ophtalmologiques, sans consultation préalable avec un praticien…

L'assurance est un secteur en voie de digitalisation. Les solutions d'assurances digitales de bout en bout restent néanmoins minoritaires ce qui préserve le secteur d'un certain nombre d'attaques de masse permettant de frauder l'assurance. Néanmoins, avec la crise sanitaire nos membres ont constaté une adaptation rapide des fraudeurs qui ont bien assimilé les difficultés des assureurs à l'heure d'expertiser et d'investiguer à distance. Une recrudescence de certains moyens de fraude a été constatée : fraude documentaire, maquillage de scène ou d'objet, usurpation de marque, démarchage dolosif, etc.

S'agissant du risque cyber, le secteur de l'assurance a été relativement épargné en France pendant longtemps. La crise sanitaire a accéléré la généralisation de la menace et le secteur de l'assurance a été touché. La branche santé ayant été particulièrement ciblée, mutuelles et courtiers spécialisés ont été victimes d'attaques[17]. Le Trésor s'inquiète de la vulnérabilité du secteur et le 2 juillet dernier, l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) a présenté 25 orientations en matière de prévention des risques Cyber à destination des entreprises d'assurance[18].

Les outils de lutte contre la fraude à l'assurance

Face à la menace que représente la fraude à l'assurance et comme

dans les domaines de la sécurité financière couverts par la réglementation, la plupart des assureurs ont mis en oeuvre des outils de détection sur leurs principales branches d'activités. Ces outils peuvent être relativement simples, basés sur un s*coring* opéré via des requêtes mais également bien plus complexes, utilisant le potentiel du *big data* et de l'intelligence artificielle. Ces outils sont intégrés dans des processus de contrôle faisant agir différents intervenants dont certains allant effectuer des vérifications sur le terrain.

Les entreprises d'assurance ont compris très tôt l'importance de mutualiser l'information et les expériences ; d'ailleurs, le sujet de la lutte contre la fraude n'est pas considéré comme un domaine concurrentiel. Souvent, la compréhension d'un mode opératoire n'est possible que par la mise en commun d'informations entre entreprises victimes. À ce titre, l' agence de lutte contre la fraude à l'assurance fournit des outils permettant à ses membres d'échanger. Partant du principe que pour bien échanger, il est nécessaire de se connaître et de se faire confiance, l'un des premiers outils de l'agence de lutte contre la fraude à l'assurance fut l'annuaire des services antifraude. L'agence de lutte contre la fraude à l'assurance n'impose pas d'organisation à ses adhérents mais propose que des rôles soient joués par au moins deux personnes dans l'entreprise : le correspondant principal et son suppléant. Il existe différents rôles proposés par l'agence de lutte contre la fraude à l'assurance décrit dans un guide et chaque correspondant antifraude désigné par l'entreprise figure dans l'annuaire maintenu à jour en continu. Cet outil basique n'existe pourtant pas dans de nombreux secteurs d'activités.

À partir de l'annuaire et des habilitations associées aux différents rôles, d'autres outils sont proposés tel que la messagerie inter-assurance. Cet outil permet à un correspondant antifraude de questionner les services spécialisés des autres sociétés d'assurance lors d'un sinistre suspect ou d'une demande de remboursement présentant des anomalies. Le cycle de vie des messages échangés[19] est relativement court et chaque entreprise est libre de répondre. Ce sont plus de 18 800 circulaires qui ont été émises en 2021.

La mutualisation des données

Dès 2015, les entreprises d'assurance ont confié à l'agence de lutte contre la fraude à l'assurance la mission de proposer un projet visant à mutualiser des données du secteur en vue de détecter la fraude à l'assurance et ainsi permettre de lutter plus efficacement contre la criminalité organisée. Rapidement, le choix a été fait de travailler sur le secteur automobile où les données sont normées et disponibles. C'est également dans cette branche que les services antifraude sont les plus aguerris. Après avoir démontré l'intérêt de ce dispositif, l'agence de lutte contre la fraude à l'assurance a obtenu en septembre 2017, une délibération de la CNIL[20] l'autorisant à mettre en oeuvre ce traitement automatisé de données automobiles.

La mise en production a eu lieu en juillet 2019 et en août 2022. Ce sont 11 sociétés représentant l'équivalent de 40% de parts de marché qui sont incorporées dans ce dispositif inédit. D'autres entreprises sont en phase d'homologation en vue de rejoindre la plateforme.

Les premiers retours d'expériences montrent combien ce type de projet est exigeant en termes de données mais pas seulement ; les suspicions de fraude détectées nécessitant, par défaut dans ce cadre, une mise en commun entre assureurs pour lever les doutes ; c'est-à-dire de la disponibilité, des moyens humains et des compétences pour prendre les bonnes décisions dans des délais contraints.

Perspectives pour mieux lutter contre la fraude à l'assurance

Pour faire face à ces menaces de plus en plus professionnelles, il semble primordial de repenser le modèle pour donner un nouvel élan à la lutte antifraude[21].Il s'agit tout d'abord d'intégrer de nouveaux savoir-faire pour mieux sélectionner les risques, investiguer et gérer la complexité. Des compétences en investigation, en OSINT[22] et en analyse criminelle semblent de plus en plus nécessaires. Dans ce contexte, une organisation comme l'ALFA répond à ces attentes et de nouveaux prestataires spécialisés dans ces domaines disposant d'offres adaptées peuvent trouver leur place dans l'écosystème de l'assurance. Le recours à des entreprises tierces pourrait permettre au secteur de gagner en conformité et en efficacité, le nombre de diligences à réaliser étant croissant. Évidemment, les sujets de conformité devront être embarqués au plus tôt pour que le temps du changement soit raisonnable, l'impasse sur ces sujets n'étant plus possible. Ce sont donc des défis plus humains que techniques qui attendent les entreprises d'assurance pour limiter les risques inten-

tionnels dans un futur toujours plus digital.

Face à une menace protéiforme et en constante mutation, donner un cadre réglementaire à la lutte antifraude permettrait sûrement d'échanger au-delà d'un secteur d'activité donné et de dépasser les frontières public-privé. Au Royaume-Uni, l'*Insurance Fraud Bureau* (IFB[23]) collabore étroitement avec la *Metropolitan Police of London* qui possède une unité spécialisée dans la lutte contre la fraude à l'assurance et dont la compétence s'étend sur l'ensemble du Royaume-Uni. Les effectifs de cette unité sont en partie pris en charge par les entreprises d'assurance.

Ainsi, l'IFB travaille de plusieurs manières aux côtés des forces de police du Royaume-Uni :

- En utilisant son accès unique à une grande variété de dossiers d'assurance pour aider les services de Police à comprendre toute l'étendue des activités des fraudeurs.
- En travaillant avec les forces de police pour rechercher des preuves à travers des enquêtes plus larges.
- En coordonnant la production des témoignages, des déclarations des clients et sécurisant les preuves afin que la police puisse les utiliser dans les poursuites contre les fraudeurs.

En France, la coopération avance à petits pas et le secteur de l'assurance et des complémentaires appelle de ses voeux à plus d'échanges opérationnels avec les organismes sociaux en France. À ce jour, le cadre juridique permettant cette collaboration est inutilisé[24] ou inexistant le plus souvent et les échanges sont limités au plus grand profit des fraudeurs particulièrement soucieux de la préservation de leurs données personnelles et de leurs droits.

Introduire la lutte contre la fraude dans un corpus réglementaire tel que celui de la sécurité financière permettrait immédiatement de donner une coloration transnationale à cette lutte. Car l'enjeu n'est plus seulement national, les fraudeurs profitant largement de la libre circulation des personnes et des biens au sein de l'Europe voire même au-delà des frontières Schengen.

Au regard de sa légitimité et des défis, l'agence de lutte contre la fraude à l'assurance fait sens dans un environnement en pleine mutation pour que la lutte antifraude ne reste pas une thématique oubliée de la sécurité financière.

Notes :

1. Le GAFI reconnaît l'efficacité de la France dans la lutte contre la criminalité financière | Direction générale du Trésor (economie.gouv.fr)
2. Accords de Bâle III pour le secteur bancaire, Directive Solvabilité II pour le secteur assurantiel.
3. Pour l'Agence de lutte contre la fraude à l'assurance (ALFA-, la fraude à l'assurance se définit comme étant un acte intentionnel, réalisé par une personne morale ou physique, afin d'obtenir indûment un profit du contrat d'assurance.
4. Pour la Mission interministérielle de coordination anti-fraude (MICAF) : "une irrégularité ou une omission commise de manière intentionnelle au détriment des finances publiques". Les finances publiques recouvrent les recettes publiques - impôts, taxes, cotisations et contributions - et les prestations sociales de toute nature - assurances, allocations et aides sociales.
5. Indice mondial du crime organisé 2021, Global initiative against transnational organized crime, UN.
6. Dans la publication citée à l'exposant 5.
7. Il existe des textes antérieurs mais dans l'ordonnance de Barcelone estimée à 1435, on trouve le principe essentiel des assurances de biens, tel qu'il est encore et a toujours été observé, savoir qu'on ne peut plus faire assurer une chose déjà assurée.
8. Ordonnance du duc d'Albe de 1570 p.78 notamment.
9. Désormais France assureurs.
10. En 2020, le secteur de l'assurance comptait 683 organismes d'assurance agréés, soit 281 compagnies d'assurance, 369 mutuelles et 33 institutions de prévoyance (source : ACPR analyse sectorielle ; risques de blanchiment de capitaux et de financement).
11. https://www.insuranceeurope.eu/priorities/23/fraud-prevention
12. https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/276085.pdf
13. https://www2.assemblee-nationale.fr/15/autres-commissions/commissions-d-enquete/commission-d-enquete-relative-a-la-lutte-contre-les-fraudes-aux-prestations-sociales
14. Quelques exemples : https://www.newsassurancespro.com/institutions-lassurance-source-denrichissement-illegal-selon-un-rapport-de-tracfin/0169250533 ;

    https://www.leparisien.fr/faits-divers/arnaque-a-l-assurance-en-italie-ils-payaient-des-marginaux-pour-leur-briser-les-os-21-04-2019-8057691.php ;

    https://news-assurances.com/actualites/assurance-automobile/fraude-assurance-400-italiens-inventent-de-faux-accidents-de-la-route/016780067 ;`

    https://www.aps.dz/societe/144303-criminalite-demantelement-d-un-reseau-specialise-dans-la-fraude-a-l-assurance
15. https://www.lesechos.fr/finance-marches/marches-financiers/un-negociant-en-cuivre-arnaque-par-des-paves-peints-en-rouge-1297092
16. https://samtiden.nu/2022/01/bil-sprangd-och-villa-beskjuten/
17. Cybercriminalité, une menace croissante dans l'assurance, Laure VIEL, Argus de l'assurance, le 24/03/2021.
18. Ces recommandations s'inspirent de celles publiées, le 12 octobre 2020, par l'autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (EIOPA) sur la sécurité et la gouvernance des technologies de l'information et la communication (TIC).
19. On parle de circulaires.
20. Délibération 2017-234 du 7 septembre 2017.
21. https://evenements.infopro-digital.com/argus/evene ment-lutte-contre-la-fraude-2021-p-13889#/
22. Open Source Intelligence : recherches en sources ouvertes
23. https://insurancefraudbureau.org/
24. Par exemple l'article L114-9 du Code de la sécurité sociale modifié par la loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019 article 77.