LA REVUE DU GRASCO

Groupe de Recherches Actions Sur la Criminalité Organisée
Centre du Droit de l'Entreprise - Université de Strasbourg
www.GRASCO.eu - www.larevueduGRASCO.eu

N°4 – Janvier 2013 Parution trimestrielle gratuite

TOUTE L'EQUIPE DE LA REVUE DU GRASCO VOUS SOUHAITE UNE EXCELLENTE ANNEE 2013

EDITORIAL

Vers la fin des sociétés écran ?

Chantal CUTAJAR
Directeur du GRASCO

Il est un constat qu'aucun expert de la lutte contre la criminalité organisée ne contredira : les sociétés dites *off shore*, coquilles vides, sans activité réelle, sont au coeurs des montages permettant le blanchiment d'argent provenant des trafics illicites. Elles permettent d'occulter les bénéficiaires réels derrière l'écran que procure la personnalité morale, au moyen de l'interposition d'actionnaires ou d'administrateurs désignés. Ces mêmes entités fictives servent également à faire échapper à l'impôt, des activités qui, en leur absence, seraient imposables. C'est la fameuse technique dite des «prix de transfert» qui permet aux multinationales de réduire leur imposition à des taux extrêmement faibles.

Le GAFI[1], connaît de longue date le caractère « criminogène de ces entités » dont on aurait tord de penser qu'elles ne sont que l'apanage des paradis fiscaux exotiques. Une étude, publiée en septembre 2012, saluée par *The Economist*, comme la plus approfondie jamais menée sur les pratiques réelles en matière d'évasion fiscale et de blanchiment d'argent dans le monde, révèle en effet que les sociétés écrans les plus opaques se trouvent aux Etats-Unis et au Royaume-Uni[2]. Or elles «*sont le moyen le plus commun pour blanchir de l'argent, donner et recevoir des pots de vin, contourner des sanctions, faire de l'évasion fiscale et financer le terrorisme* ». Au-delà, l'étude révèle que les petits paradis fiscaux et les pays pauvres étaient plus rigoureux dans l'application des règles prudentielles que des pays de l'OCDE comme les Etats-Unis et la Grande-Bretagne !

La mobilisation pour éradiquer ces entités se fait de plus en plus pressante. Ainsi, Le parlement européen a le 15 septembre 2011 voté une résolution dans laquelle il invite *« la commission à faire de la lutte contre les sociétés-écrans anonymes dans des juridictions opaques, utilisées pour entretenir des flux financiers délictueux, une priorité de la prochaine réforme de la directive sur le blanchiment de capitaux* ». Dans son rapport concernant l'application de la directive sur la lutte contre le blanchiment en date du 11 avril 2012, la Commission préconise «*l'introduction, soit dans*

SOMMAIRE

INTERVIEW :

Sylvie PETIT-LECLAIR, Représentante de la France à EUROJUST 4

RAPPORT :

Synthèse du bilan 2011 de la Délégation nationale à lutte contre la fraude, par Jocelyne KAN.....8

La corruption en France - Conclusions du rapport 2012 de Transparency International France, par Myriam Savy et Julian Névo.....16

L'évaluation de la France en matière de corruption par le Groupe de travail de l'OCDE, par Lorenzo SALAZAR.....20

DOCTRINE :

Les mesures préventives adoptées dans le cadre de la réglementation des marchés publics à l'échelle européenne pour prévenir le risque de corruption, par Jean-Pierre PETILLON.....28

Aspects juridiques du trafic des biens culturels, quel rôle pour la coopération policière par Joël SOLLIER et Solange MICHEL.....40

Le trafic de faux médicaments dans les Balkans par Cyrille BAUMGARTNER et Louis-Marie ELIE.....48

DU COTE DES PRATICIENS :

La certification des dispositifs de prévention de la corruption, par Philippe LESOING et Céleste CORNU.....52

la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme dans la pratique des huissiers de justice, par Thierry GUINOT.....60

Analyse de l'arnaque « au bon coin », Sébastien DUPENT.....65

Entretien de Damien Martinez « les «personnes politiquement exposées : vers une privatisation du renseignement ».....69

JURISPRUDENCE :

La jurisprudence, révélatrice des insuffisances du droit en matière de lutte contre la corruption, par Eric ALT.....72

Saisie des avoirs criminels : Observations sur l'arrêt de la Chambre criminelle du 27 novembre 2010 n° 12-85344, par Chantal

CUTAJAR.....79

PORTRAIT :

Général d'Armée Marc WATIN-AUGOUARD Directeur du Centre de recherche de l'Ecole des officiers de la gendarmerie nationale.....82

LU POUR VOUS :

La cybercriminalité en mouvement de Eric Freyssinet par Daniel GUINIER.....71

Cybersécurité des acteurs économiques : Risque, réponses stratégiques et juridiques, Myriam Quéméner et Jean-Paul Pinte par Daniel GUINIER.....81

Investigation policières sous la direction de Jocelyne Leblois-Happe.....84

la directive anti-blanchiment, soit dans un autre instrument juridique existant dans le domaine du droit des sociétés, des mesures visant à promouvoir la transparence des personnes morales et constructions juridiques ». Enfin, l'OCDE va présenter un projet de plan d'action à l'occasion du prochain G20 Finances, à Moscou les 14 et 15 février pour empêcher que la fiscalité ne soit déconnectée de l'activité réelle. Parmi les réformes envisagées figure l'interdiction des sociétés qui ne sont reliées à aucune activité physique. L'OCDE envisagerait ainsi une nouvelle convention qui s'imposerait aux Etats parties.

Il semble bien révolu le temps où il était de bon ton de vanter les bienfaits d'une ingénierie juridique sans limite.

On ne saurait s'en plaindre… Il y va de l'effectivité de la lutte contre la criminalité organisée, la corruption, les fraudes et l'évasion fiscale.

Notes :

1. Voir les Recommandations 24 et 25 sur la transparence et les bénéficiaires effectifs des personnes morales et des constructions juridiques : http://www.fatf-gafi.org/fr/themes/recommandationsgafi/documents/normesinternationalessurlalutteconterle-blanchimentdecapitauxetlefinancementduterrorismeetdelaproliferation.html
2. M. Findley, D. Nielson, J. Sharman, « Global shell games : testing money launderers' and terrorist financier' access to shell compagnies : http://larevuedugrasco.eu/documents/RAPPORT_SOCIETE_ECRAN.pdf

OUVRAGES RÉCENTS

LE DROIT DE L'INTELLIGENCE ÉCONOMIQUE

AUTEUR : OLIVIER DE MAISON ROUGE

POINT DE VUE DE L'EDITEUR

À l'heure de la globalisation des échanges et de la dématérialisation des données, **l'intelligence économique (IE)**, qui se définit comme étant « la maîtrise et la protection de l'information stratégique pertinente pour tout acteur économique », a pour finalité la compétitivité de l'économie dans le respect des règles publiques et privées de concurrence.

Dans ce contexte, **le droit de l'intelligence économique** n'a pas, jusqu'alors, fait l'objet de synthèses complètes et précises. Le présent ouvrage rédigé par un spécialiste de l'intelligence économique dresse un panorama détaillé, enrichi de nombreuses illustrations légales et jurisprudentielles. L'auteur traite notamment des outils proposés par le droit qui permettent de mobiliser les moyens juridiques relatifs à :

- la veille juridique;
- la constitution et la définition du périmètre du patrimoine informationnel de

l'entreprise ;
- l'acquisition licite de l'information ;
- la mise en place de mesures de protection des secrets d'affaires ;
- la mise en oeuvre de modes opératoires juridiques de prévention et de sensibilisation interne ;
- la défense des intérêts et les voies de recours en cas de divulgation des données stratégiques.

Matière transversale par excellence, le droit de l'intelligence économique examine l'impact des problématiques de l'IE tant en **droit des sociétés, droit commercial, droit social qu'en droit des nouvelles technologies.**

Ainsi, il apparaîtra au lecteur que le droit n'est pas une fin en soi, mais un moyen et un investissement incontournable pour les décideurs économiques

Sommaire :

- Le patrimoine informationnel
- La constitution du patrimoine informationnel
- La protection du patrimoine informationnel
- La guerre de l'information stratégique par l'influence
- Les voies de recours en cas d'atteinte au patrimoine informationnel

COMITÉ SCIENTIFIQUE DU GRASCO

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

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

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

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

Juliette Lelieur : maître de conférences à l'Université de Rouen. Spécialisée en droit pénal international, européen et comparé, elle enseigne également à la *Faculté internationale de droit comparé*. Elle a été chercheur à l'*Institut Max Planck de droit pénal étranger et international* (2001-2006) puis à l'Université de Bâle (2007-2008), d'où elle a collaboré aux travaux du Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE. Elle a (co-) dirigé la publication de deux ouvrages : L'espace judiciaire européen civil et pénal : Regards croisés, Paris, Dalloz 2009 et Combattre la corruption sans juge d'instruction, Paris, Secure-Finance, 2011.

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

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

INTERVIEW

SYLVIE PETIT-LECLAIR

REPRÉSENTANTE DE LA FRANCE À EUROJUST

(UNITÉ DE COOPÉRATION JUDICIAIRE DE L'UNION EUROPÉENNE)

PROPOS RECUEILLIS PAR JOCELYNE KAN

L.R.D.G : Qu'est-ce qu'Eurojust ?

Le crime organisé est un phénomène complexe, très ancien mais qui constitue, dans ses formes actuelles, un problème grave pour l'Union européenne et ses Etats membres. L'Europe de l'Ouest a toujours attiré voire fasciné les groupes criminels organisés, probablement en raison de son pouvoir économique et de ses richesses facilitant l'achat de marchandises et de services illicites. Cet attrait résulte également des effets de la circulation sans contraintes des marchandises et des capitaux et de l'absence de contrôles aux frontières intérieures. A ces éléments institutionnels et proprement « européens », s'ajoutent les conséquences de la globalisation, le développement des moyens de transport et les progrès technologiques.

La stratégie de l'Union européenne dans sa lutte contre le crime organisé, dans ses nouvelles formes et avec ses nouvelles caractéristiques, a subi, au cours des 50 dernières années une série de changements. Elle s'est développée parallèlement à la mobilisation de la communauté internationale qui

a donné lieu à l'élaboration d'un nombre impressionnant de réponses institutionnelles ; elle a également cherché à améliorer la coopération judiciaire.

Dès 1957, le Traité de Rome prévoyait une coopération européenne en matière de police et de justice. Deux années plus tard, le Conseil de l'Europe adoptait une Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale. Après la convention de Naples de 1967 sur l'assistance mutuelle des autorités douanières, le groupe dit de TREVI élargissait la réflexion aux moyens de lutter en commun contre des formes de criminalité transfrontalière. Des instruments d'action se mettaient en place avec l'accord de Schengen du 14 juin 1985 et sa convention d'application du 19 juin 1990. En 1992, le traité de Maastricht, dépassant la vision économique des communautés européennes, instituait les premiers organes de coopération européenne au niveau sécuritaire et prévoyait une coopération renforcée entre les Etats membres de l'Union européenne en matière judiciaire, policière et douanière.

Après la création officielle d'Europol en 1995 et la signature en 1997 du traité d'Amsterdam, qui fixait des objectifs significatifs à l'Union européenne spécialement chargée de « *maintenir et développer*

l'Union en tant qu'espace de Liberté, de Sécurité et de Justice », quelques ministres de la Justice eurent l'idée, en octobre 1999, lors du conseil européen de Tampere (Finlande), de créer une institution européenne, dont la mission essentielle serait la lutte contre le crime organisé et qui ne relèverait pas de la seule coopération policière. C'est ainsi qu'au début de l'année 2002, Eurojust voyait le jour. Chargée du renforcement de la lutte contre les formes graves de criminalité organisée, l'institution se voyait confier, à cette fin, la mission de favoriser une bonne coordination entre les autorités nationales chargées des poursuites, d'apporter son concours dans les enquêtes relatives aux affaires de criminalité organisée et de simplifier l'exécution des demandes d'entraide pénale internationale.

L.R.D.G : Eurojust vient de fêter ses 10 ans, quel bilan peut-on dresser de ses activités ? quelles sont les initiatives importantes depuis sa création ?

Les statistiques suffisent à démontrer qu'Eurojust est reconnue par les magistrats de terrain, qu'ils soient magistrats du parquet ou juges d'instruction, comme un excellent outil. Saisie de 202 dossiers en 2002, Eurojust a été chargée de 1441 dossiers en 2011 et de 1533 en 2012.

Les dossiers demeurent encore majoritairement bilatéraux – dossiers ne concernant que deux pays- mais le bureau français peut s'enorgueillir de gérer un nombre important de dossiers multilatéraux, qui concernent, outre la France au moins deux autres pays.

Les activités d'Eurojust doivent, à mon sens, se concentrer sur ces dossiers impliquant une coordination que seule cette institution peut offrir, les dossiers bilatéraux relevant autant que faire se peut de l'intervention d'autres facilitateurs de la coopération judiciaire pénale, que sont les magistrats de liaison et le réseau judiciaire européen.

Eurojust ne peut prendre d'initiatives qui ne seraient ni permises ni encadrées par les décisions du Conseil. Au cours de ces dix dernières années, Eurojust a considérablement développé l'aspect opérationnel de ses activités, en organisant un nombre important de réunions de coordination, auxquelles participent les magistrats en charge des enquêtes et au cours desquelles, ils peuvent, grâce à l'aide précieuse d'interprètes, échanger des informations, mettre en place des stratégies d'enquête et de poursuites, prévoir des investigations simultanées et coordonnées dans les pays concernés, anticiper d'éventuels conflits de compétence et même signer des équipes communes d'enquête.

Depuis février 2011, Eurojust met à la disposition des magistrats de juridiction des centres de coordination destinés à collecter et centraliser des informations recueillies le jour du déclenchement des opérations sur le terrain (« Action Day ») et à les diffuser auprès des autorités impliquées. Au cours de la journée consacrée aux interpellations et opérations de police dans les pays concernés, les magistrats reçoivent l'information et peuvent échanger des pièces de procédure en temps réel ; ils sont également immédiatement informés de la nécessité d'émettre en urgence un mandat d'arrêt européen ou de délivrer sur le champ une demande d'entraide complémentaire.

Au cours de ces dernières années, Eurojust s'est également davantage ouverte aux pays tiers, c'est-à-dire à des pays européens, situés hors de l'Union européenne, ou encore à des pays non européens.

L.R.D.G : Quels types d'affaires gère Eurojust ? Y a-t-il des axes prioritaires ?

Le champ de compétence matérielle de l'unité de coopération Eurojust est relativement large et ne se limite pas à la fraude communautaire. Eurojust a, en effet, été envisagée comme un outil de lutte contre un ensemble d'infractions d'une certaine gravité : criminalité organisée et terrorisme, homicide volontaire, atteintes corporelles graves, enlèvement, séquestration, prise d'otages, racisme, xénophobie, crimes contre les enfants, trafics d'êtres humains, d'armes, de drogues, d'organes, de véhicules, de biens culturels, et d'espèces animales ou végétales menacées, réseaux d'immigration clandestine, corruption, blanchiment d'argent et des produits du crime, contrefaçon, falsification de monnaie et de documents administratifs, vol qualifié, escroquerie, extorsion, criminalité informatique, atteintes majeures à l'environnement et enfin à toute autre forme de criminalité grave et transnationale, sur demande d'un Etat membre.

Les priorités, retenues par Eurojust en 2010-2011, concernaient le trafic de stupéfiants, la traite des êtres humains, le terrorisme, la fraude, la corruption, le blanchiment d'argent, la cybercriminalité ainsi que d'autres activités liées à l'implication de groupes dans la criminalité organisée de nature économique. D'autres domaines prioritaires sont dégagés pour les deux années suivantes : le trafic de stupéfiants, l'immigration illégale, le trafic d'êtres humains, les fraudes, la corruption, la cybercriminalité (dont la pédopornographie), le blanchiment des produits du crime, les infractions affectant les intérêts financiers de l'Union européenne, le terrorisme et les groupes (itinérants) criminels organisés.

L.R.D.G : Quel est le nombre de demandes d'assistance liées à la lutte contre la criminalité organisée ? Quels sont les pays qui sollicitent le plus l'assistance d'Eurojust et quels sont les pays les plus requis ?

Les 1533 dossiers, dont Eurojust a été saisie au cours de l'année 2012, concernent le trafic de produits stupéfiants (263 dossiers), la traite des êtres humains (60), le terrorisme (32), les escroqueries et fraudes (392), la corruption (30), le blanchiment de capitaux (144), la cybercriminalité (42) et d'autres infractions liées au crime organisé (231).

Les autorités françaises ont sollicité à 110 reprises l'assistance d'Eurojust, au cours de l'année 2012. La Suède (99), l'Autriche (95), l'Italie (94), la Pologne et le Royaume-Uni (80) sont les Etats membres, qui suivent immédiatement la France. Force est toutefois de souligner que les dossiers français sont majoritairement des dossiers multilatéraux, à hauteur de 60% de l'ensemble.

L'Allemagne (218 dossiers), l'Espagne (214), les Pays-Bas (199), le Royaume-Uni (190) et l'Italie (181) sont les pays qui sont le plus requis, la France ne venant qu'à la 6ème position avec 149 dossiers ouverts à son égard.

L.R.D.G : Quelles sont les relations d'Eurojust avec les institutions et les partenaires de l'Union européenne (Réseau Judiciaire Européen, Europol, Olaf, Frontex, Cepol) ainsi qu'avec les pays tiers et organisations extérieures à l'Union européenne ?

Des accords de coopération permettant l'échange d'informations judiciaires et de données personnelles ont été conclus avec Europol (office européen de police), l'Olaf (office européen de lutte anti-fraude), Cepol (collège européen de police), l'ONUDC (Office des Nations-Unies contre la Drogue et le Crime), Iber-Red (réseau de coopération concernant l'Espagne, le Portugal et certains pays d'Amérique latine) et le Réseau Judiciaire Européen, dont le secrétariat est hébergé par Eurojust.

Eurojust a également signé des accords de coopération avec l'Islande, la Suisse, la Macédoine, la Norvège, les Etats-Unis et la Croatie ; les trois derniers Etats ont d'ailleurs envoyé à La Haye des procureurs de liaison, qui sont installés aux côtés des représentants des 27 Etats membre de l'Union européenne.

Enfin Eurojust a constitué un réseau de points de contact disséminés dans toutes les parties du monde.

Eurojust peut apporter son assistance à des pays tiers dans les circonstances suivantes :

- Eurojust peut faciliter les enquêtes et les poursuites concernant un Etat membre et un Etat tiers lorsqu'il existe un accord de coopération entre cet Etat tiers et l'institution ou lorsqu'il existe un intérêt particulier à ce qu'une assistance soit fournie dans le dossier considéré.
- Eurojust peut également coordonner l'exécution de demandes d'entraide délivrées par un Etat tiers lorsqu'elles concernent la même enquête et doivent être exécutées dans au moins deux Etats membres.

Au cours de l'année 2011, les Etats tiers ont été représentés dans 211 dossiers ; les plus sollicités ont été la Suisse puis la Norvège, la Croatie, les Etats-Unis, la Turquie, la Bosnie-Herzégovine, la Serbie, le Maroc et le Liechtenstein.

L.R.D.G : Le Traité de Lisbonne renforce les capacités opérationnelles d'Eurojust ; quelles sont-elles ? Les moyens d'Eurojust sont-ils suffisants ? Quels sont encore les obstacles rencontrés ? Comment y remédier ?

Actuellement, Eurojust permet aux autorités nationales de se concerter et de se rapprocher,

grâce notamment aux réunions de coordination organisées par les bureaux ; la plupart du temps, en effet, ces réunions, auxquelles participent les magistrats en charge des dossiers, sont suffisantes pour que soient aplanies les éventuelles difficultés trouvant leurs causes dans la disparité des systèmes juridiques et dans des incompréhensions mutuelles ou afin que soient évités d'éventuels litiges consécutifs notamment à de possibles conflits de compétence. Le dialogue se révèle parfois insuffisant pour aboutir à un accord. C'est ainsi que plusieurs États, également compétents pour juger des faits délictueux, ne souhaitent pas reconnaître que l'un d'entre eux est le mieux placé pour exercer les poursuites ; les autorités judiciaires d'un État peuvent également refuser d'ouvrir une enquête et ce, alors même que la prise en compte de l'intégralité des faits devrait passer par le déclenchement de cette enquête dans le pays considéré. Même si elle est rare, parce que les autorités nationales sont le plus souvent animées de la même volonté de poursuivre avec efficacité le crime organisé, cette situation ne constitue pas une hypothèse d'école. Eurojust n'a pas de surcroît le pouvoir de faire appliquer les engagements pris lors des réunions de coordination, qui peuvent rester lettre morte, si les magistrats en charge des dossiers ne mettent pas en oeuvre les décisions prises au cours de ces réunions. Enfin, la reconnaissance d'un pouvoir décisionnel à Eurojust serait propre à faire émerger une véritable approche européenne dans le traitement des dossiers.

L'article 85 du Traité de Lisbonne détermine trois domaines, dans lesquels Eurojust pourrait se voir attribuer, par voie de règlements, quelques prérogatives contraignantes : la coordination des enquêtes et poursuites et la résolution des conflits de compétence ; l'institution pourrait également se voir accorder un pouvoir de "proposition" en vue du déclenchement des enquêtes. Toutefois, la mise en oeuvre des actes, dont l'impulsion reviendrait à Eurojust, demeurerait de la compétence des autorités nationales.

L.R.D.G : Quel est l'avenir d'Eurojust et qu'en est-il de la création d'un parquet européen préconisé par le Traité de Lisbonne ?

L'article 86 du Traité de Lisbonne permet au Conseil des Ministres de l'Union européenne d'instituer un parquet européen "à partir d'Eurojust", dans le domaine de la protection des intérêts financiers des Communautés. Son quatrième paragraphe prévoit également la possibilité d'étendre les attributions du Parquet européen à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière, à des conditions de décision qui rendent très hypothétique une telle extension de compétence.

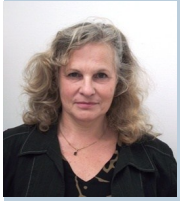
Le traité semble régler certains points : le parquet européen doit se situer dans le prolongement d'Eurojust et non de l'Office de lutte anti-fraude -OLAF- et l'accusation doit être portée devant les juridictions nationales de jugement, ce qui exclut la création d'une juridiction pénale européenne. Son action serait fondée sur les services d'enquête nationaux.

En revanche, alors que les services de la commission européenne travaillent à l'élaboration d'un projet, de nombreux articles et conférences ont été et sont consacrés aux perspectives, aux raisons et justifications d'un ministère public européen et bien entendu à la détermination des règles relatives à l'administration et au fonctionnement opérationnel de l'institution. S'agira-t-il d'une institution collégiale ? S'agira-t-il au contraire d'une institution pyramidale avec des délégués aux côtés du procureur ou dans chacun des États membres ? Quelle sera l'étendue de ses pouvoirs opérationnels ? Quelles règles procédurales seront applicables ? Sera-t-il nécessaire de mettre en place des règles minimales de procédure dans un code européen ? Ou bien les services nationaux chargés des enquêtes appliqueront-ils leurs propres règles procédurales ? Quelle sera la place d'Europol et de l'OLAF dans cet échiquier, notamment en termes de hiérarchie ? Comment les droits ou principes fondamentaux seront-ils protégés à l'occasion des investigations menées par le ministère public européen ?

Les questions sont nombreuses mais légitimes. Une certitude émerge néanmoins : l'expérience d'Eurojust doit être utilisée pour que ce nouveau parquet européen puisse pleinement remplir son oeuvre.

RAPPORT

SYNTHÈSE DU BILAN 2011 DE LA DÉLÉGATION NATIONALE À LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE



MDC COUR D'APPEL DE PARIS

JOCELYNE KAN

MAGISTRAT ET DIRECTEUR ADJOINT DU GRASCO

En mai 2012, pour la quatrième année, la Délégation Nationale à la Lutte contre la Fraude (DNLF), créée par décret n°2008-371 du 18 avril 2008 et placée par délégation du Premier ministre auprès du ministre chargé du Budget, a publié le bilan d'ensemble de la lutte contre la fraude aux finances publiques, relatif à l'année 2011. La DNLF, qui assure le secrétariat du Comité National de Lutte contre la Fraude (CNLF), retrace dans ce bilan l'application du premier Plan de Coordination adopté fin 2010.

Le bilan révèle une progression très importante des niveaux de fraude détectée en 2011. Les montants de la fraude détectée ont augmenté de près de 16% par rapport à l'année 2010, pour un montant total de 3,864 milliards d'euros. C'est ainsi que pour :

– la Direction générale des finances publiques (DGFIP) : l'indicateur qui mesure la fraude fiscale s'éleve à 2,989 milliards d'euros en 2011, soit une augmentation de 20%.

– la Direction des douanes et des droits indirects (DGDDI) : les résultats de la fraude détectée sont d'un montant 363 millions d'euros, sensiblement similaires à ceux de 2010.

– les organismes de sécurité sociale : la fraude atteint 479,5 millions d'euros, d'où une augmentation de 5%. Il est précisé que le niveau de redressement de l'ACOSS (Agence centrale des organismes de sécurité sociale) en matière de travail dissimulé est près de 220 millions d'euros, représentant une augmentation de 18%.

– le Pôle Emploi : la fraude détectée (hors travail illégal) se monte à 32 millions d'euros, soit un niveau supérieur de 52% à l'année précédente.

Le bilan souligne l'amélioration des échanges et de la coordination entre les services pour lutter contre les infractions portant un préjudice aux finances publiques. Il est mis en exergue :

- *le renforcement des outils juridiques avec* :

➢ La création de l'Agence de Gestion et de Recouvrement des Avoirs Saisis et Confisqués (AGRASC) dont l'une de ses missions consiste à concourir au recouvrement des dettes sociales, fiscales et douanières des délinquants. La DNLF précise que le 21 juillet 2011, une convention a été signée avec 12 créanciers sociaux et fiscaux visant à organiser leurs relations avec l'Agence.

➢ L'adoption en mars 2011 par le législateur d'une mesure qui lève le secret professionnel en encourageant des échanges entre tous les partenaires, sans se limiter aux échanges bilatéraux déjà autorisés.

➢ La mise en oeuvre de la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, qui renforce les sanctions administratives à l'encontre de l'employeur ayant commis une infraction de travail illégal.

➢ La loi de financement de la sécurité sociale pour 2012, qui apporte des modifications et des ajouts en matière de lutte contre la fraude. C'est ainsi que TRACFIN peut trans-

mettre des renseignements aux organismes de protection sociale ; que des échanges d'informations sont autorisés entre les organismes de sécurité sociale et les consulats ; que les organismes peuvent s'opposer à la remise d'une dette d'origine frauduleuse au cours des procédures de surendettement ; qu'une suspension des prestations et qu'un réexamen systématique des droits d'une personne sont prévus lorsqu'une fraude ayant permis l'obtention d'un numéro de sécurité sociale, est découverte.

- *Le renforcement des échanges d'informations que disposent les services de l'Etat et les organismes de protection*. Pour ce faire, ont été mis en place :

➢ Quatre grands projets informatiques :

- Le Répertoire national des bénéficiaires (RNB) de la branche famille qui permet notamment de détecter des personnes utilisant différentes identités dans plusieurs Caisses d'allocations familiales (CAF). En 2011, plus de 21 000 radiations et 49 000 suspensions des prestations ont été réalisées.

- Le Répertoire national commun de la protection sociale (RNCPS) qui vise à regrouper pour les assurés, identifiés par leur numéro de sécurité sociale, leur adresse, leurs affiliations à un régime obligatoire et les types de prestations servies. Ce répertoire doit permettre d'empêcher la perception de prestations incompatibles entre elles.

- Le recensement des fraudeurs par les organismes de sécurité sociale. Les fraudeurs sont inscrits dans un fichier national géré par la branche. Les personnes recensées seront ainsi connues de tous les organismes sociaux locaux. Il est indiqué dans le bilan que les fichiers de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) et de la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) ont été autorisés par la CNIL. Des décrets de création sont en préparation pour les fichiers créés par la Caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAV) et la Caisse centrale de la Mutualité Sociale Agricole (CCMSA). Des travaux sont en cours pour la mise en place d'un fichier recensant les mesures d'interdiction de gérer pouvant être prononcées par les juridictions civiles, commerciales et pénales, y compris dans le cadre de mesures plus générales de faillite personnelle.

- Le projet de Déclaration Sociale Nominative (DSN) qui vise à regrouper toutes les déclarations sociales des entreprises, en une déclaration unique, dématérialisée, liée aux opérations de paie. La loi n°2012-387 du 22 mars 2012 organise sa mise en place en deux étapes : au 1er janvier 2013 sur un champ restreint et sur la base du volontariat des entreprises, puis une généralisation en 2016.

➢ Des ouvertures d'accès de consultation aux fichiers détenus par un partenaire sont prévues. Certaines sont d'ailleurs déjà opérationnelles telles que : la Déclaration Préalable d'Embauche (DPAE) de l'ACOSS pour aider à vérifier la véracité des bulletins de paye produits ou l'absence d'une activité salariée non déclarée ; le Système National de Gestion des Carrières (SNGC) de la CNAV pour contrôler la vraisemblance des bulletins de paye produits par les assurés ou la non dissimulation de salaires ; le Fichier des comptes bancaires (FICOBA) de la Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP) pour vérifier l'identité du titulaire du compte bancaire indiqué pour le versement des prestations et identifier les établissements bancaires détenant les comptes bancaires afin d'exercer, le cas échéant, un droit de communication auprès d'eux.

La DNLF précise que l'accès aux Déclarations préalables à l'embauche (DPAE) par Internet a été ouvert par l'ACOSS aux autres organismes de protection sociale pour la lutte contre la fraude. L'ouverture des accès à FICOBA sur Internet a été finalisée en 2010 pour toutes les caisses nationales. L'ouverture de l'accès au SNGC par l'intermédiaire de l'Espace des Organismes Partenaires de la Protection Sociale (EOPPS) pour la CNAMTS, CCMSA, la CNAF, Pôle emploi et l'ACOSS, a reçu l'aval de la CNIL le 15 juillet 2010. Depuis le 14 décembre 2011, l'accès au service de l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France (AGDREF) du ministère de l'Intérieur est opérationnel pour permettre la consultation du fichier des titres de séjour par les organismes de protection sociale.

➢ Les croisements de fichiers, qui aident à rechercher de nombreux types de fraudes telles que les fraudes à la résidence en France, les fraudes aux aides au logement, les fraudes par dissimulation de ressources, les fraudes au cumul des prestations. Il est indiqué qu'en 2010, les opérations réalisées par l'ensemble des partenaires avaient permis de détecter puis de stopper 169 millions d'euros de paiements à tort. Pour 2011, ces opérations ont permis de détecter 180 millions d'euros

supplémentaires.

- Le développement des signalements. Dans son bilan, la DNLF rappelle que le Livre des procédures fiscales instaure des obligations de signalement entre la DGFIP et les organismes de sécurité sociale. Le nombre des signalements est passé de 11 109 à 40 519 entre 2008 et 2011.

Sous l'égide de la DNLF, une circulaire a d'ailleurs été signée le 26 décembre 2011 entre la DGFIP et l'ACOSS pour instaurer une liaison institutionnelle entre les directions interrégionales de contrôle fiscal (DIRCOFI) et les URSSAF au niveau régional et pour développer, dans ce cadre, des thématiques de coopération.

- *Le renforcement de la lutte contre la fraude documentaire.*

Pour lutter contre les fraudes aux finances publiques, la DNLF insiste sur la nécessité de lutter contre la fraude documentaire. Cette fraude peut concerner les titres d'identité, les justificatifs de domicile, les justificatifs de ressources. Ces documents détournés, contrefaits ou falsifiés permettent aux fraudeurs d'éluder des impôts ou d'obtenir des droits ou des prestations indues. Le groupe interministériel d'expertise à la lutte contre la fraude à l'identité (GIELFI) a pour objectif de sécuriser les processus de délivrance de ces justificatifs et, lorsque cela est possible, de simplifier les démarches administratives. Les principales actions menées en 2011 ont été les sécurisations de l'immatriculation à la sécurité sociale, des justificatifs de domicile et des actes d'état civil.

- *Le renforcement de la formation des agents et le partage d'expérience.*

- *L'importance de l'action des Comités opérationnels départementaux anti-fraude (CODAF),* pilotés par la DNLF et le ministère du Budget, compétents depuis 2008 sur les fraudes sociales, les fraudes fiscales et douanières et sur le travail illégal.

Ces comités, qui réunissent, sous la co-présidence du préfet de département et du procureur de la République du chef-lieu du département, les services de l'Etat (police, gendarmerie, administrations préfectorale, fiscale, douanière et du travail) et les organismes locaux de protection sociale (Pôle emploi, URSSAF, CAF, Caisse d'assurance maladie et de retraite, le régime social des indépendants (RSI), la Mutualité sociale agricole (MSA)) ont une double finalité opérationnelle : mener des opérations entre membres du CODAF et détecter des fraudes grâce aux signalements des partenaires. En 2011, les CODAF ont mené 3 422 actions de lutte contre les fraudes aux finances publiques dont 2 383 opérations coordonnées et 1 039 fraudes détectées grâce à des signalements spécifiques.

La visibilité du travail de terrain des CODAF s'est accrue notamment à l'occasion de la campagne de communication *« Frauder c'est voler et celui qui fraude sera sanctionné »* de septembre 2011, qui a pour objectif de renforcer la prise de conscience des citoyens sur les enjeux des fraudes fiscales et sociales et d'insister sur le renforcement des sanctions encourues en cas de fraude.

Dans son bilan, **la DNLF met en avant des actions de lutte contre la fraude menées par différents services et organismes.**

- *En matière de lutte contre le travail illégal*

- La Direction générale du travail (DGT).

Il est noté une mobilisation certaine des services de l'inspection du travail dans la lutte contre le travail illégal, en 2011. En terme de contrôle, l'activité de l'inspection du travail dans les secteurs ciblés prioritairement dans le plan national d'action 2010/2011 de lutte contre le travail illégal a porté, comme en 2010, sur près de 37 000 entreprises. Ces contrôles ont en outre concerné plus de 1100 entreprises prestataires étrangères. L'inspection du travail a établi et transmis 2 354 procès-verbaux aux procureurs de la République constatant au moins une infraction de travail illégal, soit 27 % des 8 900 procédures de travail illégal (plus de 2% par rapport à 2010) enregistrées par l'ensemble des corps de contrôle compétents en 2011. Il est fait observer que l'infraction de travail illégal se transforme et que les organisations frauduleuses sont de plus en plus complexes. Il est évoqué le transfert probable de la pratique de dissimulation « tout salarié à tout heure » vers celle « d'une partie des salariés et une partie des heures » ou de l'usage réitéré de faux statuts (faux indépendants, faux auto-entrepreneurs, faux stagiaires ou faux bénévoles). La baisse de la verbalisation au titre de l'emploi des étrangers sans titre de travail est confirmée en 2011.

Le bilan souligne les relations étroites entre la DGT et l'office de lutte contre le travail illégal (OCLTI), sa participation aux réunions organisées par le réseau des groupes d'intervention régionaux (GIR), et sa coopération efficace avec les services de

l'ACOSS. Il mentionne également l'activité de la DGT dans le cadre de la coopération administrative en matière de lutte contre le travail illégal et de contrôle de détachement. C'est ainsi qu'il est précisé l'activité croissante du bureau de liaison national mis en place à la DGT au titre de l'article 4 de la directive 96-71 CE du 16 décembre 1996, le développement de la coopération transfrontalière via la mise en place de nouveaux bureaux de liaison déconcentrés et l'utilisation du nouveau système d'information mis à la disposition des Etats membres pour la coopération administrative en matière de détachement.

Il est indiqué que la Commission nationale de lutte contre travail illégal (CNLTI) s'est réunie le 30 mars 2011. Des objectifs ont été fixés pour la seconde année du plan 2010/2011.

➢ Les actions des URSSAF.

Les URSSAF se sont dotées d'une organisation régionale adaptée afin d'optimiser son efficacité dans la lutte contre la fraude. En 2011, 40 225 établissements ont été vérifiés dans le cadre d'actions de prévention et de recherche ; 7 854 actions ciblées de contrôle laissant présumer une situation de travail dissimulés ont été effectuées ; 4 996 procès-verbaux ont été dressés par les inspecteurs de recouvrement. Les redressements opérés se sont élevés à 220 millions d'euros.

Il est intéressant de noter la mise en place de plans d'actions sur des thématiques nouvelles telles que :

- la poursuite des stratégies de lutte contre les fraudes sociales internationales comme la fraude au détachement de salariés dans le cadre de prestations de services transfrontalières. En novembre 2011, le Centre des Liaisons Européennes et Internationales de Sécurité Sociale (CLEISS) et l'ACOSS ont rédigé une convention de service dans le cadre du soutien de la mission de lutte contre l'évasion sociale transfrontalière.

- la fraude sur Internet en constante évolution, qui a nécessité la mise en place d'une cellule nationale d'investigation sur Internet. En 2011, il y a eu 234 enquêtes réalisées et 190 248 euros de redressement de cotisations sociales éludées.

- le plan national d'action « Auto -Entrepreneurs 2011 », qui a été déployé à partir de juin 2011. Il a porté sur plus de 1 500 comptes auto-entrepreneurs. Il doit donner un éclairage particulier sur la population des auto -entrepreneurs, relever les situations de minoration ou de surévaluation du chiffre d'affaires, ainsi que les situations d'externalisation d'emplois salariés.

- *En matière de lutte contre les fraudes fiscales et douanières.*

➢ La lutte contre les fraudes fiscales.

L'année 2011 a été marquée par la mise en oeuvre de nouvelles initiatives dans le domaine du contrôle fiscal. Dans la ligne du G20, la France lutte contre les paradis fiscaux. Des mesures de rétorsion sont désormais applicables à toutes les transactions impliquant des Etats ou territoires qui refuseraient de coopérer au moyen des conventions d'échanges de renseignements. Depuis 2009, 36 conventions ont été signées dont 22 sont entrées en vigueur. La DNLF a aussi lancé une campagne de mobilisation du renseignement et de contrôle fiscal.

Il est rappelé qu'en 2009, il a été créé une procédure judiciaire d'enquête fiscale qui permet à la DGFIP de déposer plainte avant même le début des opérations de contrôle fiscal en vue de faire rechercher, avec des prérogatives de police judiciaire, les éléments de nature à caractériser et sanctionner les fraudes les plus difficiles à appréhender. L'enquête peut être confiée à la brigade nationale de répression de la délinquance fiscale rattachée au ministère de l'Intérieur. Au 30 septembre 2011, la DGIPF a saisi la commission des infractions fiscales (CIF) de 59 propositions de poursuites. La CIF a donné 55 avis favorables pour déposer des plaintes.

Le protocole national de coopération du 3 mars 2011 a réaffirmé la coopération entre la DGFIP et la DGDDI en particulier sur les paradis fiscaux et les carrousels de TVA. Ce protocole est innovant en matière de coopération informatique car il prévoit d'étendre les accès mutuels aux bases de données des deux administrations. Des études sont actuellement en cours en ce sens sur les bases SIRIUS PRO de la DGFIP et DELTA de la DGDDI avec l'assistance de la DNLF.

L'année 2011 a vu également la poursuite de la coopération entre la DGFIP et les organismes de protection sociale qui s'est traduite essentiellement par des échanges d'informations. La DGIFIP participe à de nombreuses expérimentations dans plusieurs départements en matière de la lutte contre la fraude sociale.

➢ Les actions en matière douanière.

En 2011, la douane a relevé près de 85 000 infractions retirant ainsi 1,2 milliard d'euros à l'économie souterraine. De plus, 265 millions d'euros de droits et

taxes ont été redressés. Il a été souligné une progression des résultats dans la lutte contre les approvisionnements illicites en matière de tabac, les saisies ayant représenté un volume de 462 tonnes pour une valeur de 109 millions d'euros. De plus, 9 millions d'articles contrefaits ont été saisis, soit une augmentation de 42%.

Le 3 mars 2011 a été signé un protocole rénové de coopération entre la DGDDI et la DGFPI qui redéfinit le cadre de la collaboration entre les services douaniers et fiscaux.

- *Les actions de la Direction de la sécurité sociale (DSS).*

En 2011, les actions de la DSS ont été menées autour de grands axes notamment :

- La poursuite du renforcement de l'arsenal juridique. En effet, le volet « contrôle de lutte contre la fraude » de la loi n°2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012 contient des articles relatifs contre la fraude entre autres la lutte contre le travail dissimulé et les fraudes aux cotisations, la lutte contre la fraude aux prestations, les échanges et partages d'informations.

De plus la DSS a élaboré la réforme des attestations de vigilance afin d'améliorer la prévention du travail dissimulé et simplifier et sécuriser l'accomplissement des obligations des sous-traitants et des donneurs d'ordre (décret n° 2011-1601 du 21 novembre 2011) et la mise en place d'une procédure de vérification comptable sur place des fournisseurs de dispositifs médicaux par des agents de contrôle de l'assurance-maladie (loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé).

- Le lancement de nouvelles actions de contrôle. La DSS a ainsi élaboré, en lien avec la CNAF et la DNLF, un plan d'action de coopération renforcée contre la fraude aux prestations versées par les CAF. Elle a mis en place et piloté une mission d'évaluation de la fraude documentaire au sein du service administratif national d'identification des assurés (SANDIA) chargé de l'immatriculation des personnes nées à l'étranger. Elle a aussi contribué au développement de la lutte contre les fraudes transnationales avec la proposition d'un plan national d'action autour de 5 priorités opérationnelles qui sont la lutte contre les fraudes aux décès à l'étranger, le contrôle des dépenses de soins engagées à l'étranger par des assurés des régimes français, la lutte contre les trafics de médicaments à l'exportation, l'examen renforcé des demandes de visa de court séjour et la lutte contre les fraudes en matière de détachement de salariés par des entreprises étrangères.

- *Les fraudes aux prestations sociales.*

- Les actions de la branche famille.

En 2011, le nombre d'allocataires déclarés fraudeurs s'est élevé à 15 011 pour 11,5 millions d'allocataires ce qui constitue une augmentation de 14% par rapport à 2010. Le montant du préjudice financier est de l'ordre de 101,5 millions d'euros. Il a été répertorié 4 grands types de mécanismes frauduleux : l'omission et la fausse déclaration (66,7%), la fraude à l'isolement (27,4%), le faux et usage de faux (3%), l'escroquerie (2,7%). 13 118 sanctions ont été prononcées et 2 458 plaintes ont été déposées. 90% des 1 057 jugements rendus ont été favorables aux organismes.

Le plan de coopération de lutte contre la fraude aux prestations familiales a été renforcé dans 14 départements et la collaboration traditionnelle, notamment au sein des CODAF, a été étendue aux banques, à l'Education Nationale, aux fournisseurs d'énergie et à « La Poste ».

- Les actions de l'assurance vieillesse.

La CNAV a déposé une demande d'avis auprès de la CNIL accompagné d'un projet en Conseil d'Etat concernant la création d'un Système National de Gestion des Fraudes (SNGF). En 2011, le montant de la fraude à l'assurance vieillesse s'est élevé à 14 millions d'euros contre 10 millions d'euros en 2010. Le nombre de dossiers retraite en cause a été de 942. Il convient aussi de noter que 104 sanctions administratives ont été prononcées contre 12 en 2010.

- Les actions des organismes de retraite complémentaire (AGIRC-ARRCO).

Les actions menées en 2011 ont eu pour objectif d'améliorer la prévention et la détection des fraudes individuelles ou organisées. La coordination entre l'AGIRC-ARRCO et Pôle Emploi a permis de disposer des éléments concernant les invalidations de prestations chômage obtenues notamment frauduleusement. Une coordination a également été mise en place avec la CNAV et la MSA pour le traitement des dossiers de rachats frauduleux de trimestres de cotisations.

- Les actions de l'assurance maladie du régime général.

Au cours de l'année 2011, l'Assurance Maladie a mis en évidence 120 millions d'euros de fraudes et de pratiques fautives notamment lors du contrôle externe de la tarification à l'activité des établissements de santé (T2A), du contrôle des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), du contrôle administratif des établissements d'hospitalisation à domicile (HAD), du contrôle de la rétrocession des médicaments par les Centres hospitaliers universitaires (CHU).

Les fraudes à l'obtention des droits commises par les assurés en 2011 se sont montées à 3,7 millions d'euros. La fraude administrative aux indemnités journalières (falsifications diverses, cumul d'indemnités journalières,...) essentiellement commise par les assurés, a totalisé 6,4 millions d'euros de préjudice subi.

Le contrôle de l'activité de professionnels de santé a démontré que le préjudice subi constaté chez les infirmiers a augmenté atteignant 17,5 millions d'euros contre 12,7 millions en 2010. Le montant du préjudice subi constaté chez les transporteurs s'est élevé, quant à lui, à 9 millions d'euros essentiellement pour non- respect des règles de facturation et pour fraudes à l'agrément aux véhicules. Des médecins généralistes ont été à l'origine de 7 millions d'euros de préjudice financier pour l'Assurance Maladie surtout pour fraudes à la nomenclature. Des pharmaciens ont causé un préjudice de 4,9 millions d'euros pour fraudes à la prescription ou facturations non conformes à la délivrance.

En tout, au cours de l'année 2011, 1094 plaintes ont été portées par les Caisses auprès des procureurs de la République, 321 condamnations pénales ont été prononcés, 6,1 millions d'euros de dommages et intérêts, frais irrépétibles ont été accordés aux parties civiles. Au titre de l'article L162-1-14 du Code de la sécurité sociale, l'Assurance Maladie a prononcé 1 395 pénalités financières pour un montant global de 2 millions d'euros.

Il est fait observer que la fraude commise en bande organisée caractérisée par la réunion de trois critères cumulatifs (pluralité d'acteurs, notion d'entente commune, recherche d'un profit) est difficile à démontrer en raison de la multiplicité des contrevenants divers. En 2011, 27 dossiers impliquant 223 personnes ont été enregistrés par les organismes. Les fraudes en bande organisée les plus notables ont concerné deux cabinets d'infirmiers pour respectivement 1,3 millions d'euros et 0,4 million d'euros.

- Les actions de la Mutualité sociale agricole (MSA).

Le montant total de la fraude constatée a été de 16 millions d'euros en 2011, d'où une augmentation de 72% par rapport à 2010. Par ailleurs, 169 pénalités financières ont été prononcées pour un montant de 153 415 euros.

Il a été mis en place une cellule nationale de reprise pour lutter contre les fraudes aux rachats de cotisations prescrites.

- Les actions du Régime social des indépendants (RSI)

Les montants des indus constatés au titres de l'année 2011 ont été de 12,21 millions d'euros (4,87 millions d'euros pour la branche affiliation/recouvrement ; 1,3 million d'euros pour la branche vieillesse ; 6,11 millions d'euros pour la branche santé). Le plan national santé 2011 a été diffusé par lettre réseau n° 2011/030 du 22 février 2011. Ce plan repose sur trois axes : la répression des fraudes et des fautes, la lutte contre les pratiques dangereuses, la répression des pratiques abusives. Ce plan porte sur le contrôle contentieux des établissements tarifés à l'activité, les soins infirmiers, la liquidation médicalisée, les indemnités journalières.

- Les actions de Pôle Emploi

En 2011, 32 millions d'euros ont été détectés comme versés à tort ce qui représente une augmentation de plus de 52% par rapport à 2010. Ces résultats sont notamment dus à la généralisation nationale de l'application Authentification des Données (AD), qui permet la détection des incohérences relatives aux données saisies au moment de l'inscription et de la liquidation des droits pour tout dossier de demandeur d'emploi.

Il est précisé que 98% des 116 jugements rendus par les tribunaux correctionnels ont été favorables à Pôle Emploi. Le délai de traitement des procédures pénales étant très long, les juridictions civiles ont été de plus en plus saisies pour voir condamner les débiteurs au remboursement. En complément des actions judiciaires, des dossiers sont transmis aux DIRECCTE (Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi) en vue de faire prononcer des sanctions administratives ou des pénalités financières.

Les 5 mécanismes de fraude les plus utilisés ont été : les périodes d'emploi non déclarées, les emplois fictifs et les fausses attestations d'employeurs, la non déclaration de la qualité de « mandataire social » lors d'une demande d'allocation, les chan-

gements de situations non déclarés, la résidence à l'étranger et allocations non exportables et fraudes transfrontalières. A ces mécanismes s'ajoute l'utilisation des faux papiers d'identité.

➢ Les actions du régime de garantie des salaires (AGS)

Au cours de l'année 2011, 610 cas de fraude ont été détectés qui ont concerné 610 personnes pour lesquels 134 litiges prud'homaux sont en cours. Le préjudice subi par l'AGS s'est élevé à 7,1 millions d'euros. Les fraudes ont souvent été de la délinquance financière astucieuse, des fraudes en réseau ou relevant du travail illégal.

- *L'activité de la gendarmerie nationale et de la police nationale*

➢ Les actions de la gendarmerie nationale

En 2011, la gendarmerie nationale a constaté 6 981 délits de travail illégal. Elle a traité 1 007 délits de fraude sociale. Il est indiqué que dans le domaine spécifique de la fraude à la TVA, les procédures sont menées en liaison étroite avec la Direction nationale des enquêtes fiscales (DNEF) ou les brigades d'interventions régionales (B21). Un réseau de 113 militaires qualifiés « enquêteurs en fraude documentaire » (EFD) affectés dans la plupart des groupements de métropole, travaillent avec le département documents de l'IRCGN et sont en mesure de se prononcer sur l'authenticité de tous les titres d'identité et de voyage. De plus, en liaison avec l'Agence nationale des titres sécurisés (ANTS), la gendarmerie a achevé le déploiement de 7 200 lecteurs de titres sécurisés dits « 4 en 1 ». Cet appareil permet de lire les sécurités électroniques incorporées sur les titres d'identité et de circulation modernes, et facilite ainsi les opérations d'interrogation des fichiers opérationnels. En complément, 13 stations mobiles de contrôle de documents ont été déployés au profit des groupements les plus confrontés aux phénomènes des fraudes documentaires.

Le bilan retrace le travail de l'OCLTI, qui a dirigé 45 enquêtes judiciaires en 2011. Il est mentionné l'existence quasi-systématique d'un volet international dans ces enquêtes. L'office dispose, d'ailleurs, d'un groupe « relations internationales » (GRI) qui l'aide à lutter contre les délocalisations fictives d'entreprises, les fraudes à l'établissement, les fausses entreprises de travail temporaire étrangères, la fausse sous-traitance et les filières de trafic de main d'oeuvre. En 2011, l'office a effectué beaucoup de missions de soutien, d'assistance et de renseignement au profit des unités territoriales.

Les enquête menées par l'OCLTI confirment les liens de connexité entre le travail illégal et d'autres délits d'ordre économique : le blanchiment, les abus de biens sociaux et les faux, la fraude sociale sous forme d'escroqueries diverses aux revenus de remplacement et aux prestations soumises à conditions de ressources. Il est également souligné que les dissimulations d'activités se traduisent immanquablement par des fraudes fiscales.

➢ Les actions de la police nationale

Le bilan de la DNLF signale que la police nationale a poursuivi le renforcement de son action par une implication accrue de ses services d'investigation et grâce au déploiement de nombreux dispositifs d'échanges et de co-action notamment les opérations menées au sein des CODAF.

Au cours de l'année 2011, il est mentionné une hausse de :

- plus de 5,4 % de faits de travail illégal constatés (10 162 faits en 2011 contre 9 641 en 2010) ;

- plus de 1,1% de faits d'emploi d'étrangers sans titre de travail constatés (2 933 faits en 2011 contre 2 900 en 2010) ;

- plus de 27,8 % de faits de marchandage et de prêt de main d'oeuvre constatés (385 faits en 2011 contre 309 en 2010) ;

- plus de 5 % de faits de faux documents d'identités constatés (6 658 faits en 2011 contre 6 342 en 2010) ;

- plus de 15,3% de faits de faux documents concernant la circulation de véhicules (3 838 faits en 2011 contre 3 327 en 2010).

En ce qui concerne la direction centrale de la police judiciaire, sont mises en exergue les actions :

- des groupes d'intervention régionaux (GIR) dont la lutte contre la fraude sociale et aux finances publiques est devenue l'un des objectifs. Les GIR ont notamment recentré leur activité sur les expertises patrimoniales systématiques visant à identifier et saisir les produits, revenus et capitaux d'origine criminelle. En 2011, les GIR ont été associés à la saisie de près de 70 millions d'euros. De plus, leur participation aux réunions des CODAF s'intègre dans une synergie interservices. Pour l'année 2011, sur 1 114 opérations, 195 ont abouti à l'élaboration de 360 procédures pour travail dissimulé.

- de la division nationale d'investigations financières et

fiscales (DNIFF) qui dispose d'une brigade nationale de répression de la délinquance fiscale (BNRDF), composée à parité d'agents du fisc et de policiers. Mise en place en novembre 2010, cette brigade s'est montrée efficace dès sa première année de fonctionnement. En effet, 48 personnes ont été mises en cause pour des faits de fraude fiscale et des délits connexes de blanchiment, d'abus de biens sociaux ou de faux.

- de la brigade nationale d'enquêtes économiques (BNEE), qui comprend 51 cadres issus de la Direction générale des finances publiques affectés sur 21 sites dans les divisions économiques et financières des services centraux et territoriaux de la police judiciaire. En 2011, grâce aux données communiquées par la BNEE, l'administration fiscale a pu mettre en recouvrement 170 millions de droits et pénalités, contre 140 millions d'euros pour les années 2009 et 2010.

- de l'office central pour la répression de la grande délinquance financière (OCRGDF). Dans son bilan, la DNLF fait observer que les fraudes constatées par l'OCRGDF visent quasi-exclusivement des abus de prestations offertes par les CPAM et les ASSEDIC (Pôle Emploi). Or, l'OCRGDF constate que les CODAF ainsi que les organismes sociaux précités ont créé des groupes dont l'objectif est la détection et le recouvrement des fraudes grâce à l'identification des bénéficiaires. Ce nouveau dispositif, qui a pour effet l'abandon des poursuites par les procureurs de la République, se singularise donc de l'action menée par les services d'enquête qui visent à identifier les réseaux qui organisent les fraudes.

- du service central de l'identité judiciaire de la sous-direction de la police technique et scientifique qui dispose d'un groupe chargé des travaux techniques en documents, très impliqué dans la lutte contre la fraude documentaire et le suivi des problématiques relatives à la sécurité des documents d'identité et de voyage, souvent liées à la fraude sociale. Les examens effectués contribuent à la définition des modes opératoires de l'obtention frauduleuse et à l'établissement des rapprochements d'affaires. Le groupe participe au groupe interministériel des experts contre la lutte à l'identité (GIELFI) et à la mission de prévention et de lutte contre la fraude documentaire (MPLFD).

En ce qui concerne la direction de la police aux frontières (DCPAF), il est précisé qu'elle dispose d'un bureau de la fraude documentaire dont le soutien des analystes s'est concrétisé par l'analyse de 16 614 documents (passeports, carte d'identité, titres de séjour, visas, documents d'état civil, permis de conduire) sur lesquels 1 395 se sont avérés être de faux documents. Le soutien opérationnel de ces analystes en fraude documentaire s'est aussi manifesté par une opération d'évaluation de la fraude au service administratif national d'immatriculation des assurés (SANDIA) lequel, depuis 1988, sur délégation de l'INSEE, est compétent pour l'immatriculation des personnes nées à l'étranger et dans les communauté d'outre-mer. Ce travail a permis de révéler un taux de fraude de 10,4% portant majoritairement sur des actes d'état civil.

L'année 2011 s'est inscrit dans un mouvement de hausse des faux documents détectés. En effet, 14 126 faux documents ont été interceptés par les services de la DCPAF soit une augmentation de 16,7 % par rapport à 2010. Toutefois, les contrefaçons et les falsifications de documents se heurtent à des systèmes et des documents de plus en plus sécurisés et plus difficile à frauder. C'est ainsi qu'il a été observé que la fraude documentaire évoluait et se déplaçait sur le terrain de la fraude à l'identité dans le cadre d'obtentions frauduleuses et d'usurpations.

En ce qui concerne la direction centrale de la sécurité publique, la fonction de « guichet unique » des services territoriaux de la sécurité publique a fait des directeurs de la sécurité publique des interlocuteurs privilégiés des organismes sociaux permettant d'orienter l'enquête vers les services qui leur semblent les plus adaptés pour mener les investigations. Ils sont une force de proposition, dans chaque département, au sein des CODAF. L'implication de ses services territoriaux est en progression constante notamment dans le domaine de la fraude identitaire.

Enfin, en ce qui concerne la préfecture de police, elle est toujours engagée dans la lutte contre la fraude dans le cadre de l'action du CODAF de Paris. De plus, depuis septembre 2011, une expérimentation visant à renforcer les échanges d'informations entre les services de police et les services de la CAF du département du Val de Marne (94) a été mise en place à l'initiative de la DNLF. Ce dispositif va être généralisé sur le plan national par la signature d'un protocole entre la DNLF, la DGPN, la DGGN et la CNAF. Le texte intégral du rapport est disponible sur le site :

www.economie.gouv.fr/bilan-2011-dnlf

RAPPORT

LA CORRUPTION EN FRANCE
CONCLUSIONS DU RAPPORT 2012
DE TRANSPARENCY INTERNATIONAL FRANCE

MYRIAM SAVY
CHARGÉE D'ETUDE

JULIAN NEVO
VOLONTAIRE

Le 5 décembre 2012, à l'occasion de la publication de l'Indice de Perception de la Corruption (IPC), Transparency International France a publié son nouveau rapport sur la corruption en France.

Dans l'IPC, la France se situe seulement au 22ème rang mondial et au 9ème rang européen des Etats perçus comme les moins corrompus. Avec une note de 71 sur 100, elle arrive derrière de nombreux Etats européens comme les pays scandinaves, la Finlande, les Pays-Bas, l'Allemagne, la Belgique ou encore le Royaume-Uni. Le rapport publié par Transparency International France fournit de nombreux éléments d'explication sur les raisons d'un tel retard.

La corruption peut prendre des formes diverses

L'actualité fournit de nombreux exemples des formes que peut prendre la corruption en France. En voici quelques exemples tirés de décisions judiciaires récentes :

- Emplois fictifs

En décembre 2009, un ancien Président de la Polynésie française a été condamné pour avoir mis en place un vaste système d'emplois fictifs entre 1995 et 2004 au bénéfice de son parti mais aussi de communes, de fédérations sportives, d'une radio, de syndicats et de services sociaux. Le montant du préjudice est estimé à 3,5 millions d'euros.

- Marché public truqué

En septembre 2011, un ancien président du Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence et ancien maire de Fos-sur - Mer a été condamné pour avoir perçu 300 000€ d'une société de recyclage en échange d'informations confidentielles sur un marché public de collecte des déchets. Le patron de la société a lui aussi été condamné.

- Corruption et urbanisme local

En mars 2012, un ancien maire de Tignes a été condamné pour prise illégale d'intérêts pour avoir rendu constructible puis revendu un terrain qu'il avait personnellement acquis en 2005. Le changement du plan local d'urbanisme lui avait permis de revendre le terrain 15 fois son prix d'acquisition et de faire ainsi une confortable plus-value.

- Pots-de-vin contre grand contrat à l'international

En septembre 2012, le Groupe Safran a été condamné pour corruption active d'agents publics étrangers. Il est reproché à l'entreprise d'avoir versé 380 000€ de pots-de-vin pour obtenir un contrat de 171 millions d'euros pour la fabrication de cartes d'identité au Nigéria.

- La pratique du bakchich

En mars 2012, un jeune gendarme de Magny-en-Vexin a été condamné pour corruption pour avoir demandé de l'argent à trois automobilistes en échange de son indulgence lors de contrôles routiers.

Enfin, si elles ne tombent pas nécessairement sous le coup de la loi pénale, d'autres pratiques minent également la confiance des citoyens dans leurs élus et leurs institutions : les conflits d'intérêts dans la vie publique, des pratiques de lobbying opaques, certains abus concernant les avantages en nature

dont bénéficient les élus…

La France en retard par rapport à ses voisins européens

Dans un rapport publié en juin 2012, Transparency International[1] a comparé l'efficacité des mécanismes anti-corruption de 25 pays européens, dont la France.

Si aucun des 25 pays évalués ne dispose d'un système de lutte contre la corruption totalement efficace, certains se distinguent par des garanties plus solides : les pays scandinaves d'abord, suivis par l'Allemagne, la Finlande, la Suisse et le Royaume-Uni. En bas du classement, la Bulgarie et la Roumanie sont considérées comme les pays dont les institutions sont les moins efficaces dans leur action contre la corruption.

La France ne figure donc pas parmi les deux groupes d'Etats les plus performants. Bien relativement solide, le système national d'intégrité français présente des faiblesses au niveau du Parlement et en matière de protection des lanceurs d'alerte. La France est notamment l'un des rares pays européens à ne pas rendre publiques les déclarations de patrimoine des élus.

Le système national d'intégrité français se caractérise également par un florilège de lois incomplètes ou inappliquées et d'engagements non tenus. Trop souvent, les déclarations d'intention et les lois votées sous la pression internationale ou celle de l'opinion, n'ont débouché en réalité que sur des mesures inadaptées ou inappliquées. A titre d'exemples, on peut citer notamment :

- Le système encadrant les déclarations de patrimoine des élus :

Depuis 1988, les élus ont l'obligation de transmettre, dans les deux mois suivant leur élection, une déclaration de patrimoine auprès de la Commission pour la transparence financière de la vie politique (CTFVP). Voilà peut-être, en matière d'éthique publique, l'exemple le plus emblématique d'écart entre les objectifs d'une loi – en l'occurrence, prévenir l'enrichissement illicite des élus – et la pratique.

Malgré la récente loi du 14 avril 2011 qui était censée le renforcer, le dispositif actuel de déclaration de patrimoine demeure ineffectif. La nouvelle loi, en effet, n'a toujours pas donné à la CTFVP les moyens de remplir efficacement sa mission. Dans ces conditions, la création par la loi de sanctions en cas de fausse déclaration – enfin ! – nous paraît relever d'avantage de l'effet d'annonce que d'une réelle volonté de la part des parlementaires de sanctionner les dérives.

La priorité doit donc être à l'extension des pouvoirs et les moyens de la CTFVP. Une analyse que partage la Commission elle-même : dans son 15ème rapport publié le 25 janvier 2012, elle aussi juge insuffisante la réforme du 14 avril 2011 et recommande l'adoption de nouvelles mesures, telles que l'accès aux revenus des élus et au patrimoine de leurs proches

- L'encadrement du lobbying au Parlement :

Aujourd'hui, l'activité des groupes d'intérêts au sein des deux assemblées reste opaque. Si le Sénat et l'Assemblée nationale ont fait un premier pas en instituant chacun des registres d'inscription des lobbyistes, ces mesures sont bien loin de répondre aux objectifs de l'encadrement du lobbying : garantir la traçabilité du processus législatif et assurer l'équité d'accès aux parlementaires des différents groupes d'intérêts.

Fin novembre 2012, seuls 173 lobbyistes étaient inscrits sur la liste de l'Assemblée nationale et 115 sur celle du Sénat. Ce nombre d'inscrits, très faible par rapport au nombre réel de lobbyistes en activité (une étude conduite en mars 2011 par notre association et Regards Citoyens a permis de montrer que 4 635 organisations avaient été auditionnées à l'Assemblée nationale entre juin 2007 et juin 2010), s'explique principalement par le caractère facultatif des registres.

Ces registres, en outre, ne permettent pas d'avoir une idée précise des intérêts réellement présents au Parlement, ni des moyens financiers et humains mis en oeuvre par les acteurs du lobbying. De même, aucune règle n'est prévue pour rendre obligatoire la publication des positions présentées par les groupes d'intérêts aux parlementaires et presque aucun d'entre eux ne communique spontanément la liste des organisations qu'il reçoit.

- Le financement de la vie politique :

La loi actuelle limite à 7 500 euros le don qu'une personne physique peut faire à un parti. Mais elle peut verser cette somme à autant de partis qu'elle le souhaite. Il en résulte dans la pratique une prolifération des partis politiques : dans son 13ème rapport d'activité publié en mai 2011, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) en dénombre 320, contre 28 en 1990.

Ces micro-partis, le plus souvent sans adhérents, sont fondés dans le seul but de financer l'action d'un homme ou d'un autre parti politique et ainsi de contourner les règles de plafonnement des dons des particuliers aux organisations politiques.

L'affaire dite « Woerth-Bettencourt » a mis en lumière l'usage fait de ces micro-formations, qui auraient permis à l'héritière de l'Oréal de financer des partis politiques pour un montant supérieur au plafond légal.

- Les lanceurs d'alerte :

L'article 40 du code de procédure pénale stipule que « *tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République* ». Dans la pratique, cette obligation est trop souvent inappliquée, ce qui prive la justice d'un outil important de détection des cas de corruption.

L'absence d'une protection des lanceurs d'alerte dans la fonction publique n'est sans doute pas étrangère à cette situation. Dans l'affaire de corruption présumée qui a récemment conduit à plusieurs arrestations au sein de la police marseillaise, par exemple, les pratiques délictueuses auraient été révélées par des policiers auprès de leur hiérarchie dès 2009 ; mais il a fallu attendre des plaintes d'élus et d'habitants pour que l'inspection générale de la police nationale se décide, en octobre 2011, à engager des investigations et à saisir le parquet. Dans cette affaire, les policiers lanceurs d'alerte auraient été et décrédibilisés et mutés.

Parmi la cinquantaine de pays ayant adopté une législation protégeant les lanceurs d'alerte éthique, la France est à notre connaissance le seul à ne pas avoir inclus le secteur public.

Les coûts de la corruption pour la confiance des citoyens et pour les finances publiques

Ces faiblesses expliquent en partie la méfiance croissante des Français à l'égard de leurs élus et de leurs institutions. En septembre 2011, 72% des Français estimaient que leurs élus et dirigeants politiques étaient « plutôt corrompus »[2]. Le Baromètre mondial de la corruption 2010-2011 montre, pour sa part, que les Français considèrent les partis politiques comme étant l'institution la plus touchée par la corruption. L'exemplarité des titulaires de charges publiques, en termes d'intégrité, de neutralité et de sens de l'intérêt général, est l'une des conditions de la confiance dans la démocratie, de la cohésion nationale et de l'engagement citoyen.

La corruption génère aussi des coûts financiers importants qui pèsent sur l'ensemble de la collectivité. Bien qu'il soit très difficile d'estimer précisément son ampleur, la Commission européenne évalue la corruption en Europe à 1% du PIB, soit 120 milliards d'euros[3]. La corruption engendre des coûts directs pour les finances publiques lorsque les décisions impliquant des dépenses publiques sont guidées par des intérêts privés (favoritisme, prise illégale d'intérêts…). Elle engendre également des coûts indirects quand la corruption cause des dommages indirects pour la collectivité (non respect de réglementations, mise sur le marché de produits dangereux, plan d'urbanisme au détriment de l'intérêt général…).

Enfin, dans certains cas, la corruption a un lien avec l'endettement des Etats dans la mesure où la corruption du secteur public et la fraude fiscale contribuent à l'augmentation de la dette. En témoignent le fait que, en Europe, les pays les plus corrompus figurent aussi parmi les plus endettés. A l'inverse, les pays européens dont le secteur public est perçu comme intègre sont les moins endettés.

Eriger la lutte contre la corruption et l'éthique publique au rang de grande cause nationale

Dans le contexte de crise économique et financière dans lequel nous nous trouvons, il y a donc urgence à élaborer et mettre en oeuvre un véritable plan national d'action visant à renforcer l'éthique de la vie publique à tous les niveaux.

Les actions à engager en priorités sont connues et font l'objet d'un large consensus dans les rapports rendus publics sur le sujet. François Hollande s'est engagé à les mettre en oeuvre en réponse aux sept propositions que lui avaient adressées Transparency International France durant la campagne présidentielle.

Sur trois d'entre elles – prévention des conflits d'intérêts, contrôle citoyen et cumul des mandats –, le rapport de la Commission Jospin publié début novembre apporte des réponses convaincantes. Il s'agit maintenant de les traduire dans les textes. D'autres réformes, tout aussi importantes, doivent également être initiées.

1. En finir avec les conflits d'intérêts

A l'instar de ce que vient de proposer la Commission Jospin, inscrire dans la loi **l'obligation de publier des déclarations d'intérêts précises** à tous les niveaux de la décision publique (élus locaux et nationaux, membres du gouvernement, membres des cabinets ministériels et fonctionnaires d'autorité).

Introduire en parallèle une obligation légale **de s'abstenir de participer à une décision publique** en cas d'intérêts personnels liés à la question abordée.

Renforcer le régime des incompatibilités :

- pour les membres du gouvernement, en reprenant les

propositions de la Commission Jospin

visant à interdire durant leur mandat l'exercice de toute fonction de direction ou d'administration au sein d'un parti politique et de toute autre personne morale ;

- pour les parlementaires, en interdisant également l'exercice de toute fonction de gestion ou d'administration dans une entreprise publique ou privée ainsi que de toute activité professionnelle et/ou rémunérée tout au long de leur mandat, sous réserve d'une discussion sur certaines professions, notamment médicales, qui nécessitent une continuité dans la pratique.

2. Garantir une justice réellement indépendante

Réformer le statut du parquet afin d'en faire une véritable autorité judiciaire indépendante du pouvoir exécutif et redonner à la police financière les moyens nécessaires à sa mission.

Renforcer l'impartialité de la procédure de classification, en dotant la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN) d'un pouvoir de décision susceptible d'appel.

3. Inéligibilité des élus condamnés pour corruption

Renforcer les règles d'inéligibilité des élus condamnés pour corruption en permettant aux juges d'aller jusqu'à prononcer des peines d'inéligibilité à vie.

4. Halte au cumul des mandats

Reprendre les propositions de la Commission Jospin visant à interdire :

- aux membres du gouvernement, de cumuler avec tout mandat local,

- aux parlementaires, de cumuler avec un mandat exécutif local et, en cas de mandat local simple, de cumuler les indemnités.

Lancer une réflexion sur la limitation à 2 ou 3 du nombre de mandats successifs.

5. Pleine lumière sur le lobbying

Garantir la traçabilité de la décision publique en rendant publique, en temps réel, la liste des personnes et organisations rencontrées ou consultées par les décideurs publics.

Faciliter la participation des citoyens et de la société civile à la décision publique par le développement des procédures de consultation publique.

6 Garantir la transparence et l'indépendance de l'expertise

Etendre les règles prévues par la loi sur la réforme du médicament à d'autres domaines clés de l'expertise scientifique et technique (environnement, énergie/nucléaire, industrie chimique, technologies de l'information, alimentation, finance, etc.).

Rendre transparents les liens financiers entre les industriels, les experts, les agences publiques et les associations.

Garantir l'indépendance des organismes en charge de l'expertise en termes d'organisation, de financement et de gouvernance.

7 Contrôle citoyen et protection des lanceurs d'alerte

Ainsi que le propose la Commission Jospin, **mettre en place un dispositif d'«alerte éthique»** devant permettre aux citoyens identifiant un conflit d'intérêts de le signaler aux autorités compétentes.

Garantir au sein de l'administration la **protection des lanceurs d'alerte** contre toute forme de représailles.

8. Faire du Parlement « une maison de verre »

Publier les comptes des assemblées, instituer un véritable contrôle de ceux-ci par la Cour des comptes et rendre transparent l'usage de la réserve parlementaire.

Rendre transparent l'usage par les parlementaires de leurs différentes indemnités.

Accroître les pouvoirs et moyens de la Commission pour la transparence financière de la vie politique chargée de contrôler le patrimoine des élus.

Pour sensibiliser le plus largement possible les décideurs et l'opinion publique sur l'urgence de la situation et faire connaître ces propositions, Transparency International France a lancé, le 5 décembre 2012, une grande campagne de sensibilisation afin que la lutte contre la corruption et l'éthique publique soient reconnues grande cause nationale. L'objectif de cette campagne est de faire vivre la dynamique de moralisation de la vie publique alors que les réformes engagées soulèvent d'ores et déjà de nombreuses résistances, à l'image des réactions suscitées suite à la proposition d'interdiction du cumul des mandats.

Pour en savoir plus, le site de la campagne : http://www.chaquesignaturecompte.com/

Notes :

1 *Money, Politics, Power: Corruption Risks in Europe*, Transparency International, Juin 2012

2 Sondage TNS-Sofres pour la matinale de Canal+ (PDF) du 28.09.2011

3 Déclaration de la Commissaire européenne aux affaires intérieures, Madame Malström, lors du Forum juridique international, 20 mai 2011.

RAPPORT

L'ÉVALUATION MUTUELLE DE LA FRANCE EN MATIÈRE DE CORRUPTION PAR LE GROUPE DE TRAVAIL DE L'OCDE

LORENZO SALAZAR

MAGISTRAT, DIRECTEUR DU BUREAU DES AFFAIRES LÉGISLATIVES ET INTERNATIONALES DE LA DIRECTION GÉNÉRALE DE LA JUSTICE PÉNALE AU MINISTÈRE DE LA JUSTICE ITALIEN, MEMBRE DE L'ÉQUIPE D'ÉVALUATION DE LA FRANCE[1].

En octobre 2012 le Groupe de travail sur la corruption internationale (Working Group on Bribery WGB) de l'Organisation pour la Coopération et le Développement Économique (OCDE), qui rassemble les 34 pays membres de l'Organisation ainsi que l'Afrique du Sud, l'Argentine, le Brésil, la Bulgarie, la Colombie, et la Russie, a adopté le troisième rapport d'évaluation de la France dans le cadre de la procédure de surveillance et monitoring sur la mise en oeuvre de la Convention OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et des instruments qui s'y rapportent, c'est-à-dire la Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et la Recommandation, elle aussi de 2009, sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre cette forme de corruption.

Il n'est pas inutile de rappeler que la Convention de l'OCDE porte uniquement sur la corruption active d'agents publics étrangers commise dans le cadre des transactions d'affaires quand d'autres instruments internationaux, notamment les deux Conventions de 1999 du Conseil de l'Europe, pénale et civile, contre la corruption et la Convention des Nations Unies contre la corruption (UNCAC) de 2003, s'attaquent plus, en général, au phénomène de la corruption, active et passive, au niveau aussi bien interne qu'international. Ces autres Conventions sont, elles aussi, assorties de leurs propres mécanismes d'évaluation tels que le GRroupe d'Etats contre la COrruption (GRECO), qui est actif depuis 1999 au sein du Conseil de l'Europe et qui est déjà en train de lancer son quatrième cycle, ou le Mécanisme d'examen chargé de superviser l'application de la Convention, établi en 2009 parmi les États parties à la UNCAC qui a, quant à lui, son premier cycle actuellement en cours.

Comme tous les autres Etats parties de longue date à la Convention, la France a déjà fait l'objet de deux évaluations successives de la part du WGB : la première, en 2000, a porté sur la mise en oeuvre législative de la Convention ; la deuxième, effectuée en 2004, a consisté à évaluer si le pays applique efficacement la législation mise en place. L'évaluation de phase 3 est pour sa part centrée sur la mise en oeuvre et l'application pratique de la Convention et des Recommandations. Elle vise donc en premier lieu l'existence de cas concrets d'investigations, d'enquêtes et de poursuites. Cette analyse est aussi à mettre en rapport avec la situation économique et la nature des exportations de la France qui, avec son produit intérieur brut courant, estimé autour de 2 000 milliards d'euros en 2011, est l'un des plus importants acteurs économiques de l'OCDE et, avec 5,12 milliards d'euros de prises de commandes en 2010, conserve le rang de quatrième exportateur d'armes au niveau mondial.

Le centre du problème: un (trop) faible nombre de condamnations

Dans ce contexte, suite à une visite sur place effectuée au mois d'avril 2012, l'analyse me-

née tout d'abord par l'équipe d'experts (composée par deux Suisses et deux Italiens), puis par la plénière du Groupe, part du constat que, au moment de la clôture de l'évaluation, seulement quatre condamnations – dont une, non définitive, concernant une société – ont été prononcées en France dans les douze ans qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Convention. Compte tenu du rôle très important joué par les entreprises françaises dans l'économie internationale, le Groupe de travail « déplore » cette situation et se préoccupe donc en premier lieu d'analyser les raisons de celle qui est définie, avec un euphémisme, comme la « faible réactivité » de la part des autorités françaises dans des affaires impliquant des entreprises françaises pour des faits avérés ou présumés de corruption à l'étranger.

Une incrimination « étroite »

Sur le plan législatif les experts de l'OCDE ont regretté une « conception systématiquement étroite » de l'infraction qui semble prévaloir dès le stade de l'enquête préliminaire et qui expliquerait, au moins en partie, le nombre très réduit de condamnations ainsi que leur faible importance.

De l'avis du WGB, font partie de cette « conception étroite » certaines faiblesses dans la législation française qui seraient en particulier encore caractérisées par l'exigence de réciprocité dans l'incrimination de la corruption internationale, liée à l'article 113-6 du Code pénal (CP) qui prévoit que la loi pénale française est applicable aux délits commis à l'étranger « si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ». Cette disposition avait d'ailleurs déjà fait l'objet de commentaires en 2004 lors de la précédente évaluation de Phase 2.

La critique du rapport porte aussi sur le régime dérogatoire, vis-à-vis du droit commun, qui interdit aux victimes de la corruption internationale de faire déclencher l'action publique en se constituant partie civile, l'article 435-6 CP prévoyant expressément que la poursuite des délits de corruption internationale « ne peut être engagée qu'à la requête du ministère public », à l'exception des cas de corruption d'agents publics de l'UE ou de ses Etats membres.

Ce qui semble plus grave est que ces lacunes ont continué à subsister même après l'adoption par la France de deux modifications législatives successives visant justement à compléter le dispositif introduit par la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption. Il s'agit de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, qui avait, entre autre, aligné les incriminations de corruption d'agents publics étrangers dans les mêmes termes que les incriminations équivalentes de droit national, et de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, qui avait en particulier clarifié ultérieurement la suppression de la condition d'antériorité du pacte de corruption qui avait fait l'objet d'un suivi particulier après la Phase 2.

Après avoir constaté que l'exigence de la double incrimination persistait depuis la Phase 2, les examinateurs ont soulevé des interrogations quant aux restrictions qu'elle pourrait induire concernant la mise en oeuvre de l'infraction. Ils ont donc recommandé à la France de supprimer, "*dans les meilleures délais*", en ce qui concerne la corruption d'agents publics étrangers commise par des Français hors du territoire de la République, l'exigence de réciprocité d'incrimination en demandant également que l'interprétation de la Convention se fasse d'une manière suffisamment souple et permettant l'incrimination de toute situation couverte par la Convention sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve du droit du pays de l'agent étranger ni de faire systématiquement recours à une demande d'entraide judiciaire avec ce pays.

Le rôle du Ministère public dans les affaires de corruption internationale

Au-delà de la situation législative succinctement décrite, ce qui semble avoir attiré encore plus l'attention des examinateurs est la situation de l'action répressive en France et la maîtrise de celle-ci de la part du ministère public qui, en tant que détenteur de l'opportunité des poursuites, peut décider d'engager ou non des poursuites, de mettre en oeuvre la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou, en présence de certaines conditions, de classer sans suite une procédure.

Comme on l'a vu, en matière de corruption internationale en dehors de l'UE, le régime dérogatoire existant renforce la situation de quasi-monopole du parquet, les victimes de cette infraction étant interdites de faire déclencher l'action publique en

se constituant partie civile en raison de l'article 435-6 CP (qualifié de « véritable anomalie juridique » par la doctrine, v. C. Cutajar dans La Semaine Juridique n°23/2012, p. 674) qui rend inapplicable la possibilité, prévue par l'article 85 du Code de procédure pénale (CPP), de saisir le juge d'instruction en cas de décision de classement ou d'inaction du parquet.

Le très faible nombre d'affaires jusqu'ici portées devant les tribunaux et l'absence d'enquête ouverte à ce jour contre plusieurs entreprises françaises importantes, concourent à créer un « climat de suspicion » quant à la prise en compte de facteurs politiques et économiques interdits par l'article 5 de la Convention de 1997 et à l'indépendance effective du parquet dans ce type d'affaires où les intérêts en jeu peuvent parfois mener à croire que des critères d'opportunité extérieurs au dossier puissent entrer en ligne de compte dans une éventuelle décision de classement sans suite d'une procédure.

Ces suspicions semblent toucher tant le moment de la mise en mouvement de l'action publique que le déroulement successif de la procédure.

S'il est vrai que la France a pu faire noter que sur les 33 affaires dont la justice française a eu à connaître, seulement 3 enquêtes ont, à ce jour, été classées sans suite par le parquet, le rapport note qu'aucune information n'a été en revanche transmise sur les raisons pour lesquelles pas moins de 38 affaires de corruption internationale répertoriées par le WGB dans lesquelles des entreprises françaises sont mentionnées (dont 6 concernant un même grand groupe français leader mondial dans les secteurs de la construction de centrales thermiques et des réseaux ferroviaires) n'ont pas même donné lieu à l'ouverture d'une enquête préliminaire en France et sont considérées comme « inconnues » par les autorités françaises alors qu'elles ont été régulièrement portées à l'attention de ses représentants au sein du Groupe de Travail.

Pour ce qui est des suites données aux procédures, les craintes quant à l'effective indépendance du parquet ont été renforcées par le constat, de la part de l'équipe d'évaluation, d'une tendance générale du parquet à traiter lui-même un nombre croissant d'affaires en renonçant à la saisine du juge d'instruction, juge indépendant, et en procédant par voie de « citation directe ». Cette tendance, par ailleurs généralisée, accentue le doute dans les affaires de corruption transnationale, qui dans leur grande majorité, constituent des affaires complexes et dans lesquelles des commissions rogatoires internationales sont généralement nécessaires, ce qui devrait inciter le parquet à décider de saisir un juge d'instruction pour l'ouverture d'une information judiciaire plutôt qu'à les traiter par la voie directe.

Responsabilité et sanctions prononcées

Cette situation n'a pas manqué de répercuter ses effets sur la mise en oeuvre de la responsabilité des personne physiques et morales de la part des juridictions françaises.

Si, comme on l'a déjà indiqué, toutes les condamnations définitives prononcées jusqu'ici, au nombre de trois au moment de l'établissement du rapport, n'ont sanctionné que des personnes physiques (quatre au total), aucune entreprise n'avait encore été condamnée en France pour corruption d'agents publics étrangers au moment de la visite sur place. Une première condamnation (non définitive) d'une personne morale est intervenue juste quelques semaines avant l'adoption du rapport d'évaluation et elle a fait l'objet d'un appel.

Pour ce qui est des trois condamnations définitives des personnes physiques, elles ont toutes pour objet des affaires mineures de corruption (les montants versés varient entre 90 000 et 228 000 €) et elles ont été jugées par voie de citation directe sans faire l'objet d'enquêtes approfondies susceptibles de révéler des faits plus complexes qui auraient pu impliquer d'autres sujets ou des personnes morales liées aux personnes condamnées. Les sanctions prononcées étaient minimes : peine de prison avec sursis et amende maximale de 10 000 €. La première condamnation (de 2009) concerne un dirigeant de PME sanctionné à une peine de cinq mois d'emprisonnement avec sursis pour avoir versé des pots-de-vin à des agents publics libyens afin de faciliter la conclusion de marchés de dépollution (le montant du pot de vin en question est de 90 000 €) ; la seconde condamnation (d'octobre 2010) concerne le gérant d'une société à responsabilité limitée sanctionné à la même peine de cinq mois d'emprisonnement avec sursis pour le versement d'environ 97 000 € de commissions à des agents publics congolais afin d'obtenir un marché de fourni-

ture de matériel d'un montant de 326 000 €; la troisième condamnation concerne les codirigeants d'une société par actions simplifiées (SAS) sanctionnés à une peine de 10 000 euros d'amende pour avoir remis une somme de 194 440 € à un fonctionnaire djiboutien en vue de l'obtention d'un marché de forage hydraulique. Aucune peine complémentaire n'a été prononcée dans ces trois affaires. Elles n'ont pas non plus donné lieu à confiscation.

La première condamnation, non-définitive, d'une personne morale, intervenue le 5 septembre 2012, a, quant à elle, sanctionné un grand groupe français dans les domaines de l'aérospatial, la défense et la sécurité, pour le versement de pots-de-vin allant jusqu'à 380 000 € à des agents publics nigérians en marge d'un contrat de 214 millions de dollars pour la fourniture de 70 millions de cartes d'identité. Comme mentionné dans le rapport, il faut noter que si 9 procédures sont en cours concernant des personnes morales (5 informations judiciaires dans lesquelles des personnes morales ont été mises en examen et 4 enquêtes préliminaires), aucune personne morale n'a été poursuivie dans les trois condamnations définitives de personnes physiques du chef de corruption d'agents publics étrangers mentionnées ci-dessus, alors qu'une entreprise était impliquée dans chacun de ces dossiers.

Face à ce constat, la question du caractère efficace, proportionné et dissuasif des sanctions effectivement prononcées (voir article 2 de la Convention) s'est invitée sans surprise à la table de l'équipe d'évaluation. Le faible nombre de personnes physiques sanctionnées à ce jour ne fait que refléter la mise en oeuvre limitée de l'infraction, eu égard au niveau et à la nature des échanges commerciaux générés par l'économie française. Par ailleurs, s'agissant des peines qui ont été prononcées dans les trois affaires de corruption transnationale qui ont abouti à un jugement définitif, force est de constater qu'elles relancent l'actualité de l'analyse faite à l'occasion de la Phase 2, laquelle avait déjà constaté le faible enjeu financier des opérations sanctionnées, le fait que la grande majorité d'entre elles ne concernaient que de faits relativement faibles de corruption d'agents publics, la moindre mesure des sanctions d'amendes imposées (de plus non assorties de confiscations), et, enfin, le prononcé de peines de prison avec sursis ainsi que une faible utilisation des peines complémentaires.

Il en va de même pour ce qui est des sanctions pour les personnes morales qui n'ont pas évolué depuis la loi de 2000. Lors de la visite sur place, l'ensemble des personnes interrogées les ont jugées « dérisoires » pour les plus grosses entreprises françaises, notamment dans des secteurs tels que l'aviation ou l'armement, marchés où de telles sanctions peuvent être provisionnées à titre de risque et sont sans rapport avec les bénéfices réalisés ou attendus. Ces sanctions ne peuvent pas être considérées comme « efficaces, proportionnées et dissuasives » pour une large part des grandes entreprises françaises, comme l'exige la Convention et ceci d'autant moins qu'aucune personne morale n'a à ce jour été condamnée à titre définitif.

S'agissant des peines applicables aux personnes physiques, les examinateurs ont donc recommandé à la France de relever le montant maximal des amendes prévues et de s'assurer que les peines appliquées en pratique soient efficaces, proportionnées et dissuasives. S'agissant des peines applicables aux personnes morales, les recommandations incitent la France à augmenter le montant maximal de l'amende pour la porter, elle aussi, à un niveau proportionné, efficace et dissuasif et à faire un plein usage des peines complémentaires, en particulier celle de l'exclusion des marchés publics.

Vers une réforme annoncée du statut du parquet ?

Mais, au-delà du problème des sanctions, le problème central reste, aux yeux des examinateurs, celui de la conduite des enquêtes, ce qui nous ramène vers le positionnement du parquet dans le système français.

Sur ce point spécifique, le rapport de l'OCDE semble sortir pour un moment de son strict domaine de « chasse » contre la corruption transnationale, pour se pencher de manière encore plus approndie sur la question de l'indépendance des parquetiers français en faisant aussi référence à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui a affirmé (dans l'arrêt Medvedyev, rendu le 10 juillet 2008) que le parquet français n'est pas une « *autorité judiciaire* » faute d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif (décision ensuite confirmée par l'arrêt Moulin, rendu le 23 novembre 2010, où la Cour réaf-

firme que « *du fait de leur statut, les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif qui compte parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de magistrat* »).

Sur la base de cette analyse, le WGB ne pouvait que saluer favorablement la transmission de la part des autorités françaises, intervenue après un changement de Gouvernement et, bien après la visite sur place, presqu'au moment de la finalisation du rapport, de deux circulaires adoptées par la Garde des Sceaux en date des 31 juillet 2012 et 19 septembre 2012, qui font, en particulier, état de sa décision de ne pas adresser d'instructions individuelles aux magistrats du parquet et de ne pas passer outre les avis défavorables du Conseil Supérieur de la Magistrature sur les propositions de nomination de procureurs par l'exécutif. Aux yeux du Groupe de travail, ces circulaires témoignent d'une évolution significative de la position des autorités françaises quant à la nécessité d'entreprendre une réforme allant dans le sens d'une indépendance accrue du parquet. Cela dit, la seconde circulaire du 19 septembre précise aussi que « ces évolutions sont définies dans le respect du cadre normatif existant qui aura vocation à être prochainement modifié » et le Groupe de travail a bien noté que, jusqu'au moment de l'adoption du rapport, il n'existait pas encore de projet législatif déposé à cet égard.

Pour en venir aux recommandations adressées sur ce point, les examinateurs, après s'être déclarés « vivement inquiets » du manque d'indépendance du parquet, ont encouragé à poursuivre les réformes initiées avec les deux circulaires, en modifiant le cadre normatif, pour s'assurer que le monopole du parquet dans le déclenchement des enquêtes et des poursuites, ainsi que son rôle dans le déroulement des informations judiciaires, s'exerce de manière indépendante du pouvoir politique, que les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger ne soient pas influencées par des facteurs interdits par l'article 5 de la Convention (à savoir, des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause) et pour rompre avec les pratiques antérieures en matière d'instructions individuelles. Les examinateurs ont également recommandé, comme cela avait déjà été fait dans le cadre du rapport de la Phase 2, que la France permette la poursuite sur plainte des victimes des infractions de corruption d'agents publics de tout État étranger sur la même base que celle prévue au sein de l'UE.

Dans le contexte de cette réflexion d'ensemble, tendant à refonder l'action du ministère public, s'inscrit aussi l'invitation ultérieure adressée à la France de la part du WGB de se pencher aussi sur un examen du statut de la police judiciaire afin de garantir sa capacité à conduire des enquêtes qui ne soient pas influencées par les mêmes considérations visées à l'article 5 de la Convention.

Un certain regard sur la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)

Le problème de l'indépendance du parquet reste central au fil de tout le rapport d'évaluation et se pose aussi dans le cadre de l'examen de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC, dit aussi le "*plea bargain*" à la française) qui a été rendue applicable aux délits punis d'une peine jusqu'à cinq ans d'emprisonnement, incluant donc le délit de corruption d'agents publics étrangers. Les examinateurs ont ainsi estimé à ce sujet que la CRPC pourrait fournir son apport à une répression plus efficace de la corruption d'agents publics étrangers, notamment pour les personnes morales, mais ont également recommandé à la France de prendre, de toute urgence, les mesures nécessaires pour s'assurer que le rôle central joué par le parquet dans la procédure de CRPC s'exerce dans une totale indépendance du pouvoir politique, de manière à garantir que les accords présentés dans le cadre de cette procédure aux juges du fond (qui ne peuvent exercer qu'un contrôle limité sur celle-ci) ne soient pas influencés par les fameux facteurs interdits par l'article 5 de la Convention. Afin de permettre une certaine transparence à ce sujet, les examinateurs ont également invité la France, en conformité avec les règles de procédures applicables, à rendre publique, par tout moyen approprié, dans le respect des droits fondamentaux de la défense, certains des éléments de la CRPC, tels que les termes de l'accord, et en particulier la ou les sanctions proposées.

Plus généralement, la France a été invitée à clarifier formellement – par le biais de circulaires ou par toutes autres voies officielles – sa politique pénale en

matière de corruption active d'agents publics étrangers pour garantir un engagement déterminé des membres du parquet et des officiers de police judiciaire placés sous leur autorité à rechercher systématiquement la responsabilité des personnes soupçonnées d'avoir commis l'infraction, y compris sur la base de transmissions spontanées d'informations par des autorités étrangères, de demandes d'entraide et d'allégations crédibles qui leurs sont rapportées ou dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

Saisie et confiscation

En matière de confiscation, le rapport se penche sur deux nouvelles lois récemment promulguées en France. Il s'agit de la loi du 9 juillet 2010, qui a refondu les règles applicables en matière de saisie et confiscation en étendant le champ des biens saisissables, et a instauré une procédure de saisie pénale et crée une Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC), et de la loi du 27 mars 2012, qui a généralisé la possibilité de saisie et de confiscation en valeur et complété les dispositions de l'article 131-21 CP afin de permettre la confiscation des avoirs appartenant au condamné ou dont il a la libre disposition lorsque leur origine n'est pas justifiée.

Sur la base des éléments que les experts ont pu recueillir, le rapport félicite la France pour les mesures adoptées en 2010 et 2012 afin de faciliter le traitement judiciaire des saisies et confiscations et le travail des agences spécialisées dans ce domaine et il encourage ses autorités à faire plein usage de ces outils de manière à contribuer à l'application de sanctions proportionnées, efficaces et dissuasives. Dans ce contexte, il recommande en particulier : de développer une approche proactive en matière de saisie et confiscation de l'instrument et du produit de la corruption d'agents publics étrangers ou des avoirs d'une valeur équivalente, y compris vis-à-vis des personnes morales ; de mener des actions de sensibilisation sur la matière pour les magistrats et les enquêteurs et de développer et de diffuser des lignes directrices sur les méthodes pour quantifier le produit de l'infraction de corruption.

Le délai de prescription

Bien qu'aucune procédure en matière de corruption transnationale ne se révèle, à ce jour, avoir été classée pour prescription, le délai triennal de prescription applicable en France peut apparaître relativement court au regard à la complexité des enquêtes en matière de corruption internationale et peut donc constituer un problème au moins au niveau théorique.

Les examinateurs, bien que notant de manière positive des arrêts récents de la Cour de cassation qui ont étendu à la corruption sa jurisprudence en matière d'abus de biens sociaux qui reportent le point de départ du délai de prescription au moment de la découverte de l'infraction, au lieu du moment de sa commission, réitèrent toutefois la position exprimée par le Groupe de travail en Phase 2 par laquelle la prescription triennale ne garantit pas un délai suffisant pour les enquêtes et les poursuites compte tenu notamment des difficultés particulières en matière de preuve et de détection de ce délit. Relevant l'absence d'avancée concrète en la matière, ils réitèrent en conséquence la recommandation de Phase 2 de prendre les mesures nécessaires en vue d'allonger dans des proportions appropriées le délai de prescription applicable à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers.

La protection des donneurs d'alerte ("*whistleblowers*")

La Recommandation de 2009 appelle les Parties à la Convention à s'assurer que des mesures appropriées sont en place pour protéger contre toute action discriminatoire ou disciplinaire les employés des secteurs privé et public qui signalent, de bonne foi et sur la base de motifs raisonnables, des soupçons de corruption d'agents publics étrangers (Recommandation IX (iii)).

A la suite des recommandations de Phase 2, de nouvelles dispositions législatives sont entrées en vigueur en France avec l'adoption de la loi de 2007 contre la corruption et ont introduit dans le code du travail la protection du salarié qui, de bonne foi, témoigne ou relate, à son employeur ou bien en externe, des faits de corruption. Si ces modifications apportées au Code du travail permettent à la France de répondre de manière satisfaisante à la recommandation de Phase 2 et à la Recommandation de 2009 abordant la question de la protection des salariés donneurs d'alerte, elles ne couvrent cependant pas le champ de la fonction publique, secteur qui, en revanche, est également visé par la Recommandation de 2009. Cette situation apparaît étrangement inverse par rapport à celle existante en Italie après l'entrée en

vigueur, en novembre 2012, d'une nouvelle loi contre la corruption qui a introduit un régime de protection pour les *whistleblowers* uniquement dans le secteur public, en excluant le secteur privé. En Phase 2, la France avait justifié cette exclusion du secteur public par l'existence de l'obligation faite aux agents de l'administration de signaler au parquet tout crime ou délit dont ils acquièrent la connaissance dans l'exercice de leur fonction (article 40 al. 2 CPP) ce qui n'avait pas été jugé satisfaisant par le Groupe de travail compte tenu du faible recours à cette disposition. Tout en saluant l'introduction dans la loi d'une protection des salariés qui, de bonne foi, témoignent de faits de corruption, concernant les signalements dans la fonction publique, les examinateurs ne peuvent que déplorer la faible utilisation de l'article 40 al. 2 CPP et ils recommandent en conséquence à la France de prendre les mesures appropriées pour favoriser les signalements au titre de cette disposition.

La non déductibilité fiscale des pots-de-vin

La Recommandation I(i) de 2009 sur les mesures fiscales requiert « que les Parties à la Convention refusent explicitement la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers ».

En matière de non-déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, la France semble démontrer une bonne pratique. Le principe est inscrit à l'article 39-2 *bis* du Code général des impôts et a été par la suite étendu à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie et à Saint-Martin. En revanche, aucune disposition fiscale ne prévoit la non déductibilité des pots-de-vin en Polynésie française et à Saint-Pierre-et-Miquelon du fait de l'autonomie fiscale dont disposent ces deux territoires. Depuis 2008, 18 opérations ont fait l'objet de rectifications par l'administration fiscale sur ce fondement grâce aussi au rôle d'apporteur d'affaires joué par la cellule anti-blanchiment, TRACFIN.

Les examinateurs ont donc salué la capacité des autorités fiscales à détecter le versement de pots de vin, recommandant aux autorités françaises de persévérer dans leurs efforts de sensibilisation des agents du fisc dans leur travail de détection d'opérations illicites liées à la corruption d'agents publics étrangers en métropole, comme dans les territoires d'outre-mer.

Le secret défense

Lors de la visite sur place, les examinateurs ont pu identifier une forte contrainte procédurale en ce qui concerne l'accès aux documents couverts par le secret de la défense nationale, au sujet duquel, déjà en 2009, le Groupe de travail s'était saisi suite à l'annonce faite par la France d´un projet de loi visant à définir les modalités d'accès par les enquêteurs aux lieux abritant des documents classifiés, projet adopté depuis par le parlement sous forme de loi de programmation militaire (loi du 29 juillet 2009).

Loin de remettre en cause l'existence du principe du secret défense, dont l'intérêt n'est nullement contesté, le WGB a porté son attention sur la manière dont le droit français et sa pratique essaient de concilier, d'une part, la sauvegarde des « intérêts fondamentaux de la Nation » et, d'autre part, la nécessité de rechercher et sanctionner les auteurs d'infractions pénales telles que la corruption d'agents publics étrangers.

Nonobstant cette réforme législative, les interviews des magistrats et des policiers spécialisés dans la lutte contre la criminalité économique et des représentants de la société civile ont continué à indiquer que la procédure de levée du secret défense aurait « à plusieurs reprises montré ses limites ». En particulier, des juges d'instruction ont fait part aux examinateurs des difficultés liés aux règles qui président à la perquisition des lieux abritant des éléments couverts par le secret défense et qui ne permettent pas un accès des magistrats aux pièces classifiées saisies, l'appréciation de l'intérêt de ces dernières au regard de l'enquête étant laissée à l'autorité administrative et non au magistrat. Ils ont aussi regretté qu'en cas de refus de déclassifier, les éléments de preuve restent inaccessibles au magistrat.

Sur la base de ces opinions, et en ne manquant pas de saluer les progrès réalisés avec la nouvelle loi de 2009, le Groupe de travail a donc recommandé à la France de s'assurer que la mise en oeuvre des dispositions législatives encadrant le secret défense ne fasse pas obstacle aux enquêtes et poursuites en cas de corruption transnationale et que les dispositions de l'article 5 de la Convention soient prises en compte dans la décision de classifier ou, *a fortiori*, de déclassifier des informations nécessaires à la conduite d'enquêtes et poursuites pour corruption transnationale.

La « loi de blocage »

Des considérations tout à fait semblables à celles avancées pour le secret défense ont été faites en rapport avec la loi du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères (modifiée par la loi du 16 juillet 1980), dite « loi de blocage », qui interdit la communication à des autorités étrangères de nature économique, commerciale, industrielle, financière ou technique, en dehors des cas prévus par les traités internationaux. Originellement limitée au seul domaine du commerce maritime, la loi de 1968 a vu son objet étendu en 1980, dans l'objectif de protéger les entreprises françaises contre les procédures dite de *discovery* engagées par des autorités étrangères cherchant à accéder aux informations, y compris confidentielles, qu'elles détiennent, sans recourir aux procédures de coopération judiciaire telle que la commission rogatoire internationale.

Bien que les entreprises semblent faire un usage limité de la protection que leur offre la « loi de blocage », le rapport conclut dans le sens que ses dispositions sont de nature à faire obstacle à la collecte d'éléments de preuve dans des affaires de corruption transnationale. Il est donc recommandé aux autorités françaises de prendre toute mesure appropriée, en ce compris une éventuelle modification de la « loi de blocage » visant à garantir que les conditions qui président à l'accès aux informations détenues par les entreprises françaises ne fassent pas obstacle à la conduite à l'étranger d'enquêtes et poursuites pour corruption d'agents publics étrangers.

Suivi du rapport de Phase 3

En conformité avec les procédures qui règlent les procédures de Phase 3, la France sera appelée à présenter un rapport oral sur la mise en oeuvre des certaines des recommandations qui lui ont été adressées dans le rapport (en particulier celles abordant l'infraction, les sanctions et les nouvelles orientations de sa politique pénale) dans un délai d'un an (et donc en Octobre 2013). Dans un délai de deux ans (et donc en octobre 2014), la France devra soumettre un rapport écrit sur l'ensemble des recommandations.

Le rapport de phase 3 est consultable sur le site de l'OCDE : *http://www.oecd.org/fr/daf/corruptiondanslesmarchesinternationaux/FrancePhase3fr.PDF*

Notes:

1 L'article a été publié avec l'accord de l'OCDE.

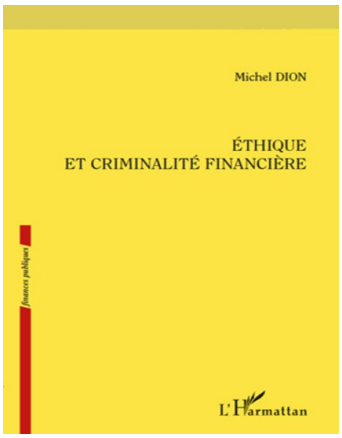
OUVRAGES RÉCENTS

ETHIQUE ET CRIMINALITE FINANCIERE

AUTEUR : MICHEL DION - EDITEUR : L'HARMATTAN

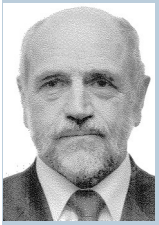
Présentation de l'éditeur :

Cet ouvrage traite des dimensions morales rattachées à trois types de crimes financiers : la corruption, le blanchiment d'argent et le cyber-crime. L'approche kantienne est ici généralement adoptée. Mais l'utilitarisme a parfois sa raison d'être, quant à certaines dimensions propres à ces crimes financiers. Pour chacun des crimes en question, c'est toute notre conception de l'être humain qui est mise en jeu, selon l'approche que nous retenons pour les considérer.



DOCTRINE

LES MESURES PRÉVENTIVES ADOPTÉES DANS LE CADRE DE LA RÉGLEMENTATION DES MARCHÉS PUBLICS À L'ÉCHELLE EUROPÉENNE POUR PRÉVENIR LE RISQUE DE CORRUPTION



JEAN-PIERRE PETILLON

ADMINISTRATEUR PROVISOIRE, COMMISSION EUROPÉENNE,
OFFICE EUROPÉEN DE LUTTE ANTI-FRAUDE (OLAF)

Les idées et opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position officielle de l'OLAF.

En ces temps de crise et de restrictions en vue dans le budget européen, mais aussi dans les budgets des Etats membres, deux phénomènes contradictoires pourraient bientôt venir se télescoper. D'une part, le souhait des contribuables de voir leur argent bien utilisé, que ce soit au niveau national ou au niveau européen. Quoi de plus légitime? D'autre part, on voit régulièrement poindre l'idée que l'austérité qui a été prônée comme solution pour faire face aux problèmes économiques et à la crise de la dette européenne ne serait pas le remède miracle qu'il conviendrait d'appliquer, qu'il faudrait plutôt relancer l'économie et donc réinjecter de l'argent dans le système économique notamment par des investissements sur de grands projets européens.

Pourquoi pas relancer l'économie ? Pourquoi pas avec de l'argent européen ? Cependant il ne faut pas le faire n'importe comment et sans contrôle. En tout cas pas de financements européens – petits ou grands – sans un très bon niveau de contrôle !

Mais si les "États membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers"[1] · il existe un service d'enquête au sein de la Commission européenne qui conduit depuis sa création en 1999 des enquêtes administratives au sein des Institutions européennes afin de protéger les intérêts financiers de l'Union. Il s'agit de l'Office européen de lutte anti-fraude (ci-après l'OLAF).

Méconnu, ce service et ses enquêteurs gagnent à être découverts, à être mieux compris et donc à être mieux "utilisés". Il s'agira pour nous, de décrire le cheminement vers un service d'enquête européen qui comprendra quelques rappels historiques et la description du fonctionnement de ce service.

OLAF – Une évolution lente vers un service d'enquête européen

A.Quelques rappels historiques

La Commission européenne a accepté progressivement le principe de la lutte contre la fraude à la suite de pressions soutenues exercées par les parlementaires européens en faveur de la création d'une structure antifraude au sein de la Commission. Le Parlement envisageait sans doute au départ la création d'une « brigade volante » capable de mener des enquêtes au sein des États membres, l'UCLAF (Unité de coordination de la lutte antifraude) n'a d'abord été constituée qu'en tant qu'organe de *coordination* des activités antifraude de la Commission, qui étaient jusque-là dispersées entre les principales directions générales gérant des dépenses et des recettes. Le nom qu'elle porte reflète bien ce rôle qui était le sien au début. L'UCLAF est devenue opérationnelle en juillet 1988.

À partir de 1988, et sous la pression constante et persistante du Parlement européen, le rôle et les compétences de l'UCLAF ont été régulièrement élargis. Le Parlement européen ainsi a voté l'ouverture de nouveaux postes spécifiquement pour l'UCLAF (il s'agissait pour l'essentiel

d'agents temporaires qui devaient avoir un rôle d'enquêteurs). Enfin, la Commission a concentré toutes ses activités de lutte conte la fraude au sein de l'UCLAF, transférant par la même occasion le personnel occupé à ces activités de la direction générale de l'agriculture (DG VI) et de la direction générale de la douane et de la fiscalité indirecte (DG XXI). Son nouveau rôle s'est vu ensuite encore renforcé par trois actes législatifs importants[2] et par le nouveau traité d'Amsterdam. L'UCLAF restait un service d'enquête rattaché au Secrétaire Général de la Commission européenne.

Par la suite, l'UCLAF a encore évolué de manière importante par son implication croissante dans le lancement de procédures judiciaires. Les efforts entrepris pour assurer une meilleure coopération entre les autorités judiciaires nationales, en particulier dans la préparation des poursuites, ont été encouragés par les conclusions de la commission d'enquête sur le système de transit communautaire du Parlement européen, qui a recommandé à l'UCLAF de jouer un rôle plus actif dans ce domaine.

La naissance de l'OLAF ne doit rien au hasard. Il suffit pour s'en convaincre de se plonger dans la lecture des rapports du Comité des experts indépendants[3] chargés par une résolution du Parlement européen adoptée du 14 janvier 1999 d'enquêter sur l'amélioration de la gestion financière de la Commission. N'oublions pas que nous nous situons dans le contexte de la démission de la Commission Santer[4].

Ce Comité s'est tout d'abord penché sur les définitions des concepts dont l'analyse lui ont été confiés et a conclu "que les notions de fraude, mauvaise gestion et népotisme visent différentes catégories de faits répréhensibles, à savoir:

i) les irrégularités, c'est-à-dire les manquements aux règles communautaires ou nationales en vigueur, qu'elles aient été commises délibérément - auquel cas elles s'accompagnent souvent de fraude - ou à la suite de négligences graves ;

ii) les comportements frauduleux c'est-à-dire intentionnels, par action ou par omission (y compris la corruption) destinés à obtenir des avantages illicites, au détriment des intérêts financiers de la Communauté ;

iii) les comportements moralement répréhensibles tels que la nomination, la passation de marchés ou la recommandation de personnes au bénéfice de récompenses ou autres avantages (même si aucune fraude ou irrégularité n'est commise) non sur la base du mérite mais par favoritisme à l'égard de parents, d'amis ou de connaissances;

iv) *les manquements graves ou persistants aux principes de bonne gestion.*"

Les réflexions et les analyses très fouillées ont abouti à la rédaction de deux rapports. Le premier analyse tout particulièrement l'ensemble des dossiers sensibles portés à la connaissance du Comité tandis que le second, surtout dans son chapitre 5, aborde la question de la lutte contre la fraude et la corruption.

Les experts ont constaté que si depuis 1994 des autorités judiciaires nationales ont engagé des poursuites pénales pour de possibles délits financiers qui auraient été commis par des fonctionnaires européens, elles n'ont abouti à aucune condamnation. Il est probable que cette situation a été la conséquence de la difficulté à réunir des éléments de preuve répartis sur plusieurs Etats membres, de la complexité des mécanismes de fraude, du maquis de la réglementation communautaire. A cela il convenait d'ajouter l'absence de priorité en matière de politique pénale dans les Etats membres concernés, le manque de connaissance en matière de fraude aux intérêts financiers des Institutions européennes tant chez les magistrats que chez les enquêteurs mais aussi les ressources limitées dans les services nationaux d'enquête et de poursuite. L'UCLAF a ainsi constaté des réactions différentes entre plusieurs pays quand le même dossier a été soumis simultanément à des autorités nationales différentes. Certaines ont engagé des poursuites, d'autres non. A cet égard la situation a-t-elle fondamentalement changé aujourd'hui?

Enfin, l'UCLAF a subi une nouvelle transformation significative, résultant toujours de pressions directes exercées par le Parlement européen visant encore une fois à accroître son efficacité et son indépendance. C'est ainsi que s'est fait – dans l'urgence – le passage de l'UCLAF à l'OLAF, office chargé de la lutte contre la fraude, complètement indépendant de la Commission sur le plan opérationnel.

Par décision du 28 avril 1999[5], la Commission européenne a créé l'Office Européen de Lutte Antifraude (OLAF) qui a remplacé l'UCLAF. L'OLAF a conservé les attributions exercées jusque-là par l'UCLAF, à savoir conduire des enquêtes administratives. L'Office s'est vu confier des missions nouvelles : conduire des enquêtes en toute indépendance, effectuer des enquêtes relatives au comportement des fonctionnaires ou agents des Institutions, organes ou organismes communautaires suscep-

tibles de poursuites disciplinaires ou pénales, et être l'interlocuteur direct des autorités judiciaires. Sous la pression du Parlement européen, et tout particulièrement de la Commission de Contrôle Budgétaire (COCOBU), la Commission européenne a mis en place le nouveau service d'enquête des Institutions. Si la Commission a pris la décision de couper – au moins partiellement – le cordon ombilical avec son service d'enquête, cela s'est fait dans l'urgence liée aux nécessités de l'époque. Il manquait en effet à l'UCLAF l'indépendance par rapport à la Commission européenne, une véritable compétence en matière d'enquête interne, et enfin la liaison directe et indépendante avec les autorités judiciaires des Etats membres. OLAF est aussi devenu le service en charge des enquêtes administratives des "Institutions européennes" dans la mesure où sa compétence a été élargie à toutes les Institutions, organes, organismes, banques ou agences européennes, à savoir, celles existant au moment de sa création et celles qui ont été créées ou qui seront créées par la suite.

A la même époque, le Conseil et le Parlement européen ont adopté le Règlement (CE) No 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999[6] relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) qui définit les pouvoirs d'enquête de l'OLAF au sein de la Communauté européenne. Un Règlement similaire n° 1974/1999 définit les pouvoirs d'enquête de l'OLAF au sein de la Communauté Euratom.

B.OLAF – ses compétences et ses domaines d'enquête

Afin de mieux comprendre le fonctionnement de l'Office, il convient de décrire quels sont ses domaines de compétence, d'où vient l'indépendance de l'Office et comment il est organisé.

1. Les domaines de compétence de l'OLAF.

En premier lieu, "l'Office européen de lutte antifraude, créé par la Décision de la Commission 1999/352/CE, CECA, Euratom du 28 avril 1999 exerce les compétences d'enquête conférées à la Commission par la règlementation communautaire et les accords en vigueur dans ces domaines »[7]. Il s'agit des compétences d'enquête traditionnelles qui se fondent notamment sur les Règlements n° 2988/1995 et n° 2185/1996. Il s'agit d'enquêtes administratives dites externes définies par l'article 3 du Règlement n° 1073/1999.

Deuxièmement, l'OLAF est compétent pour conduire des enquêtes administratives "A l'intérieur des institutions, organes et organismes institués par les traités ou sur la base de ceux-ci (ci-après dénommés «institutions, organes et organismes»), l'Office effectue les enquêtes administratives destinées à :

- lutter contre la fraude, la corruption et contre toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté européenne,

- y rechercher à cet effet les faits graves, liés à l'exercice d'activités professionnelles, pouvant constituer un manquement aux obligations des fonctionnaires et agents des Communautés, susceptible de poursuites disciplinaires et le cas échéant, pénales, ou un manquement aux obligations analogues des membres des institutions et organes, des dirigeants des organismes ou des membres du personnel des institutions, organes et organismes non soumis au statut"[8].

Il s'agit d'enquêtes dites internes définies par l'article 4 du Règlement n° 1073/1999. Le statut est celui de la fonction publique de l'Union européenne[9].

En troisième lieu, l'Office "apporte le concours de la Commission aux Etats membres pour organiser une collaboration étroite et régulière entre leurs autorités compétentes, afin de coordonner leur action visant à protéger contre la fraude les intérêts financiers de la Communauté européenne. L'Office contribue à la conception et au développement des méthodes de lutte contre la fraude, ainsi que contre toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté européenne"[10]. A cet égard, il convient aussi de se référer à l'article 3 § 2, 3, 4, 5 et 7 de la Décision de la Commission (1999/352/CE, CECA, Euratom) du 28 avril 1999 instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF)[11].

Concernant les deux premiers points, l'OLAF est un service d'enquête auquel s'applique la notion d'indépendance, dans le dernier point, l'OLAF est un service de la Commission européenne et dans ce cas, sa marge de manoeuvre est beaucoup plus réduite. C'est la raison pour laquelle il est dit que l'OLAF a un statut hybride.

2. L'indépendance de l'OLAF

La grande différence entre l'UCLAF et l'OLAF tient pour l'essentiel dans l'indépendance du Directeur général (Directeur au sens de l'article 12 du Règlement) de l'Office. Cette indépendance se manifeste de la manière suivante :

– Le directeur ouvre, conduit et clôture les enquêtes en toute indépendance[12].

– Le directeur peut transmettre ou transmet des informations à l'autorité compétente de l'Etat membre concerné[13],

– Le directeur est choisi par les trois Institutions (Commission, Conseil et Parlement européen) et nommé par la Commission européenne,

– Le directeur dispose d'un recours contre son Institution devant la Cour de Justice de l'Union européenne s'il estime qu'une décision prise par le Commission européenne met en cause son indépendance,

– Le directeur de l'OLAF est l'Autorité Investie du Pouvoir de Nomination (AIPN) ou l'Autorité Habilitée à Conclure les Contrats (AHCC) de tous les fonctionnaires ou agents de l'Office. Il "fixe les conditions et les modalités de recrutement, notamment celles relatives à la durée des contrats et à leur renouvellement"[14]. Il faut considérer que le personnel travaillant dans la partie enquête de l'Office tire son indépendance propre du lien de rattachement avec le directeur, notamment à travers les contrats d'engagements.

– L'OLAF dispose d'une ligne budgétaire propre dans le budget de la Commission européenne. Le Directeur "est l'ordonnateur pour l'exécution de la ligne budgétaire particulière de la partie A du budget relative à l'Office et des lignes spécifiques antifraude de la partie B"[15],

– L'indépendance de l'OLAF est confortée par le contrôle régulier exercé par le Comité de Surveillance sur la fonction d'enquête. Le directeur peut demander des avis au Comité de Surveillance[16]. Les membres de ce Comité de Surveillance sont nommés d'un commun accord par les trois Institutions[17].

En résumé, l'OLAF est un service en charge d'enquêtes administratives au sein des Institutions européennes. Ce n'est donc pas qu'un service d'enquête de la Commission européenne. En effet, le budget de l'Union est mis en oeuvre par toutes les Institutions, les organismes et les agences. Ceci s'est fait et se poursuivra à travers le mécanisme mis en oeuvre dans le cadre de l'accord interinstitutionnel en date du 1er juin 1999. Dans ce document arrêté par les trois principales Institutions, elles se sont mises d'accord pour confier à l'OLAF le soin d'effectuer des enquêtes internes chez elles. Depuis, toutes les nouvelles Institutions, les nouvelles agences crées ont dû prendre une décision interne sur le même modèle et confier à l'OLAF la compétence d'effectuer des enquêtes internes chez elles. Il suffit pour s'en convaincre de vérifier sur le site des dernières agences crées[18]. Il en a été de même pour les banques européennes (BCE et BEI) malgré leurs spécificités (voir en ce sens les arrêts qui les concernent[19]).

3. L'organisation et le fonctionnement de l'OLAF.

Depuis sa création en 1999 et surtout depuis l'installation en mars 2000 de son premier Directeur général, Monsieur Franz-Hermann Brüner, l'OLAF a été organisé en plusieurs directions.

Le premier organigramme comportait trois Directions dont une seule regroupait les différentes Unités chargées des enquêtes. Il s'agissait initialement de la Direction B.

A la suite de la prolongation de son mandat en 2006, le Directeur général a réparti les unités d'enquête dans deux Directions (A et B). Il s'agissait d'identifier plus clairement au sein de la structure de l'OLAF, d'une part les Unités travaillant dans les domaines relevant de la responsabilité des Institutions (Direction A) et d'autre part les Unités concernées plus particulièrement par les dépenses dont la responsabilité est partagée avec les Etats membres (Direction B). Ce changement effectué en 2006 était aussi justifié par des raisons pratiques, en effet le Comité de Direction (Board) qui regroupait au niveau de la Direction des enquêtes les différents chefs d'Unité concernés avait du mal à gérer rapidement le processus de prise de décision au moment de l'ouverture et de la clôture des enquêtes. Ce comité de direction prenait la décision d'ouvrir ou de ne pas ouvrir l'enquête en fonction des critères en vigueur à l'époque. Cette décision était prise sur la base du rapport d'évaluation rédigé par l'enquêteur à qui avait été attribuée l'information entrante. Ce même comité de direction se prononçait sur les rapports finaux qui clôturaient ces enquêtes mais aussi sur les transmissions adressées aux autorités judiciaires nationales. Il s'agissait d'un travail très lourd pour le seul Directeur des enquêtes.

Dans la nouvelle organisation post-2006, le comité de direction se réunissait chaque semaine, alternativement Direction A puis Direction B. Ceci permettait d'avoir des discussions plus en profondeur sur les dossiers dont l'ouverture était proposée (ou pas) mais aussi sur la clôture des dossiers. Ce comité était un point de passage obligatoire de tous les dossiers d'enquête de l'Office. Si l'organisation interne de l'OLAF perdure encore partiellement aujourd'hui suite à la réorganisation de 2012, en revanche le processus décisionnel qui conduit à l'ouverture, à la clôture et au contrôle des dossiers est désormais différent.

Suite à son entrée en fonction en février 2011, le nouveau Direc-

teur général, Monsieur Giovanni Kessler, a lancé une réflexion interne qui a abouti à la mise en place d'une nouvelle organisation de l'Office à compter du 1er février 2012[20].

Cette nouvelle organisation est marquée par une quadruple volonté :

- afficher clairement au sein de l'OLAF la nécessité de mettre l'accent sur la partie opérationnelle et indépendante (et par différence avec la partie orientée service de la Commission qui sera chargée de la définition de stratégies anti-fraude[21] et qui cherchera à retirer les leçons des enquêtes, ce qui justifie pour OLAF la notion de statut hybride),
- respecter l'engagement pris devant les Institutions pendant la procédure de sélection ayant conduit à la nomination de Monsieur Kessler en qualité de Directeur général, à savoir affecter 50% de l'effectif de l'OLAF dans les Unités d'enquête afin de réduire la durée des enquêtes,
- reprendre à son compte les pouvoirs dévolus au Directeur général, dans l'article 12 du Règlement, qui avaient été « délégués » précédemment aux Directeurs dans le cadre du Comité de Direction,
- mieux contrôler le processus d'enquête et les délais par la création d'une Unité centralisée (O 1).

A cette nouvelle structure est venu s'ajouter un nouveau mode de fonctionnement interne reflété dans « OLAF instructions to Staff on Investigative Procedure » plus communément appelées en interne « ISIP »[22]. Il s'agit d'un texte court de 25 pages qui couvre l'essentiel de la partie enquêtes de l'Office à la différence de l'ancien Manuel qui couvrait toute la vie au sein de l'OLAF et qui était devenu difficile à lire pour les enquêteurs compte tenu de la multiplication des domaines abordés. Un autre objectif poursuivi est de limiter la charge administrative qui pesait sur les enquêteurs afin qu'ils se consacrent réellement à leurs enquêtes.

a) Quelles sont les Unités d'enquête de l'OLAF et leurs domaines de compétence ?

Il convient tout d'abord de commencer par celle qui est directement attachée au Directeur général, l'Unité O 1 – Enquête sélection et révision.

Par la création de cette nouvelle Unité, il s'est agi pour le Directeur général de:

- Mettre en place un organe de filtrage des informations entrantes qui évaluera l'information arrivée à l'Office quel qu'en soit l'origine, qui recherchera si les éléments d'information communiqués sont suffisamment sérieux, et si l'information reçue tombe dans le domaine des priorités d'enquête définies par l'Office[23]. Suite à l'avis de cette unité, le Directeur général décidera ou non d'ouvrir l'enquête qui sera ensuite confiée à l'Unité compétente dans la Direction A ou la Direction B. Cette Unité O 1 est composée d'agents de l'OLAF ayant une expertise dans le domaine de l'enquête, de l'analyse, du suivi financier et du conseil juridique.
- Mettre en place une fonction de contrôle qualité permanente afin de surveiller le processus d'enquête et les résultats, et remplacer le Comité de direction qui existait auparavant. Il s'agira aussi pour cette Unité de fournir des conseils et des avis aux unités d'enquête avant les principales mesures d'enquête.
- Impliquer dès en amont dans le processus d'enquête les compétences de l'OLAF en matière d'analyse des données, d'expertise juridique et judiciaire, mais aussi financière.
- Cette Unité devra examiner les résultats de l'activité d'enquête et fournir des conseils indépendants au Directeur général sur les rapports finaux d'enquête de l'Office et des recommandations sur le suivi à donner. En procédant à cet examen avant la clôture de l'enquête et avant la transmission de son résultat, l'Unité O 1 doit apporter la garantie du respect des droits fondamentaux et des garanties procédurales.
- Par certains aspects de ses interventions, cette unité anticipe l'entrée en vigueur du Règlement 1073/1999 en cours de modification par le législateur.
- La création de cette Unité a pour but de permettre à l'OLAF de se concentrer sur les dossiers les plus sérieux et d'adapter sa charge de travail aux ressources disponibles. Cette Unité utilise les différents seuils prédéfinis afin de limiter autant que faire se peut les ouvertures d'enquêtes. Afin de respecter la notion de "tolérance zéro", les informations n'ayant pas donné lieu à ouverture d'une enquête pour des raisons de seuil sont transmises par OLAF au service le mieux à même de l'utiliser (service national ou européen).

Direction A – Enquête I

Les domaines de compétence de cette direction sont la somme des compétences des diverses Unités qui la compose.

- Unité A 1 – Personnel de l'Union européenne

Cette Unité conduit les enquêtes concernant les membres du personnel des différentes Institutions de l'Union européenne, des agences et des organismes de l'Union. Cette Unité conduira donc des enquêtes internes dans le sens de l'article 4 du Règlement CE 1073/1999, de l'accord interinstitutionnel et des décisions internes de chaque Institution, organisme ou agence pris sur le modèle de cet accord.

- Unité A 2 – Nouveaux instruments financiers

Cette unité conduit les enquêtes sur les programmes, les projets, les attributions de fonds financés par l'UE à travers:

- Les Organisations internationales (ONU - UNDP, la Banque Mondiale, le Fonds mondial, etc)
- Les organismes européens spécialisés, notamment la Banque européenne d'investissement et la Banque centrale européenne.

- Unité A 3 – Dépenses centralisées

Cette unité conduit des enquêtes sur le budget de l'UE géré de manière centralisée pour les politiques internes:

- Les dépenses directes, gérées directement par la Commission (à l'exception des dépenses pour l'action extérieure et de pré-adhésion, qui sont du domaine de l'Unité A.4.)
- Les dépenses indirectes gérées par les agences exécutives, les agences de l'Union européenne et les agences nationales.

- Unité A 4 – Aide extérieure

Cette unité traite les enquêtes sur les dépenses liées à l'aide extérieure et de pré-adhésion, à l'exception des financements couverts par l'Unité A.2, et du soutien financier aux pays candidats et adhérents dans le domaine agricole qui est couvert par la direction de B.

Direction B – Enquête II

- Unité B 1 – Fraude commerciale en matière douanière

Cette unité a les compétences suivantes:

- Enquêtes sur des cas de fraude douanière concernant tous les produits impliquant l'évasion de droits d'importation, y compris les droits de douane conventionnels, des droits antidumping et droits compensateurs, avec un accent particulier sur les cas impliquant les fausses déclarations d'origine (préférentielle et non préférentielle), mais aussi notamment en cas de sous-évaluation et description erronée ou abusive du système de transit,
- Coordination des enquêtes connexes par les services douaniers des États membres,
- Coordination au sein de l'UE en matière d'enquêtes dans le domaine des précurseurs de drogues.

- Unité B 2 – Tabac et contrefaçon

Cette unité a les compétences suivantes:

- Enquêtes et activités de coordination en matière de contrebande et de contrefaçon de produits tabac,
- Enquêtes et activités de coordination concernant les produits contrefaits autres que le tabac,
- Mise en oeuvre des accords de coopération juridiquement contraignants avec quatre entreprises multinationales fabricants de tabac.

- Unité B 3 – Fonds agricoles et structurels I

Cette unité a les compétences suivantes:

- Enquêtes et activités de coordination dans les enquêtes sur les fonds agricoles et les fonds structurels, y compris le FEDER (Fonds européen de développent régional), le FSE (Fonds social européen), le FC (Fonds de cohésion), le FEOGA (Fonds européen d'orientation et de garantie agricole), FEP (Fonds européen pour la pêche), pour une partie des États membres,
- Enquêtes et activités de coordination dans les affaires concernant le soutien au développement rural de pays candidats.

- Unité B 4 – Fonds agricoles et structurels II

Cette unité a les mêmes compétences que l'Unité B 3 mais sur une aire géographique différente de B3.

Direction C – Soutien aux enquêtes

L'objectif de la création de cette Direction est d'arriver à opérer une véritable synergie entre les différentes compétences disponibles au sein de l'Office afin d'améliorer la qualité des enquêtes. Il s'agit aussi de faire un usage plus fréquent des techniques d'analyse des données et d'expertises techniques ou légales existantes.

- Unité C 1 – Gestion et processus d'enquête

Unité C.1 a pour mission d'améliorer l'efficience, l'efficacité et la qualité du processus d'enquête, il s'agit notamment de:

– Initier le développement, l'acquisition de nouvelles applications ou outils basés sur l'exploitation de besoins identifiés,

– Gérer les applications d'enquêtes en cours :

  ❍ Système de notification des fraudes (FNS),

  ❍ Système utilisé par les enquêteurs pour gérer les enquêtes (CMS et THOR),

  ❍ Système d'information Core Business (CBIS),

– Maintenir le processus de gestion de l'enregistrement, la numérisation de documents et le processus de gestion de documents,

– Contrôler la qualité du processus d'enquête, des applications et des outils, et identifier les meilleures pratiques ainsi que les améliorations possibles,

– Suivre les développements des nouveaux règlements et d'adapter en conséquence les processus,

– Fournir des informations à la direction sur le rendement et l'efficacité du processus d'enquête,

– Contribuer au plan de gestion annuel et le rapport annuel d'activité pour la partie zone d'enquête.

➢ Unité C 2 – Formation enquête et communication

Unité C.2 est responsable de la formation et de la communication liée aux enquêtes:

– Formation sur les techniques d'enquêtes, et sur les outils, sur la réglementation, sur les procédures de l'OLAF, etc,

– Mise à jour du manuel, élaboration des procédures d'enquête recensement des meilleures pratiques, et diffusion des changements au personnel,

– Publications de l'OLAF et matériel audiovisuel lié à l'activité d'enquête,

– Analyse des médias,

– Appui au porte-parole,

– Coordination de la communication externe sur les activités de l'OLAF, y compris la gestion du site Internet,

– Organisation des visites à l'OLAF d'enquêteurs nationaux et d'organismes internationaux. Unité C 3 – Analyse opérationnelle et "forensics"

➢ Unité C 3 – Analyse opérationnelle et "forensics"

Unité C.3 donne une assistance technique hautement spécialisée, notamment:

– En matière de collecte de données informatiques et d'analyse de données recueillies au cours des enquêtes de l'OLAF,

– Assistance technique aux analyses de risque basée et à l'utilisation d'outils de surveillance automatisés.

➢ Unité C 4 – Conseil juridique

Unité C.4 donne des conseils juridiques horizontaux sur tous les aspects des activités opérationnelles de l'OLAF:

– Conseils juridiques liés à la législation européenne,

– Conseils juridiques liés à la législation nationale,

– Requêtes et plaintes liées à l'activité d'enquête,

– Conseils spécialisés aux enquêteurs sur la législation sectorielle.

A ces Directions opérationnelles, il convient d'ajouter :

– La Direction D qui traite exclusivement de la politique. Il s'agit de permettre de clarifier et de souligner le rôle que joue OLAF dans tous les aspects de la prévention de la fraude et de la détection, de la conception de la politique, à travers la mise en oeuvre des politiques existantes et nouvelles, à l'information sur les progrès réalisés et sur l'efficacité constatée.

– La Direction R qui doit gérer les ressources humaines de l'Office, la ligne budgétaire propre, l'informatique mais aussi la sécurité.

Ces deux dernières directions sont beaucoup plus orientées « service de la Commission européenne ».

Par rapport à l'ancien organigramme, les Directions d'enquête et de support existent toujours et ont été mis en exergue et renforcées en terme de personnel. Il convient cependant de noter que l'Unité Conseil juridique et judiciaire qui assurait auparavant le suivi judiciaire, de même que les Unités de suivi financier, ont disparu. Les tâches assurées par ces Unités n'ont pas pour autant été abandonnées, elles ont été confiées aux Unités d'enquête opérationnelle. C'est ce qui se faisait du temps de l'UCLAF.

L'effectif budgétaire total de l'OLAF est actuellement de 382 fonctionnaires ou agents auxquels il convient d'ajouter des Experts nationaux détachés (par les Etats membres) et certains techniciens en informatique appartenant à des sociétés tierces ayant un contrat avec l'Office (maintenance des systèmes). Les directions A, B et C plus l'unité O 1 ont un effectif total d'environ 300 personnes.

b) Quelles sont les infractions aux règles communautaires qui sont au coeur des enquêtes conduites par OLAF ?

Les montants en jeu

Si l'Union européenne et les Etats membres s'engagent à combattre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union[24] encore faut-il indiquer ce que recouvre l'expression « intérêts financiers de l'Union ». Il s'agit simplement de donner un ordre de grandeur des enjeux financiers sans chercher à approfondir cette notion.

Pour rappel, les recettes inscrites au budget de l'Union européenne pour l'année 2012 se montent à 147,2 Milliards € (soit 1,27 % du PIB des 27 Etats membres) tandis que les dépenses se montent à 129,1 Milliards € (qui correspondent aux crédits de paiement de l'année) [25]. Le cadre financier pluriannuel 2014 – 2020 devrait avoisiner ou dépasser 1000 Milliards €. On le voit, il s'agit de montants importants. Certes au niveau des recettes, la part la plus importante est constituée par le versement par les Etats membres d'un pourcentage de leur Revenu National Brut (97,2 Milliards € en 2012). Il est difficile de frauder dans ce domaine. En revanche, il peut y avoir fraude sur les ressources propres traditionnelles que sont les droits de douane et les droits sur le sucre.

Bien évidemment, la fraude est susceptible d'affecter principalement toutes les dépenses.

Les textes

Les textes fondateurs de l'OLAF parlent tous de la "lutte contre la fraude". De quelle fraude s'agit-il ? Où doit-on en trouver la définition ?

- Tout d'abord le Règlement (CE, EURATOM) n° 2988/1995 du 18/12/1995 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes définit à son article 1 § 2 le terme "irrégularité" :

"Est constitutive d'une irrégularité toute violation d'une disposition du droit communautaire résultant d'un acte ou d'une omission d'un opérateur économique qui a ou aurait pour effet de porter préjudice au budget général des Communautés ou à des budgets gérés par celles-ci, soit par la diminution ou la suppression de recettes provenant des ressources propres perçues directement pour le compte des Communautés, soit par une dépense indue". Ce règlement distingue les irrégularités simples qui ne peuvent faire l'objet que d'un retrait de l'avantage obtenu indument (ce qui ne constitue pas une sanction), des irrégularités intentionnelles ou causées par négligence qui peuvent donner lieu à des sanctions administratives (qui sont listées dans le texte).

Au sixième considérant de ce Règlement n° 2988/1995, il est précisé que les comportements constitutifs d'irrégularités comprennent les comportements de fraude tels qu'ils sont définis dans la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes.

- L'acte de base de la définition de la notion de fraude est l'article 1 de la Convention (Acte du Conseil du 26 juillet 1995) établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes[26] qui dispose :

"Article premier

Dispositions générales

1. Aux fins de la présente convention, est constitutif d'une fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes:

a) en matière de dépenses, tout acte ou omission intentionnel relatif:

- à l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet la perception ou la rétention indue de fonds provenant du budget général des Communautés européennes ou des budgets gérés par les Communautés européennes ou pour leur compte,

- à la non-communication d'une information en violation d'une obligation spécifique, ayant le même effet,

- au détournement de tels fonds à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont initialement été octroyés;

b) en matière de recettes, tout acte ou omission intentionnel relatif:

- à l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet la diminution illégale de ressources du budget général des Communautés européennes ou des budgets gérés par les Communautés européennes ou pour leur compte,

- à la non-communication d'une information en violation d'une obligation spécifique, ayant le même effet,

- au détournement d'un avantage légalement obtenu, ayant le même effet."

Bien évidemment la fraude existe tant en matière de dépenses que de recettes.

- Le Règlement (Euratom, CE) n° 2185/1996[27]

En matière d'enquête externe l'OLAF dispose d'un pouvoir de contrôle qui découle de ce Règlement relatif aux contrôles et vérifications sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes

contre les fraudes et autres irrégularités.

L'OLAF en sa qualité de « contrôleur de la Commission » européenne[28]« peut procéder à des contrôles et vérifications sur place en application du présent règlement:

- soit en vue de la recherche d'irrégularités graves ou transnationales ou d'irrégularités dans lesquelles sont susceptibles d'être impliqués des opérateurs économiques agissant dans plusieurs États membres,

- soit, en vue de la recherche d'irrégularités, lorsque la situation dans un État membre exige dans un cas particulier le renforcement des contrôles et vérifications sur place afin d'améliorer l'efficacité de la protection des intérêts financiers et, ainsi, d'assurer un niveau de protection équivalent au sein de la Communauté,

- soit à la demande de l'État membre intéressé."

Au cours de leurs opérations, les contrôleurs de la Commission doivent veiller au fait :

- qu'il n'y ait pas d'autres vérifications faites auprès des mêmes opérateurs sur la base d'autres règlementations européennes,

- que les autorités compétentes de l'Etat membre concerné soient informées du contrôle afin que les agents locaux puissent y participer,

- que ces contrôles soient faits s'il y a des soupçons d'irrégularités susceptibles de sanctions administratives au sens de l'article 7 du Règlement n° 2988/1995,

- que ces contrôles soient faits dans les locaux, terrains, moyens de transport et autres **lieux à usage professionnel** auxquels les opérateurs économiques **directement ou indirectement** concernés sont tenus de donner accès,

- que les contrôleurs de la Commission aient les mêmes pouvoirs que les contrôleurs nationaux dans les domaines concernés,

- qu'ils puissent accéder chez l'opérateur économique aux :

– livres et documents professionnels tels que factures, cahiers des charges, feuilles de paie, bons d'attachement, extraits de comptes bancaires détenus par les opérateurs économiques,

– données informatiques,

– systèmes et les méthodes de production, d'emballage et d'expédition,

– contrôle physique de la nature et du volume des marchandises ou des actions menées,

– prélèvement et la vérification d'échantillons,

– l'état d'avancement des travaux et des investissements financés, l'utilisation et l'affectation des investissements menés à terme,

– documents budgétaires et comptables,

– l'exécution financière et technique de projets subventionnés.

- qu'ils doivent informer l'autorité compétente de l'Etat membre concerné du résultat du contrôle,

- qu'ils doivent s'assurer que les rapports de contrôles soient établis en tenant compte des exigences procédurales prévues par l'Etat membre concerné.

Les rapports ainsi dressés par les contrôleurs de la Commission "constituent, au même titre et dans les mêmes conditions que les rapports administratifs établis par les contrôleurs administratifs nationaux, des éléments de preuve admissibles dans les procédures administratives ou judiciaires de l'État membre où leur utilisation s'avère nécessaire. Ils sont soumis aux mêmes règles d'appréciation que celles applicables aux rapports administratifs établis par les contrôleurs administratifs nationaux et ont une valeur identique à ceux-ci"[29].

Si les contrôleurs de la Commission se heurtent à une opposition de la part de l'opérateur économique, il appartient à l'Etat membre leur prête assistance conformément aux dispositions nationales pour leur permettre d'accomplir leur tâche[30].

Enquêtes externes ou internes

➢ Les enquêtes externes.

Les enquêteurs de l'OLAF peuvent utiliser les dispositions du Règlement n° 2185/1996 sur les contrôles sur place en ce sens qu'ils sont les contrôleurs de la Commission. Bien évidemment ils utilisent ces pouvoirs en matière d'enquête externe, c'est-à-dire pour les enquêtes ouvertes aux sujets des agissements d'un ou plusieurs opérateurs économiques soupçonnés d'avoir commis une fraude ou une irrégularité grave. Ces enquêtes dites "externes" sont ouvertes par le Directeur général de l'OLAF sur la base de l'article 3 du Règlement n° 1073/1999.

Les pouvoirs de conduire un contrôle sur place auprès d'un opérateur économique concerné peuvent aussi être utilisés conformément à l'article 4 § 3 du Règlement n° 1073/1999[31]. En clair, en matière d'enquête interne ouverte par OLAF, ses enquêteurs peuvent se rendre chez un opérateur économique afin d'avoir accès aux informations que cet opérateur détiendrait au sujet d'éventuelles irrégularités. Les obligations listées ci-dessus s'imposent aux enquêteurs de l'Office.

Ces contrôles sur place ne peuvent avoir lieu que dans les lo-

caux professionnels de l'opérateur économique. Il est hors de question pour les agents de l'OLAF d'avoir accès aux documents bancaires détenus par les banques de l'opérateur, de même qu'il est impossible d'accéder au domicile d'un dirigeant ou d'un salarié où pourraient se trouver des documents intéressants l'enquête. Enfin, au cours de ce contrôle sur place l'agent de l'OLAF ne peut en aucun cas user de moyens coercitifs. S'il se trouve face à un refus de coopérer de l'opérateur économique, il appartient à l'Etat membre concerné de prêter aux contrôleurs de la Commission, en conformité avec les dispositions nationales, l'assistance nécessaire pour permettre l'accomplissement de leur mission de contrôle et de vérification sur place.

En règle générale, l'OLAF conduit ses contrôles sur place auprès des opérateurs économiques concernés en utilisant les moyens légaux mis à sa disposition par les règlements de l'Union européenne. Cependant, l'OLAF peut rencontrer des difficultés de deux sortes.

Si en matière de dépenses dont la responsabilité est partagée avec les Etats membres, l'OLAF dispose d'interlocuteurs naturels dans les Etats membres, comme en France les Directions Départementales de l'Equipement et de l'Agriculture[32] pour les dépenses agricoles, ou les Secrétariats généraux pour les affaires régionales (au niveau des Préfectures de Région) en matière de fonds structurels, il n'en est pas de même pour tout ce qui concerne les dépenses gérées **directement** par les Directions générales de la Commission européenne (dépenses en matière de réseaux ferroviaires, en matière de recherche, en matière d'aide humanitaire, etc...). Il appartient aux enquêteurs d'anticiper le risque d'un refus d'accès ou de coopération de la part de l'opérateur économique concerné. On voit donc l'importance pour les enquêteurs de l'OLAF d'informer une autorité nationale compétente en matière de dépenses partagées ou un point de contact qui sera susceptible d'intervenir en matière de dépenses directes.

Par ailleurs, si très rapidement après l'ouverture de l'enquête, l'enquêteur s'aperçoit que les agissements des agents de l'opérateur économique permettent de subodorer que des indices de faits susceptibles de recevoir une qualification pénale existent déjà, il est recommandé à l'enquêteur de ne pas laisser de côté cet aspect de l'enquête qui débouchera invariablement sur la saisine de l'autorité judiciaire de l'Etat membre concerné ou celle qui sera susceptible d'engager des poursuites.

C'est ainsi qu'il pourrait être souhaitable (en France) qu'un officier de police judiciaire (appartenant soit à la Police nationale, soit à la Gendarmerie nationale ou encore au Service National de la Douane judiciaire) assiste les agents de l'OLAF lors de leur contrôle sur place en matière de dépenses directes. Un tel rapprochement ne pourra qu'être bénéfique pour la suite de la procédure. Soit le contrôle sur place se passe sans incident et l'OLAF peut clôturer seul son enquête (dans le sens du Règlement), soit l'affaire est plus complexe que cela n'a été envisagé au départ et que des faits de nature pénale sont apparus au cours du contrôle, dans ce cas, après avis du Procureur ou de son substitut, l'Officier de police judiciaire pourra se saisir des faits en question, soit en enquête préliminaire, soit en flagrant délit[33].

- Les enquêtes internes.

Pour ce qui concerne les enquêtes internes, celles-ci sont ouvertes par le Directeur général de l'OLAF sur le fondement de l'article 5 du Règlement CE n° 1073/1999.

L'OLAF a accès sans préavis :

- à toute information détenue par les Institutions, organes et organismes ainsi qu'aux locaux de ceux-ci. L'Office a la faculté de contrôler la comptabilité des Institutions, organes et organismes. L'Office peut prendre copie et obtenir des extraits de tout document et du contenu de tout support d'information que les institutions, organes et organismes détiennent et, en cas de besoin, s'assurer de ces documents ou informations pour éviter tout risque de disparition,

- l'Office peut demander des informations orales aux membres des Institutions et organes, aux dirigeants des organismes ainsi qu'aux membres du personnel des Institutions, organes et organismes.

Les agents de l'Office peuvent conduire des contrôles sur place auprès d'opérateurs économiques susceptibles de détenir des informations sur d'éventuelles irrégularités sous enquête.

L'Office peut demander à toute personne concernée l'information qu'il juge utile pour ses enquêtes. Il peut s'agir de tout témoin interne aux Institutions ou de personnes étrangères aux Institutions.

Sur la base de l'accord interinstitutionnel, chaque Institution, organisme ou agence a dû prendre une décision confiant à l'OLAF le soin d'effectuer des enquêtes internes.

Cette décision prévoit :

- un principe général de coopération avec l'Office qui s'impose à la hiérarchie et aux agents de l'Institution,

- une obligation d'informer la hiérarchie de l'Institution ou di-

rectement l'OLAF de tout élément d'une possible fraude, de faits de corruption ou toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés[34], ou de faits graves, liés à l'exercice d'activités professionnelles, pouvant constituer un manquement aux obligations des fonctionnaires et agents des Communautés susceptible de poursuites disciplinaires et, le cas échéant, pénales. Une obligation analogue s'impose aux membres de l'Institution (les commissaires par exemple) ainsi qu'au personnel non soumis au statut. La hiérarchie de l'Institution doit transmettre sans délai ces éléments à l'OLAF[35]. Le fonctionnaire qui fait une telle déclaration de bonne foi est protégé.

Les décisions des Institutions prévoient aussi la procédure à suivre en matière de levée de l'immunité. En effet, l'OLAF doit donner son avis suite à la demande de levée de l'immunité de juridiction d'un fonctionnaire ou agent d'une Institution émanant d'une autorité policière ou judiciaire.

L'OLAF ne peut pas tirer de conclusions (dans un rapport final) visant nominativement un fonctionnaire ou un agent d'une Institution sans que l'intéressé n'ait été mis en mesure de s'exprimer sur tous les faits qui le concernent. Les enquêteurs de l'OLAF ont l'obligation de procéder à l'audition de la ou des personnes concernées dans une enquête interne ou du moins de lui permettre de s'exprimer sur tous les faits[36].

L'OLAF ne dispose pas de pouvoirs coercitifs, mais ses enquêteurs peuvent accéder à plus d'information qu'en matière d'enquête externe. Une enquête interne est à charge d'un fonctionnaire ou d'un agent d'une Institution, d'un organisme ou d'une agence. L'OLAF peut avoir accès à tous les locaux des Institutions, à toute la documentation disponible, au bureau du fonctionnaire, à tous les moyens mis à sa disposition pour qu'il travaille au profit de l'Institution (y compris son ordinateur), aux relevés des appels entrants et sortants. En revanche l'OLAF n'a aucun accès à la sphère privée de l'agent (domicile, véhicule, compte bancaire etc...). Dans de nombreux cas, l'enquête interne concerne des infractions plus ou moins graves aux règles du statut pour lesquelles les éléments de preuve sont faciles à découvrir dans le comportement de l'agent ou dans les documents dont l'administration dispose sans qu'il y ait d'incidence financière importante nécessitant des recherches approfondies hors de la sphère administrative (conflit d'intérêt, faux dans les demandes de remboursements de frais). De telles enquêtes peuvent être clôturées par l'OLAF seul. Dans son rapport final l'Office recommande à l'Institution l'ouverture d'une procédure disciplinaire à l'égard de l'agent ainsi que si nécessaire d'effectuer un recouvrement.

Cependant il arrive souvent que les faits ne soient pas aussi limpides, ou que l'OLAF se trouve face à des faits de corruption d'un fonctionnaire de la part d'un opérateur économique. Les moyens dont dispose l'OLAF dans le cadre de l'enquête administrative ne suffisent alors plus et l'enquête nécessite la recherche d'éléments de preuve dans la sphère privée de l'agent (ou celles de tiers) et sans doute dans la sphère élargie de l'opérateur économique, y compris ses dirigeants. Dans ce cas de figure, si l'Office veut espérer conclure son enquête (à charge et à décharge), il lui faut impérativement changer de cadre juridique et s'en remettre aux moyens d'enquête dont seule dispose la justice pénale, à la condition que des éléments suffisamment probants de faits susceptibles de recevoir une qualification pénale ont déjà été mis à jour.

En effet, si l'enquête nécessite l'intrusion dans la vie privée du fonctionnaire ou de l'agent, est-il opportun que l'OLAF intervienne seul dans le bureau et confie plus tard la suite à l'autorité judiciaire avec les risques de déperdition de preuve qui pourraient en résulter ? Ne vaut-il pas mieux que l'OLAF se contente d'assister l'autorité judiciaire nationale?

L'OLAF entre alors dans une phase de coopération ou de collaboration avec les autorités nationales de poursuite[37]. C'est un passage obligatoire si l'OLAF veut clôturer son enquête dans le sens de l'article 9 du Règlement n° 1073/1999 après avoir donné à la personne concernée l'opportunité de s'exprimer sur l'ensemble des faits qui la concernent.

- Les suites des enquêtes de l'OLAF

L'OLAF clôture ses enquêtes par la rédaction d'un rapport final prévu à l'article 9 du Règlement n° 1073/1999. En plus de ce rapport final, l'OLAF peut rédiger des conclusions et recommandations. Le rapport final tout comme les conclusions et recommandations sont adressés à l'Institution concernée ou à l'autorité nationale concernée en fonction du type d'enquête. Les recommandations peuvent être de plusieurs natures :

- Suivi administratif si des dispositions sont à changer dans la règlementation,
- Suivi financier si des sommes d'argent sont à recouvrer,
- Suivi disciplinaire si l'Office recommande à l'Institution de lancer une procédure disciplinaire,
- Suivi pénal si l'OLAF recom-

mande de transférer le dossier à l'autorité judiciaire nationale.

Jamais l'OLAF n'assure le suivi, c'est à l'Institution concernée ou à l'Etat membre concerné d'agir. Il appartient à l'autorité destinataire du rapport final de l'OLAF avec la ou les recommandations d'informer l'Office des suites données. Si ses recommandations ne sont pas suivies d'effet, l'OLAF doit en informer le Comité de Surveillance.

En matière d'enquête interne, l'Office doit informer la personne concernée du classement sans suite du dossier.

Pour ce qui concerne la suite donnée, ce n'est jamais l'OLAF qui est acteur. L'enquête de l'OLAF ne fait pas grief.

Notes :

1) Art.325 al.2 TFUE http://eurex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:FR:PDF

2 a) Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes.

b) Règlement (CE, Euratom) no 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (18.12.1995 – JO L 312 du 23.12.1995).

c) Règlement (Euratom, CE) no 2185/96 du Conseil du 11 novembre 1996 relatif au contrôle et à la vérification sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre les fraudes et autres irrégularités (11.11.1996 – JO L 292 du 15.11.1996).

3) http://ec.europa.eu/anti_fraud/about-us/reports/experts-reports/index_en.htm

4) http://conflits.revues.org/814?&id=814

5) JOCE L 136 du 31/05/1999

http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:149:0057:0059:FR:PDF

6) http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:136:0001:0007:FR:PDF

7) http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:136:0020:0022:FR:PDF

8) Idem 6

9) http://ec.europa.eu/civil_service/docs/toc100_fr.pdf

10) Article 1.2 Règlement CE n° 1073/1999

11) JOCE L 136 du 31/05/1999 voir 5

12) Article 5 – Article 6 – Article 9.1 – Article 12 du Règlement CE n° 1073/1999.

13) Article 10 du Règlement CE n° 1073/1999.

14) Article 6.1 de la Décision de la Commission européenne du 28 avril 1999.

15) Article 6.3 de la Décision de la Commission européenne du 28 avril 1999.

16) Article 11.1 du Règlement n° 1073/1999.

17) Article 11.2 du Règlement n° 1073/1999.

18) http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojustframework/ejlegalframework/Decision%20concerning%20investigations%20conducted%20by%20OLAF/OLAF-Decision-2004-07-13-EN.pdf

19) http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48494&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=518895

20) http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/organisation_chart_fr.pdf Ce lien permet de trouver un organigramme régulièrement mis à jour.

21) Communication from the commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee, and the committee of the regions and the court of auditors on the commission anti-fraud strategy (sec(2011)791final).

22) http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/about_us/instructions-to-staff-120201.pdf

23) IPP: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/ipp_for_amp_en.pdf

24) Article 325 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:FR:HTML

25) http://ec.europa.eu/budget/figures/2012/2012_fr.cfm

26) http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1995:316:0048:0057:FR:PDF

27) http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1996:292:0002:0005:FR:PDF

28) Article 2 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1996:292:0002:0005:FR:PDF

29) Article 8 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1996:292:0002:0005:FR:PDF

30) Article 9 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1996:292:0002:0005:FR:PDF

31) Article 4§3 page L 136/4 http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:136:0001:0007:FR:PDF

32) Le nom peut varier en fonction des départements.

33) Idem note 28

34) Aujourd'hui de l'Union européenne.

35) Voir par exemple la Décision de la Commission (1999/396) du 2 juin 1999 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:149:0057:0059:FR:PDF

36) Article 4 de la décision interne. Voir supra note 31.

37) Voir note 28.

Inscription à la newsletter et à la revue du *GRASCO*

Par mail : abonnement@larevuedugrasco.eu

Sur le site du GRASCO : http://www.grasco.eu/inscription_newletters.php

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

Par mail : grasco@sfr.fr

1 après validation de la rédaction

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

DOCTRINE

ASPECTS JURIDIQUES DU TRAFIC DE BIENS CULTURELS QUEL RÔLE POUR LA COOPÉRATION POLICIÈRE ?

JOEL SOLLIER

DIRECTEUR DES AFFAIRES JURIDIQUES DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DE POLICE CRIMINELLE - INTERPOL

SOLANGE MICHEL

ASSISTANT PRINCIPAL JURIDIQUE, DÉPARTEMENT AFFAIRES JURIDIQUES O.I.P.C. – INTERPOL

Les idées et opinions exprimées dans cet article sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement la position officielle d'INTERPOL.

Le pillage, vol et trafic de biens culturels ne sont pas chose nouvelle. De tout temps, les biens culturels ont fait l'objet de convoitise et de brigandage, que ce soit en temps de paix ou en temps de guerre. Le traité de Westphalie, signé en 1648 et mettant fin à la guerre de Trente ans, comprenait par exemple déjà une clause sur la restitution des oeuvres pillées durant la guerre.

Depuis plus d'un siècle, le trafic de biens culturels a cependant connu une profonde altération et s'est considérablement accentué. Cela résulte premièrement d'une transformation intrinsèque au marché de l'art ainsi qu'à sa perception. A la base de ce changement se trouve l'idée que les biens culturels sont des marchandises, qu'ils répondent donc à la loi de l'offre et la demande, et que le marché de l'art est assimilable à une sorte de bourse sur laquelle on peut jouer. Il en résulte une envolée des prix pour des « marchandises » qui sont rares et précieuses par nature. Les biens culturels deviennent donc un placement financier ou un objet de spéculation. De nouveaux acteurs, attirés par la possibilité de faire une « bonne affaire », tentent de dénicher des oeuvres à bas prix pour les revendre plus cher et ainsi dégager un bénéfice. L'enthousiasme collectif pour cette forme d'investissement est encore galvanisé par la médiatisation des prix record atteints par les grandes maisons de vente. Il résulte de cette émulation une augmentation de la demande de biens culturels, stimulant le marché licite tout autant qu'illicite, et provocant par conséquent une floraison du trafic de biens contrefaits, volés, pillés ou illicitement exportés.

L'intensification et l'internationalisation des échanges commerciaux sont un deuxième facteur de mutation du trafic de biens culturels. La mondialisation et l'interdépendance économique croissante ont facilité le passage de la criminalité organisée d'une échelle locale à une échelle internationale.

Main-mise de la criminalité organisée sur les biens culturels

Les groupes criminels ont notamment tiré parti de l'augmentation de la mobilité des biens et des personnes à un niveau international, de l'augmentation des flux commerciaux ainsi que de l'explosion des nouvelles technologies et moyens de communication.

Des liens clairs ont pu être établis entre le trafic de biens culturels et la criminalité organisée. Le vol, le recel ou même la contrefaçon d'oeuvres d'art sont la plupart du temps le fait de réseaux criminels. Les organisations criminelles sont devenue plus complexes, mieux organisées, plus performantes, jusqu'à prendre les apparences de véritables entreprises souterraines. Celles-ci interviennent à toutes les étapes du processus de « blanchiment » des oeuvres : le vol, le recel – qui implique souvent un déplacement géographique – et la réintroduction sur le marché après l'écoulement d'un certain laps de temps. Cette évolution a donné un caractère

global, mondial au trafic de biens culturels, avec l'éclosion de véritables réseaux de criminalité acheminant les biens de pays source vers des pays de marché ou de destination.

Il ne s'agit toutefois pas d'un problème concernant uniquement un petit nombre de pays : toutes les régions, toutes les cultures sont atteintes par ce fléau, car les objets rituels et les produits d'artisanat traditionnel sont atteints au même titre que l'art contemporain ou les objets archéologiques. Les biens circulent ainsi à l'échelle internationale entre des pays sources, tels la France, l'Italie, la Grèce ou Chypre, qui possèdent un patrimoine culturel abondant et de grande valeur, vers des pays où la demande pour ces produits est forte. Tel a par exemple été le cas pour des objets archéologiques volés par une bande organisée sur un site du sud de l'Italie, et retrouvés en Allemagne en octobre 2012 par les autorités italiennes. Ceux-ci, d'une valeur supérieure à 300 000 euros, avaient été revendus à un musée allemand. Ils ont pu être récupérés grâce à une enquête menée par les carabiniers italiens, en collaboration avec INTERPOL.

Faute de statistiques fiables dans ce domaine, il est pour le moment impossible de quantifier l'importance du trafic de biens culturels au niveau mondial. D'aucuns prétendent qu'il arriverait en troisième position après les trafics d'armes et de drogue. Cette affirmation ne repose toutefois sur aucun chiffre tangible car peu de pays sont en mesure de fournir des statistiques sur ce domaine. Les vols ne sont en effet pas toujours déclarés ni même connus par leur propriétaire, faute d'inventaire à jour. La protection des biens culturels n'est parfois pas non plus considérée comme une priorité dans les régions où les problèmes de sécurité sont majeurs et requièrent toute l'attention des forces de police. Les statistiques nationales fiables dans ce domaine ne sont donc pas fréquentes. Il existe cependant des indices signalant qu'il s'agit d'un trafic de grande ampleur, tant du point de vue géographique que par la quantité d'objets affectés et les bénéfices dégagés.

Nécessité d'une coopération policière pour lutter contre le trafic de biens culturels : le rôle d'INTERPOL

Cette mutation du trafic illicite de biens culturels a marqué un besoin d'évolution de l'activité policière. Les enquêtes présentant de plus en plus d'éléments transnationaux. Une collaboration entre les différentes autorités policières est devenue primordiale. La complexité ainsi que leur caractère parfois technique des méthodes d'investigation ont également créé un besoin pour une entité internationale capable de prodiguer conseil et expertise à ses membres. Le rôle d'INTERPOL en tant qu'organisation capable de réunir et de diffuser des informations policières ainsi que de mettre en contact les autorités de polices du monde s'en est trouvé renforcé.

Avec ses 190 pays membres, l'Organisation Internationale de Police Criminelle (OIPC) - INTERPOL, est la plus grande organisation de police au monde[1]. Son siège est situé à Lyon, mais l'Organisation compte également sept bureaux régionaux à travers le monde ainsi que des représentations auprès des Nations Unies, à New York, et de l'Union européenne, à Bruxelles. Chaque pays membre dispose d'un Bureau central national (BCN) reliant la police nationale au réseau INTERPOL ainsi qu'aux autres pays membres. Grâce au réseau I-24/7, un système mondial de communication sécurisé géré par INTERPOL, les pays membres sont maintenus en lien constant avec le Secrétariat Général et peuvent échanger des informations policières sensibles en toute sécurité.

La mission de l'Organisation consiste à faciliter la coopération policière au niveau international, même s'il n'existe aucune relation diplomatique entre les pays, et à apporter appui et assistance aux forces de l'ordre de tous ses pays membres. Son action s'inscrit dans le respect de l'esprit de la Déclaration Universelle des droits de l'homme[2]. De plus, la Constitution d'INTERPOL lui interdit strictement toute activité ou intervention dans des questions ou affaires présentant un caractère politique, militaire, religieux ou racial[3].

Dans le cadre de son mandat, INTERPOL gère et met à la disposition des forces de police du monde entier un ensemble d'outils et de moyens de communication. Parmi ces outils se trouvent les bases de données, telles que celles des empreintes digitales, des profils ADN, des oeuvres d'art volées, ou encore celles à contenu nominatif. Créée en 1995, la base de données des oeuvres d'art volées a pour but de centraliser les informations venant des pays membres et de les rendre accessible de la manière la plus large possible. La publicité de l'information sur les biens culturels volés est en effet une clef importante de la lutte contre ce trafic. C'est pourquoi, depuis 2009, INTERPOL a ouvert l'accès à cette la base de données au public.

En 2011, celle-ci contenait environ 40 000 enregistrements pour plus de 36 500 recherches effectuées dans l'année. La base de données fait également l'objet d'un projet d'extension et d'amélioration mené par avec l'unité spéciale des carabiniers italiens chargée de la protection du patrimoine culturel. L'impulsion de ce projet dénommé PSYCHE (*Protection SYstem for Cultural HEritage*) a été donnée par le Conseil de l'Union européenne au travers de ses conclusions relatives à la prévention et à la lutte contre le trafic illicite des biens culturels[4]. Une fois arrivé à terme, le projet permettra aux pays membres d'insérer directement des données dans la base et de simplifier la procédure de vérification d'objets par l'introduction d'un logiciel de comparaison d'images. Ces mesures devraient augmenter le nombre ainsi que la qualité des données sur les oeuvres d'art volées de manière significative.

En plus de cet outil, INTERPOL publie deux fois par an une affiche représentant des objets d'intérêt particulier ayant été volés récemment, maintient une liste d'oeuvres d'art saisies par la police mais non réclamées, dans le but d'en retrouver les propriétaires et organise des rencontres de groupes d'experts dans le domaine du vol des biens culturels. L'Organisation intervient également en amont du problème en apportant soutien et expertise à ses pays membres qui désirent améliorer la protection de leur patrimoine culturel.

Du fait de la nature transnationale de ce trafic ainsi que de son lien avec le crime organisé, INTERPOL s'intéresse de près au vol de biens culturels, et ce depuis de nombreuses années. En 1947, INTERPOL publiait déjà la première notice rouge sur une oeuvre d'art volée. En 1971, l'Assemblée Générale d'INTERPOL adoptait sa première résolution sur la protection des biens culturels et plus précisément la protection des transferts d'oeuvres d'art. Depuis lors, l'Assemblée Générale a adopté pas moins de onze résolutions dans ce domaine. La dernière en date a été adoptée à Rome en novembre 2012. Elle portait sur « l'amélioration de la coopération internationale et du développement de l'échange d'informations sur le trafic de biens culturels ».

Les instruments juridiques au service de la coopération policière dans la lutte contre le trafic de bien culturels

D'un point de vue international, la protection des biens culturels est assurée par de nombreux instruments internationaux, régionaux ou bilatéraux. Les plus connus sont la Convention de la Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954) ainsi que ses deux protocoles, la Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels (1970) et la Convention UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (1995). Il ne faut cependant pas négliger la Convention des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée 2000, qui est l'instrument principal de coopération internationale dans la lutte contre le crime organisé. Bien que n'ayant pas directement trait au domaine des biens culturels, cette convention est souvent applicable du fait de l'implication des réseaux criminels dans le trafic de ces biens.

En plus de ces conventions très générales, un certain nombre de domaines spécifiques sont traités dans la Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel (1972), la Convention pour la protection du patrimoine culturel subaquatique (2001) et la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003). Cette dernière marque l'évolution de la notion de patrimoine culturel vers un concept englobant non seulement les biens tangibles, mais également « les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir- faire [...] que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel[5]». Elle consacre donc la dématérialisation de la notion de patrimoine culturel et souligne son importance en tant que partie intégrante de l'identité des peuples.

Les instruments principaux de protection des biens culturels peuvent être répartis en deux grandes catégories : ceux visant la protection des biens en période de conflit, et ceux visant leur protection en temps de paix. Si le bien-fondé de cette division peut être discuté, elle reste toutefois la meilleure façon d'expliquer la construction du système juridique international ayant trait aux biens culturels.

– **Les instruments internationaux visant la protection des biens culturels en période de conflit**

- **La Convention de la Haye de 1954**

Cette Convention est le premier instrument international consacré exclusivement à la protection des biens culturels. Avec les deux protocoles qui lui sont rattachés, elle est également le seul instrument dédié entière-

ment à la protection les biens culturels en temps de conflit armé. Elle s'articule autour de deux principes : la sauvegarde des biens culturels, en temps de paix déjà, au travers de mesures préventives mise en place dans l'éventualité d'un conflit armé[6] ; et le respect de ces biens pendant la durée du conflit. Ce respect implique une interdiction faite aux Etats contractants d'utiliser les biens culturels à des fins qui pourraient mener à leur destruction ou détérioration, et leur impose de s'abstenir de tout acte d'hostilité à leur égard. Une dérogation à ces obligations peut toutefois être admise en cas de nécessité militaire impérative[7].

La définition des « biens culturels » protégés par la Convention est très large, car elle comprend les biens meubles et immeubles, ainsi que les édifices dont la destination principale est de conserver ou d'exposer des biens culturels, ainsi que les centres comprenant un nombre considérable de biens culturels[8].

En outre, cette convention revêt une certaine importance du fait que 124 pays, dont les Etats Unis, l'ont ratifiée.

Elle a également été à l'origine de deux protocoles. Le premier protocole, adopté en 1954 également, est relatif à la lutte contre l'exportation illicite et contre le trafic illicite de biens mobiliers suite à un conflit armé. Il prévoit l'obligation pour les parties contractantes de mettre sous séquestre les biens culturels importés sur leur territoire en provenance d'un territoire occupé, et de restituer aux autorités compétentes les biens culturels illicitement exportés de leur territoire. De plus, il prévoit que les biens culturels ne pourront jamais être retenus au titre de dommages de guerre. Cette convention, bien que notable pour l'avancée dans la lutte contre le trafic de biens culturel, a eu une efficacité très limitée car elle n'a que peu été mise en oeuvre par les 96 Etats l'ayant ratifiée.

Le second protocole, adopté à La Haye en mars 1999, a pour but de préciser et de renforcer la protection prévue par la Convention mère. Il crée ainsi un système de protection renforcée pour les biens culturels revêtant « la plus haute importance pour l'humanité ». Il instaure également un système de responsabilité pénale en cas de violation grave du protocole et prévoit des mesures concernant les poursuites, l'extradition et l'entraide judiciaire.

- **Les deux protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatifs à la protection des victimes des conflits armés internationaux**

Ces Protocoles contiennent certaines dispositions sur la protection des biens culturels. Le Protocole I établit notamment une protection des biens culturels et des lieux de culte en temps de conflit. Celui-ci interdit de commettre tout acte d'hostilité dirigé contre le patrimoine culturel ou spirituel d'un peuple, ainsi que d'utiliser ces biens dans un but militaire et de faire de ces biens l'objet de représailles[9]. De plus, les attaques contre le patrimoine culturel ou spirituel des peuples auquel une protection spéciale a été accordée[10] sont considérées comme une violation grave du Protocole, et qualifiés de crimes de guerre.

- **Les statuts des tribunaux internationaux**

Les statuts des tribunaux internationaux ont un certain nombre de dispositions concernant les saisies, destruction et endommagement délibérés aux biens culturels. C'est le cas par exemple du statut du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie qui, en son article 3.d, considère ces atteintes comme une violation des lois ou coutumes de la guerre, et du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui définit également comme crime de guerre « le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades ou des blessés sont rassemblés, à condition qu'ils ne soient pas des objectifs militaires »[11].

Par le passé, INTERPOL a prêté assistance à ses pays membres et aux tribunaux internationaux dans la poursuite des criminels ayant participé à des actes de pillages, destruction ou exportation illicites de biens culturels. Pour ce faire, INTERPOL leur offre notamment la possibilité de demander la publication d'une notice rouge à l'encontre de ces personnes. Les notices sont un système développé par INTERPOL pour attirer l'attention internationale sur des évènements ou des personnes d'intérêt. Elles sont divulguées dans tous les pays membres. Les notices rouges servent à demander l'arrestation provisoire en vue d'extradition d'un individu recherché. Les requêtes doivent être fondées sur un mandat d'arrêt ou une décision judiciaire.

INTERPOL s'est également engagé à plusieurs reprises dans la protection des biens culturels dans des situations de conflits armés ou au cours des périodes faisant suite à ces conflits. Son action vise à apporter toute l'assistance possible aux forces de l'ordre afin de, première-

ment, renforcer la sécurité des biens culturels menacés et deuxièmement, de lutter contre la soustraction de ces biens et le trafic illicite qui en est fait. Les dangers menaçants les biens culturels dans ces situations peuvent prendre la forme du pillage, de l'exportation illicite ou de la destruction pour des raisons idéologiques ou culturelles[12].

C'est la situation dans laquelle se trouve le patrimoine culturel syrien, sur lequel pèse une grave menace. Un appel à la vigilance face au pillage de mosaïques anciennes en Syrie a d'ailleurs été lancé par INTERPOL en mai 2012. Dans ce même communiqué, l'organisation appelait ses 190 pays membres à redoubler d'attention face au risque de trafic illicite de biens culturels syriens et s'associait à l'UNESCO pour déplorer la menace imminente qui pesait sur les vestiges romains, les sites archéologiques, les édifices historiques et les lieux de culte du pays[13]. L'organisation s'était par ailleurs déjà investie dans la protection du patrimoine en temps de conflit, notamment suite à l'invasion de l'Iraq en 2003 et des troubles de 2011 en Egypte, en Tunisie et en Libye. Elle s'était engagée de diverses manières, en participant à des missions d'évaluation sur place, en publiant des alertes, en inscrivant les objets volés dans la base de données ou encore en organisant des réunions d'experts internationaux. Les instruments juridiques susmentionnés constituent donc une base très concrète pour l'action d'INTERPOL dans ce domaine.

– **Les instruments internationaux visant la protection des biens culturels en temps de paix**

Parmi les instruments relatifs à la protection des biens culturels en temps de paix, les plus importants sont peut-être la Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels (1970) et la Convention UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (1995).

- **La convention UNESCO de 1970**

Cette convention mérite d'être citée comme un instrument phare de la lutte contre le trafic de biens culturels. Elle poursuit un double objectif : encourager les Etats à protéger leur patrimoine culturel, et mettre en place une coopération internationale visant au retour des biens culturels volés, illicitement importés ou exportés. Les biens culturels y sont définis comme des « éléments fondamentaux de la civilisation et de la culture des peuples », faisant à ce titre partie intégrante de l'identité de ces peuples. Cet élément identitaire est important pour la compréhension de la nature de l'atteinte que représente le commerce illicite de biens culturels, non pas seulement à l'encontre de la personne qui en est le propriétaire légitime, mais également à l'encontre du peuple auquel il se rattache ainsi qu'à l'humanité entière par effet de ricochet.

La définition que donne la Convention des biens culturels est très large. Elle comprend non seulement les biens d'intérêt artistique, historique ou archéologique, mais également par exemple le matériel ethnologique, zoologique ou botanique. Pour être considéré en tant que tels, les biens culturels doivent cependant avoir été désignés par chaque Etat, présenter une importance particulière et appartenir à l'une des catégories listées dans la convention[14]. Si, en outre, le bien présente un lien particulier avec l'Etat – du fait de son importance symbolique par exemple – il pourra être considéré comme faisant partie du patrimoine culturel de l'Etat[15].

La signature de la convention engage les Etats parties à prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les biens culturels situés sur leur territoire, ce qui inclut notamment l'adoption de textes législatifs, la tenue d'un inventaire national, la surveillance des sites de fouilles, etc. Afin de prévenir l'exportation illicite, la Convention prévoit un système de certificat d'exportation devant accompagner le bien dans ses déplacements. Une attention particulière est apportée aux musées auxquels il est strictement interdit d'acquérir des biens culturels illicitement exportés. Les Etats s'engagent également à interdire l'importation de biens culturels volés, et à prendre des mesures appropriées pour saisir et restituer ces biens à leur Etat d'origine. Il est prévu que les requêtes de saisies et de restitution se fassent au travers de la voie diplomatique. Des sanctions pénales ou administratives sont également prévues par la Convention.

Tout en reconnaissant l'importance de cette convention pour la coopération internationale en la matière, force est de constater qu'elle n'a pas réussi à apporter complète satisfaction dans tous les domaines, notamment celui de la restitution des objets volés et illicitement exportés. Celle-ci est en effet prévue par la voie diplomatique, ce qui ne permet pas d'assurer le succès de la procédure, qui dépend encore

beaucoup du bon vouloir des parties. De plus, il est important de noter que la Convention n'est pas d'application directe, ce qui signifie qu'elle nécessite d'être transposée dans la législation nationale au moyen d'une norme interne. Or, certains Etats ayant ratifié la Convention n'ont toujours pas adopté de normes d'application, ce qui la prive d'effet au niveau national. Un consensus n'a pas non plus pu être atteint autour de la notion d'exportation illicite. Certains Etats considèrent en effet comme licite une exportation qui est jugée illicite dans un autre Etat, ce qui peut mettre un frein considérable ou même empêcher une coopération internationale sur le sujet. Des critiques ont également parfois été émises sur le fait que la Convention n'a pas d'effet rétroactif, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas s'appliquer à des faits antérieurs à son adoption. Or, certains Etats ont eu à souffrir de pillage intensif avant l'adoption de la Convention. Ils regrettaient donc de ne pas pouvoir utiliser cet instrument pour demander le retour de leur patrimoine culturel. Tel est par exemple le cas de l'Egypte, dont le patrimoine a été pillé au cours de différentes invasions et à l'occasion d'expéditions archéologiques, et dont une partie se trouve actuellement dans des musées étrangers ; tel est également le cas de la Grèce qui se dispute encore aujourd'hui la propriété des fameux marbres du Parthénon avec le Royaume-Uni.

- **La Convention UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (1995)**

Cette convention a été rédigée par l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT), sur la demande de l'UNESCO pour pallier les difficultés rencontrées dans l'application de la Convention de 1970. Son but, affiché dans le préambule, est d'établir « un corps minimum de règles juridiques communes aux fins de restitution et de retour des biens culturels entre les Etats contractants ». Elle prévoit une définition plus large encore des biens culturels, car ceux-ci n'ont plus besoin d'être identifiés par l'Etat ou d'être contenus dans des inventaires nationaux. Elle introduit la possibilité pour les particuliers de demander la restitution de biens culturels volés. De plus, le recours systématique à la voie diplomatique est également remplacé par un recours direct aux tribunaux nationaux ou à toute autre autorité compétente (art. 5.1).

Elle est également beaucoup plus rigoureuse sur le retour des biens culturels, car elle affirme que « le possesseur d'un bien culturel volé doit le restituer[16]». Il y a donc automaticité de la restitution, même dans le cas où le possesseur ignorait ou n'aurait pas dû raisonnablement savoir que le bien avait été volé. d'un bien culturel volé doit le restituer[16] ». Il y a donc automaticité de la restitution, même dans le cas où le possesseur . Cette solution, qui est prônée par les Etats de droit de *Common Law*, s'oppose au principe de l'acquisition de bonne foi consacré par de nombreux systèmes de droit civil. Seule une « indemnité équitable » pourra être versée à ce possesseur, à condition qu'il puisse prouver qu'il ait agit avec la diligence requise lors de l'acquisition[17]. La présomption de la bonne foi est donc renversée, ce qui signifie que le fardeau de la preuve appartient au possesseur de l'objet.

La Convention différencie également entre « restitution » d'un bien volé, et « retour » d'un bien illicitement exporté. Au travers de la notion de retour, elle reconnaît donc implicitement le principe d'application du droit public étranger en matière culturelle. Or ce principe est toujours largement controversé sur la scène internationale.

Il s'agit donc d'un instrument extrêmement novateur, strict et exigent pour ses signataires. Il prend résolument le parti de la protection de la propriété des biens culturels et du retour ou de la restitution des biens à leur propriétaire d'origine. C'est à cause de cette rigueur que la Convention UNIDROIT de 1995 n'a été que peu signée par les Etats où le marché de l'art est très développé, par crainte que cela ne constitue un frein trop important au commerce. La possibilité de devoir restituer un bien, même acquis de bonne foi, constitue en effet une épée de Damoclès, tant pour les marchands que pour les acquéreurs. En revanche, et justement à cause de cette grande rigueur, la Convention a remporté un vif succès parmi les « pays sources » que sont par exemple la Grèce, l'Italie ou Chypre. Le nombre des signataires à la Convention reste cependant restreint. Il ne s'élevait qu'à 33 le 28 novembre 2012.

- **La Convention des Nations Unies contre la Criminalité Transnationale Organisée[18] (UNTOC)**

La Convention adoptée à Palerme en 2000 est le principal instrument de coopération internationale dans le domaine de la criminalité organisée. Bien que n'étant pas exclusivement dédiée au trafic de biens culturels, elle est une base juridique précieuse pour la coopération poli-

cière internationale lorsque celui-ci est effectué par une bande organisée. La Convention définit en effet certaines infractions, comme la participation à un groupe criminel organisé (art. 5) ou le blanchiment du produit du crime (art. 6) et établit un cadre normatif pour l'extradition (art. 16), l'entraide judiciaire (art. 18) et la coopération policière internationale (art. 27). INTERPOL est par ailleurs cité nommément à l'article 18.13 comme une voie possible de communication entre les Etats partie dans les cas urgents d'entraide judiciaire.

Dans sa résolution 2011/42, se référant à l'adoption de la convention UNTOC, le Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC) demandait d'ailleurs également à l'UNODC de travailler étroitement avec l'UNESCO et INTERPOL pour, entre autres, promouvoir des bonnes pratiques dans le cadre de la coopération internationale, développer l'assistance judiciaire en matière de protection des biens culturels et sensibiliser les Etats membres à cette problématique. En cela, elle confirme le rôle d'INTERPOL comme organisation clef en matière de coopération policière internationale dans les domaines de la criminalité organisée.

– **Les instruments de l'Union européenne de protection des biens culturels**

Outre les instruments internationaux susmentionnés, l'Union européenne s'est également dotée d'un cadre juridique en la matière[19]. En cela, elle fonde son action sur sa compétence relative au marché intérieur. Une compétence subsidiaire dans ce domaine lui est également accordée par l'article 167 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). De plus, en vertu de l'article 82.2 TFUE, l'Union européenne dispose également d'une compétence en matière de coopération judiciaire pénale.

- **Le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne**

Ce Traité pose le principe de la libre circulation des marchandises et de l'interdiction des restrictions quantitatives[20]. Les biens culturels étant des marchandises d'un point de vue juridique[21], ils devraient donc pouvoir circuler librement au sein des Etats membres. Une exception est cependant prévue à l'article 36 TFUE en ce qui concerne la protection des « trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ». Pour être considérés comme tels, il doivent cependant appartenir à l'une des catégories visées à l'annexe de la directive et faire partie intégrante des collection publiques figurant sur les inventaires des musées, des archives et des fonds de conservation des bibliothèques ou des inventaires des institutions ecclésiastiques.

Des dispositions supplémentaires exclusivement consacrées à la circulation des biens culturels ont cependant été adoptées au travers de la Directive 93/7/CEE du 15 mars 1993[22] relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre et du Règlement 3911/92 du 9 décembre 1992 concernant l'exportation de biens culturels, abrogé et remplacé par le Règlement (CE) n° 116/2009 du Conseil du 18 décembre 2008.

- **La Directive 93/7/CEE du 15 mars 1993**

Cette Directive établit un mécanisme de restitution des biens culturels entre Etats membres de l'Union européenne. Elle poursuit le double but de restitution des biens culturels illicitement exportés et de création d'un cadre pour la coopération administrative entre les Etats membres dans le domaine de la lutte contre les exportations illicites de biens culturels[23] L'esprit de la Directive rappelle celui de la Convention UNIDROIT (1995), car elle prône l'automaticité du retour des biens culturels[24], assortie d'une indemnité accordée au possesseur de bonne foi.[25]

La Commission a publié trois rapports sur l'application de la Directive au Conseil, respectivement en 2000, 2005 et 2009[26]. Dans ces rapports, elle souligne que la Directive est perçue comme un outil utile, certes, mais encore insuffisant pour faire face à l'ampleur commerce illicite de biens culturels. Les coûts élevés de sa mise en pratique ainsi que la complexité administrative rend son utilisation peu pratique[27]. A l'occasion du troisième rapport de la Commission, la Grèce regrette par exemple « les carences de la coopération administrative au niveau européen[28] ». Malgré la désignation par chaque Etat membre d'une autorité centrale chargée de coordonner et recueillir les informations disponibles, la Grèce souligne leur manque d'efficacité pratique et affirme avoir reçu la quasi-totalité de ses informations par l'intermédiaire d'INTERPOL. Le Portugal souligne également que « la sauvegarde du patrimoine culturel sera plus efficace si toutes les autorités compétentes coopèrent aussi avec INTERPOL et EUROPOL[29] ». Suite à ces remarques, un groupe de travail *ad hoc* a été formé au sein du comité pour l'exportation et la restitution de biens culturel en charge, afin de recenser les problèmes posés et de proposer une révision de la Directive.

- **Le Règlement (CE) n° 116/2009 du Conseil du 18 décembre 2008**

Ce Règlement prévoit, quant à lui, des dispositions visant à assurer un contrôle uniforme des exportations de biens culturels à l'extérieur de l'Union européenne. Pour ce faire, il met en place un système de licence d'exportation délivrée par les autorités compétentes. Celle-ci doit être présentée aux autorités douanières en complément de la déclaration d'exportation. Les biens auxquels cette obligation s'applique sont listés en annexe du Règlement.

Le premier rapport de la Commission sur l'application du Règlement ne fait état d'aucune difficulté majeure rencontrée par les Etats membres dans la mise en oeuvre de cet instrument. Le système de licence à l'exportation est utilisé assez largement, bien que de manière disparate, par les Etats membres. Certains déplorent cependant également le manque de coopération administrative à l'intérieur de l'Union européenne. Référence est à nouveau faite dans ce contexte à la possibilité d'avoir recours, au niveau international, à des organes tels qu'EUROPOL et INTERPOL[30].

Pour compléter cet ensemble d'instruments internationaux et régionaux, un certain nombre d'Etats ont également négocié des accords multilatéraux et bilatéraux en matière de trafic de biens culturels.

Tous ces instruments constituent la base et le ciment de l'action d'INTERPOL en matière de lutte contre le trafic de biens culturels. Ils rendent possible la coopération policière internationale et légitiment l'engagement de l'Organisation dans ce domaine, tant d'un point de vue préventif que répressif, en temps de conflit et en temps de paix, et que les coupables soient des chefs de guerre, des pillards, des individus isolés ou encore des bandes organisées. Ils encouragent et soutiennent le développement des outils techniques d'INTERPOL tel que la base de données des oeuvres d'art volées et reconnaissent l'importance de l'expertise que l'Organisation apporte à ses pays membres. Les instruments juridiques susmentionnés sont donc le fondement concret et la base indispensable de la coopération policière menée par INTERPOL en matière de lutte contre le trafic de biens culturels.

Or, après en avoir étudié les principaux éléments constitutifs, il est possible de dire que le tissu juridique relatif au trafic de biens culturels est relativement dense et qu'on ne peut pas regretter de lacune normative en la matière. Bien sûr, ces instruments peuvent toujours être améliorés, et il y aurait encore beaucoup à faire pour pousser les Etats à ratifier les instruments existants et à les mettre en oeuvre, mais on ne peut parler de vide juridique.

A l'avenir, la communauté policière internationale aura cependant sans doute à affronter de nouveaux défis qui requerront peut-être des bases juridiques plus adaptées. Nous pourrions par exemple mentionner le problème grandissant des ventes sur internet de biens volés ou contrefaits, et toute la complexité que l'usage de cette technologie, transnationale par nature, implique pour la conduite des investigations. Il est cependant indéniable que les nouvelles formes de criminalité, et cet exemple le démontre, nécessiteront une coopération policière internationale accrue et efficace.

Notes :

1) Argentine, Cameroun, Côte d'Ivoire, El Salvador, Kenya, Thaïlande et Zimbabwe.

2) Art. 2 de la Constitution d'INTERPOL.

3) Art. 3 de la Constitution d'INTERPOL.

4) http://www.eu2008.fr/webdav/site/PFUE/shared/import/1127_JAI/Conclusions/Conseil_JAI_Conclusions_Trafic_illicite_biens_culturels_FR.pdf

5) Art. 2 de la Convention pour la sauvegarde de patrimoine culturel immatériel (2003).

6) Art. 3 de la Convention de la Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954).

7) Art. 4 de la Convention de la Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954).

8)Art. 1 de la Convention de la Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954).

9) Art. 53 du 1er Protocole aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux.

10) Cette protection spéciale peut provenir d'une « organisation internationale compétente », telle l'UNESCO.

11) Art. 8. b. ix du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

12) Voir aussi la Déclaration de l'UNESCO concernant la destruction intentionnelle du patrimoine culturel (2003), disponible sur le site : http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=17718&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

13) http://www.interpol.int/fr/Internet/Centre-des-médias/Nouvelles-et-communiqués-de-presse/2012/N20120521

14) Art. 1 de la Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels (1970).

15) Art. 4 Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels (1970).

16) Article 3.1 Convention UNIDROIT (1995).

17) Article 4.1 Convention UNIDROIT (1995).

18) La Convention compte 176 Etats parties en novembre 2012.

19) C'est également le cas pour d'autres entités régionales, telles que la Communauté Andine (avec notamment la création en 2004 du *Comité Andino de Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*), l'Union africaine (Charte de la Renaissance culturelle africaine de 2006) ou encore le Commonwealth (*Commonwealth Scheme for the Protection of the Material Cultural Heritage* (1993).

20) Voir articles 34 et 35 TFUE.

21) Opinion précisée dans l'arrêt CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, aff. 7-68, Rec., p. 617.

22)Voir aussi ses modifications : Directive 96/100/CE du 21 mars 1997 et Directive 2001/38/CE du 30 juillet 2001.

23) Voir article 1er de la Directive 93/7/CEE. Il n'est pas question ici de vol, car les aspects tant civils que pénaux de cette notion relèvent de la compétence des Etats membres.

24) Voir articles 2 et 5 de la Directive 93/7/CEE.

25) Voir article 9 de la Directive 93/7/CEE.

26) Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur l'application du règlement (CEE) n° 3911/92 du Conseil concernant l'exportation de biens culturels et de la directive 93/7/CEE du Conseil relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre : COM(2000) 325 du 25.5.2000, COM(2005) 675 du 21.12.2005 et COM(2009) 408 du 30.7.2009.

27) COM(2009) 408 du 30.7.2009.

28) Idem, p. 7.

29) Idem, p. 7

30) Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen relatif à l'application du règlement (ce) n° 116/2009 du conseil du 18 décembre 2008 concernant l'exportation de biens culturels : COM(2011) 382.

DOCTRINE

LE TRAFIC DE FAUX MÉDICAMENTS DANS LES BALKANS

CYRILLE BAUMGARTNER[1]

COORDONNATEUR DU PÔLE INTERMINISTÉRIEL ANTI-CRIMINALITÉ EN EUROPE DU SUD-EST

LOUIS-MARIE ELIE[2]

ATTACHÉ DOUANIER RÉGIONAL AU SEIN DU PÔLE RÉGIONAL DE LUTTE CONTRE LA CRIMINALITÉ ORGANISÉE EN EUROPE DU SUD-EST (PÔLE DE BELGRADE)

Cet article a été réalisé à partir de deux études menées par le pôle de Belgrade.

Le pôle de Belgrade est une structure interministérielle française, dont le siège a été transféré de Zagreb à Belgrade en septembre dernier. Coordonnée par un diplomate, Cyrille Baumgartner, cette structure comprend également un attaché douanier, Louis-Marie Elie, et un magistrat de liaison, Alain Gaudino. Son action principale consiste à mener des études de terrain, régionales et multidisciplinaires, sur des phénomènes liés à la criminalité organisée dans les Balkans et susceptibles d'affecter notre sécurité intérieure.

La première étude du pôle sur les faux médicaments, diffusée en juin 2011, a porté sur cinq pays balkaniques slavophones : la Croatie, la Serbie, le Monténégro, la Bosnie et la Bulgarie. Cette étude a donné lieu en novembre de la même année à un séminaire international. Tenu à Belgrade et financé à parité par des compagnies du secteur pharmaceutique et l'Onudc de Vienne, ce séminaire a réuni quelque 60 responsables et spécialistes nationaux et multilatéraux du sujet, dans les secteurs de la police, des douanes, de la justice et de la santé publique et privée. La deuxième étude du pôle sur ce thème, achevée au dernier trimestre 2012, porte sur les trois pays albanophones de la région : Albanie, Macédoine (Arym), Kosovo. Elle donnera lieu dans la mesure du possible à un nouveau séminaire international de sensibilisation, en 2013.

L'ensemble formé par ces deux études permet d'apporter un éclairage inédit sur la problématique du trafic de faux médicaments dans toute la zone des Balkans.

Le trafic de faux médicaments au niveau mondial

Encore relativement nouveau et mal appréhendé, le trafic de faux médicament constitue un phénomène criminel majeur au niveau mondial. Son impact sur la santé et la vie humaines se chiffrerait en plusieurs centaines de milliers de victimes par an selon les données rapportées par les organisations internationales ; on estime ainsi à 200 000 le nombre de décès imputables chaque année aux seuls faux médicaments contre le paludisme, essentiellement sur le continent africain. Même si ces estimations, fondées sur les observations de l'industrie pharmaceutique, doivent être prises avec précaution, elles fournissent un ordre de grandeur du phénomène. Le trafic de faux médicaments apparaît, de loin, comme le plus meurtrier au niveau mondial. Ses profits seraient également colossaux, de l'ordre de 75 Mds dollars par an selon Interpol, soit un chiffre d'affaires comparable à celui de la traite des êtres humains. C'est un trafic particulièrement attractif pour les criminels, car le médicament falsifié ne coûte pas cher à produire, à la différence de la drogue par exemple, et le risque encouru est faible ; les peines applicables sont peu élevées, et les poursuites sont rares. Le trafic de faux médicaments est rarement considéré comme une priorité par les forces de l'ordre et par la justice.

Face à ce constat, la communauté internationale a commencé à se mobiliser. La Convention Médicrime, ouverte à signature le

28 octobre 2011, est le premier instrument de droit pénal traitant spécifiquement de cette question. Cet instrument, négocié au sein du Conseil de l'Europe mais ouvert à tous les Etats, harmonise la définition et les niveaux de sanction de cette infraction et instaure des règles en matière de coopération judiciaire, prévention et protection. A ce jour, cette convention a été signée par 21 Etats, et ratifiée par un seul d'entres eux. Il faut un minimum de cinq ratifications pour qu'elle entre en vigueur. Aucun Etat balkanique n'y a encore adhéré.

La France, qui a joué un rôle moteur dans la négociation de cette convention, est de façon plus générale à la pointe du combat international contre ce fléau, ainsi qu'en témoignent l'action de la fondation Chirac (appel de Cotonou pour le renforcement de la coopération internationale contre les faux médicaments et un accès généralisé aux médicaments de qualité) et diverses initiatives régionales en Afrique et en Asie du sud-est par exemple.

Dans ce contexte, le Pôle de Belgrade a souhaité apporter sa contribution à l'action internationale et singulièrement aux efforts de la France, en établissant un diagnostic jusque-là inexistant sur l'état de cette question dans les Balkans.

Les principales caractéristiques du trafic de faux médicaments dans les Balkans

- **Les produits concernés relèvent essentiellement de la catégorie dite de «confort»**, soit, en premier lieu, des médicaments destinés à remédier aux dysfonctionnements érectiles du type Viagra ou Cialis, et dans une moindre mesure des anabolisants, des produits amincissants...

Cette constatation recoupe logiquement celle effectuée au niveau mondial, qui conduit à distinguer entre les pays en développement, où les produits falsifiés sont de type « essentiel », c'est-à-dire destinés à traiter les pathologies graves (paludisme, malaria, tétanos, sida...), du fait des carences des systèmes d'assurance santé, et ceux économiquement plus avancés, dans lesquels ce trafic porte sur les produits de « confort ».

Dans chacun des pays visés par l'étude, l'accès aux médicaments (et aux traitements) pour les maladies graves est pris en charge par l'Etat. Il n'y a donc pas d'espace pour les trafics. La situation est bien évidemment différente pour les produits de « confort ». Ceux-ci sont disponibles dans le circuit légal des pays balkaniques, en principe sur présentation d'une ordonnance, mais cette règle est assez facile à contourner dans la pratique. Ces produits sont chers ramenés au pouvoir d'achat local, de 2,5 à 10 euros le cachet selon les pays, et les pharmaciens, qui réalisent une marge de profit appréciable sur ceux-ci de l'ordre de 20 à 25 %, se montrent souvent accommodants. Le Pôle de Belgrade s'est ainsi procuré sans prescription une boite de Viagra dans plusieurs pharmacies de la région visitées au hasard. Selon les autorités policières locales, le prix peut être de 5 à 10 fois moins cher sur le marché parallèle.

Il y a donc une motivation économique pour l'achat de faux médicaments. S'ajoute à cela un facteur socio-culturel ; nombre d'utilisateurs sont tentés par l'anonymat de commandes et livraisons dématérialisées. De fait, la majeure partie des affaires portées à la connaissance du Pôle, repose sur un schéma de distribution impliquant internet (ou les petites annonces de presse) et la poste. Ceci n'est pas pour autant un gage de l'invulnérabilité de la chaîne légale de distribution, comme l'attestent plusieurs cas recensés dans divers pays de la région (circulation de faux médicaments en pharmacie ou dans des centres médicaux). Le Pôle de Belgrade lui-même s'est vu délivrer un cachet de faux viagra dans une pharmacie de l'une des capitales de la région. De façon générale, il semble que la circulation des faux médicaments dans le circuit légal soit plus fréquente dans les pays albanophones (Albanie, Kosovo, voire Macédoine) tandis qu'elle s'organiserait principalement sous une forme dématérialisée dans les pays slavophones (Croatie, Serbie, Monténégro, Bosnie, Bulgarie).

- **Aucun pays balkanique n'est épargné par le trafic des faux médicaments**

Selon les données douanières, policières et judiciaires portant globalement sur la période 2009 -2012, la situation se présente ainsi :

- trois voire quatre procédures judiciaires et une enquête préliminaire en cours en Serbie ;

- une enquête judiciaire en cours en Croatie, et d'importantes saisies par les douanes (plusieurs milliers de doses à chaque fois, notamment de faux Viagra) ;

- une enquête policière en Bosnie, et une saisie douanière (4 000 comprimés de faux Viagra) ;

- une enquête judiciaire en cours au Monténégro ;

- saisies douanières et policières fréquentes, trois enquêtes judiciaires en cours en Bulgarie (faux Viagra et Cialis, «kamagra») ;

- plusieurs saisies et procédures judiciaires, passées et en cours, en Macédoine ;

- une affaire judiciaire classée en Albanie (faux Viagra) ;

- aucune saisie ni procédure au Kosovo (bien que les faux y circulent).

Au-delà de ce constat commun par lequel les faux médicaments circulent dans la zone balkanique, plusieurs observations se dégagent :

- une disparité frappante dans le volume des saisies douanières entre les pays. D'un point de vue géographique, logistique ou encore économique, aucune raison ne permet d'expliquer l'écart constaté entre par exemple la Croatie et la Macédoine, où les douanes saisissent beaucoup et régulièrement des faux médicaments, et le Kosovo et l'Albanie, où la situation est inverse. Ce constat soulève un problème de contrôle.

- une corrélation insatisfaisante entre saisies et enquêtes. En Croatie, Serbie et Bosnie, les saisies douanières de faux médicaments réalisées ces dernières années, portant parfois sur des volumes importants, n'ont donné lieu à aucune enquête ni poursuite judiciaire connue. Il en résulte un manque de suivi au plan judiciaire et un manque de travail sur les filières.

- le caractère importé des produits falsifiés dans la majorité des cas. L'origine des faux médicaments, lorsqu'elle a pu être établie, est asiatique, chinoise précisément et indienne dans un cas. Cette observation confirme celles réalisées au niveau international, selon lesquelles la Chine est le premier producteur au monde de faux médicaments. Mais l'absence apparente dans les Balkans des grands producteurs slaves – Russie et Ukraine - , interpelle, alors que de nombreuses conditions sont réunies pour une situation inverse (relative proximité géographique, connexions criminelles, alphabet –cyrillique - pour les notices). De même la question de l'existence d'une capacité locale de production, si elle n'a pas été démontrée à ce jour, reste posée. Il existe dans plusieurs pays de la région des capacités chimiques pour la production de drogue (précurseurs pour la transformation du pavot en héroïne ou pour la fabrication de drogues de synthèse), qui pourraient sans grande difficulté être utilisées pour la fabrication de faux médicaments.

- Les capacités en termes d'analyse chimique posent problème dans certains pays. Dans chacun des pays de la zone, il existe une agence nationale des médicaments. Dirigées par des professionnels reconnus, ces agences disposent généralement de laboratoires d'analyses chimiques performants en mesure de démontrer l'existence de faux. Il existe cependant des lacunes : dans l'un des pays de la région, le laboratoire national n'a pas les capacités techniques pour le faire bien qu'il soit le seul habilité par la loi à procéder à la détection de faux ; dans un autre pays, le laboratoire national est en mesure de détecter l'existence de faux, et il y est parvenu à diverses reprises, mais ses résultats n'ont pas valeur probante devant les tribunaux ; dans un autre pays encore, les résultats, même positifs ne parviennent pas à la justice…

- S'ajoute à cela un problème spécifique de contrôle de stocks des produits saisis dans un pays au moins de la zone, en l'absence de moyen de destruction.

Faiblesses des dispositifs de contrôle et de répression des pays balkaniques en matière de faux médicaments

Les dispositifs de contrôle et de répression accusent des faiblesses, certes variables selon les Etats, mais dont ce trafic ne peut que profiter globalement.

Les principales difficultés rencontrées peuvent se résumer ainsi :

- **Des moyens insuffisants**

Les moyens de cyber-surveillance, qui constituent un instrument privilégié au plan policier et douanier pour la détection des trafics de faux médicaments, sont très limités dans la région. Dans l'un des pays visités, l'unité en charge de cette surveillance repose sur un seul agent. La situation n'est pas fondamentalement différente dans les autres pays concernés, les principales exceptions étant la Serbie et l'Albanie, où les unités centrales contre la cybercriminalité sont mieux dotées en moyens et personnels. De façon plus générale, il convient de relever que dans aucun pays de la zone, la police n'a jamais découvert d'initiative le moindre trafic de faux-médicaments.

- **Un manque général de sensibilisation, voire de volonté**

la plupart des interlocuteurs rencontrés par la mission – près de trente personnes au total - ont reconnu devoir dans la pratique se concentrer sur d'autres types d'affaires, et n'avaient en général qu'une connaissance approximative des dispositions pénales applicables. L'analyse des saisies douanières est également éclairante. D'une part, une quantité importante de produits saisis, notamment pour importation en contrebande, ne donnent pas lieu à analyse. Et d'autre part, les faux médicaments saisis n'ont jamais donné lieu à en-

quête ou poursuite.

- **Un défaut d'organisation et de coordination**

Les relations entre les autorités répressives et les agences nationales du médicament ne sont pas assez suivies. En premier lieu, les agences ne sont pas suffisamment saisies en amont, aux fins d'analyse, et en second lieu, elles ne sont pas tenues informées des suites des affaires portées à leur connaissance, à l'exception de la Serbie. Dans un cas exposé ci-dessus, il est même arrivé que le résultat positif d'une analyse ne soit pas exploité au niveau judiciaire. Cette situation est d'autant plus regrettable que les agences du médicament dans cette région sont presque toujours dirigées par des professionnels avertis. Dans un contexte général de faible sensibilisation au sujet, ces organes seraient en mesure, s'ils étaient mieux informés, d'effectuer la synthèse qui fait défaut.

Des pistes d'action peuvent améliorer la situation

Dans ce contexte, il est clair que des marges de progression existent. Trois pistes d'action au moins peuvent être identifiées pour améliorer la situation :

- **Le renforcement des moyens de contrôle**

En effet, les moyens de contrôle, devraient être renforcés tous corps confondus : douanes (par exemple à travers l'instauration de contrôles aléatoires hors des passages frontières), policiers (notamment en intégrant la problématique des médicaments dans la cyber-surveillance), sanitaires (en diffusant des meilleures pratiques pour inspirer plus d'efficacité dans les inspections), compagnies pharmaceutiques (en demandant l'enregistrement de leurs marques auprès des institutions chargées de la protection intellectuelle).

- **La coordination interministérielle**

La coordination interministérielle est à améliorer. Le rôle des agences nationales du médicament paraît central à cet égard, d'une part vis-à-vis des services des douanes et de police (qui devraient leur soumettre de façon beaucoup plus systématique des échantillons des produits saisis), et d'autre part vis-à-vis des services judiciaires (afin d'engager les enquêtes et la procédure pénale). Ceci implique également un renforcement des laboratoires de santé publique, soit en termes de capacités d'analyses, soit en termes de statut judiciaire

- **L'adhésion des Etats à la Convention MÉDICRIME**

Les Etats devraient être invités à adhérer dans les meilleurs délais à la Convention Médicrime. Même si les problèmes rencontrés dans la zone sont plus de type opérationnel que normatif, une signature de la convention par ces pays serait le signe que la lutte contre les faux médicaments accède au rang de priorité. Elle serait de nature à susciter la mobilisation des services répressifs au plan interne, tout en contribuant à la promotion de l'instrument au plan international.

Notes :

[1] Cyrille BAUMGARTNER, 46 ans, a servi à l'étranger notamment à Rome en tant que premier secrétaire et à Montévidéo et Sofia en qualité de premier conseiller. A l'administration centrale du Quai d'Orsay, il a été le responsable du dossier justice et affaires intérieures à la Direction de l'Union européenne. Il est actuellement en fonction à Belgrade, son troisième poste balkanique après Sofia et Zagreb. Il coordonne le Pôle anti-criminalité depuis deux ans.

[2] Louis-Marie ELIE, 43 ans, a servi en France au sein de diverses unités de surveillance notamment la Direction nationale du renseignement douanier. A l'étranger, il a participé à deux missions européennes, à Rafah (Eubam, Palestine) et au Kosovo (Eulex). Il est actuellement en fonction à Belgrade, son troisième poste balkanique après Pristina et Zagreb. Il occupe acles fonctions d'Attaché douanier régional au sein du Pôle de Belgrade.

LA REVUE DU GRASCO

Centre du Droit de l'entreprise Université de Strasbourg

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

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

Adresse mail : GRASCO@sfr.fr

Directeur de la Publication : Chantal CUTAJAR

Directrice adjointe du GRASCO : Jocelyne KAN

Rédacteur en chef : Gilbert BREZILLON

Conception - Réalisation : Sébastien DUPENT

LA CERTIFICATION DES DISPOSITIFS DE PRÉVENTION DE LA CORRUPTION

PHILLIPE LESOING*

DIRECTEUR DE DÉVELOPPEMENT D'AFFAIRE CHEZ SGS DANS LES SERVICES LIÉS À LA PRÉVENTION DE LA CORRUPTION

CELESTE CORNU*

DIRECTEUR DES OPÉRATIONS DES SERVICES LIÉS À LA PRÉVENTION DE LA CORRUPTION AU SEIN DU GROUPE SGS CTS

La corruption, le fait de proposer, promettre ou donner un avantage financier ou autre à une personne (privée ou publique) de façon à ce que cette personne ait une performance dégradée - c'est-à-dire une performance en-deçà de ce qu'on peut attendre d'une personne agissant de bonne foi, avec impartialité dans le cadre de ses responsabilités [1] - a toujours été condamnée dans la plupart des pays. Les citoyens attendent que les marchés soient attribués sur des notions d'équité, de bien commun, de meilleurs rapports qualité-prix-délai et non pas pour satisfaire des intérêts particuliers. En revanche pendant longtemps, les entreprises étaient autorisées à payer des commissions dans des pays étrangers pour contribuer à l'obtention de marchés publics. Il était admis que cela était la « pratique locale » et que s'y conformer était un « mal nécessaire ».

Il est aujourd'hui avéré que ces pratiques contribuent largement à désorganiser les pays en voie de développement, à maintenir en place des régimes autoritaires qui spolient leurs populations, à cautionner des projets désastreux du point de vue environnemental, sanitaire et/ou économique. Sous la pression de la communauté internationale, et en particulier des Etats-Unis, est apparue l'infraction de « corruption d'agent public étranger ». Il n'est alors plus seulement interdit d'influencer un agent public de son pays d'origine mais il devient aussi interdit d'influencer des agents publics dans les pays étrangers – et ce même si les pays en question n'ont pas de dispositions légales particulières contre la corruption (voir les réglementations américaines et britanniques). Le tournant majeur à ce titre a été l'adoption de la convention de l'OCDE en 1997 (ratifiée par la France en 1999) [2]. Ce texte prévoit que les pays membres de l'OCDE condamnent la corruption d'agents publics étrangers que cette dernière soit directe ou indirecte, c'est-à-dire réalisée par des tiers.

La particularité de cette convention OCDE est de faire porter la responsabilité pénale sur ceux qui acceptent de payer des pots-de-vin et autres avantages indus – au premier rang desquels les entreprises. Cela crée donc des obligations pour les entreprises qui doivent être en mesure de s'assurer que leurs employés, quels que soient leurs nationalités et lieux d'intervention, ne paient jamais de pots-de-vin inappropriés. Et ces dernières doivent être en mesure de le démontrer.

Un corpus de recommandations internationales

Une fois posée la nécessité pour les entreprises de prévenir la corruption, l'évolution jurisprudentielle, réglementaire et normative a consisté à décrire, préciser et détailler ce que les entreprises devaient mettre en oeuvre pour lutter contre la corruption. Les principaux documents constituant le corpus de ces « bonnes pratiques internationales » ont été proposées par des institutions internationales, des organisations non gouvernementales, des instituts de standardisation au rang desquels[3] :

Principales références en matière de prévention de la corruption par les entreprises

(Source : SGS d'après documents publics)

Titre	Date
Conventions Internationales	
Convention de l'OCDE contre la corruption d'agents publics étrangers	1997
Convention des Nations Unies contre la corruption	2005
Réglementations Nationales de référence	
US Federal Sentencing Guidelines (7 Steps) and Federal sentencing Guidelines manual – Chapter eight – sentencing of organizations – part B – remedying harm from criminal conduct, and effective compliance and ethics program	2011
UK Bribery Act	2010
UK Bribery Act – Guidance	2011
Loi française du 13/11/07 sur la lutte contre la corruption	**2007**
Recommandations Internationales	
ICC Guidelines on Agents	2010
ICC Rules on combating corruption	2011
ICC Whistleblowing Guidelines	2008
ICC Anti-Corruption Clause	2012
OCDE, Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales	2009
Les Principes Directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (section VII)	2011
The World Bank Integrity Compliance Guidelines	2010
TI Business Principles for Countering corruption	2009
Normes et standards	
ISO 26000:2010 (Section 6.6.3.2)	2010
BS 10500:2011	2011

La multiplicité et la variété de ces textes ne doivent pas néanmoins devenir prétexte à ne savoir que faire pour les entreprises ; la pluralité des documents étudiés révèle une grande homogénéité dans les exigences énoncées. Bien sûr chaque document apporte des précisions sur un aspect particulier, l'éclairage d'une institution ou d'une approche législative et/ou réglementaire mais les attentes demeurent les mêmes.

Une approche de système de management

Ces différents outils épars, qui ont tous une légitimité propre, posent déjà les jalons d'un système de management anti-corruption. En effet les exigences annoncées relèvent pour l'essentiel de la mise en place d'un programme, du système à mettre en oeuvre pour limiter autant que possible le risque de corruption. De façon récurrente les exigences suivantes sont mises en avant :

- un engagement clair et public de la haute direction d'une tolérance zéro vis-à-vis de la corruption ou « *tone from the top* » ;
- la nomination d'un Comité éthique ou Comité de la conformité (au plus haut niveau de l'entreprise), qui est garant du programme ;
- la nomination d'un directeur de la conformité ou de l'éthique en charge de l'animation du programme dans l'entreprise et disposant de ressources appropriés [4] ;
- une analyse des risques relative aux risques de corruption auxquels l'entreprise est exposée ;
- des textes de référence (charte éthique, code de conduite), procédures et outils adaptés pour atteindre les objectifs fixés ;

– une sensibilisation et une formation des collaborateurs aux objectifs attendus et aux procédures pour les atteindre ;

– un système de contrôle du respect des procédures ;

– un système de sanctions proportionnées en cas de non-respect des procédures ;

– une communication, interne et externe du programme ;

– des revues de directions régulières pour évaluer l'efficacité du système et en soutenir l'amélioration continue.

Ces différentes exigences s'intègrent volontiers dans une approche *P-D-C-A, Plan Do Check Act*, de la même façon que pour la qualité et/ou l'environnement.

Vers une démarche de certification

Cette structuration crée des passerelles évidentes avec une démarche de certification.

C'est une idée qui a fait son chemin pour la première fois en France, et avec une visée internationale, grâce à ETHIC Intelligence. Cette structure propose une offre de certification des dispositifs de prévention de la corruption depuis 2006. Cette certification privée prévoit un double niveau d'évaluation : celui d'un cabinet d'inspection et de vérification sur le terrain (tel SGS) qui décrit le programme, évalue sa qualité et sa mise en oeuvre ; couplé à celui d'un panel d'experts reconnus en matière de prévention de la corruption qui formule un avis sur la qualité et les possibilités d'amélioration du programme présenté dans le rapport[5]. Ces experts contribuent à soutenir l'amélioration continue du programme de l'entreprise et engagent également leur légitimité en validant, ou non, si le programme tel qu'il est décrit est bien conforme aux meilleures pratiques de l'art, en fonction des particularités de l'organisation et des risques spécifiques auxquels elle est exposée. Plusieurs entreprises ont entrepris de se faire certifier selon ce standard telles le groupe ALSTOM, SOFRECOM ou très récemment EADS.

Cette certification s'appuie sur l'esprit de la prévention des accidents du travail. Si l'entreprise ne peut garantir qu'elle n'aura jamais d'accident, elle peut en revanche : identifier ses zones de risques ; informer et former ses collaborateurs aux risques identifiés ; proposer des politiques et procédures pour réduire ces risques autant que possible et, enfin, exercer des contrôles pour vérifier le respect de ces procédures. Cette approche doit bien sûr être adaptée aux spécificités des problématiques de corruption où les risques sont les pays d'opération, le business modèle, les types de partenaires d'affaires nécessaires etc. Mais l'approche reste la même.

L'audit de certification est donc loin d'un audit financier ou d'un audit d'investigation. La vérification porte sur le programme mis en oeuvre et en aucune façon sur la recherche de possibles cas de corruption. Le certificat atteste que les mécanismes mis en place sont suffisants et bien mis en oeuvre ; pas que l'entreprise n'a pas eu et/ou n'aura pas de problème de corruption. Il s'agit d'engagement de moyen et non de résultat.

L'adoption d'un premier standard proposé par un institut public

Cette première initiative portée par ETHIC Intelligence, s'est récemment enrichie d'un nouveau standard, le standard britannique BS 10500 : 2011 ou les Spécifications pour un système de management anti-corruption. Ce standard est digne d'intérêt parce qu'il y avait un besoin de normaliser ce qu'un programme de prévention de la corruption doit comporter. Depuis une décennie et l'adoption de la Convention OCDE en 1997, les organisations internationales, les différentes réglementations locales et les organisations non gouvernementales ont proposé une série de recommandations, telles que citées précédemment, qui constituent autant d'exigences différentes qu'il restait à homogénéiser et à coordonner. L'émergence d'un standard définissant les spécifications d'un système de management anti-corruption permet de définir et synthétiser ce qu'un programme doit intégrer[6]. Certes, cette norme reste à ce jour une initiative nationale mais le précédent qu'elle créée et les attentes auxquelles elle répond la rendent intéressante pour toute personne impliquée dans la prévention de la corruption en entreprise.

Cette norme britannique a été publiée le 30 novembre 2011 par *BSI – British Standard Institution*. Elle s'inscrit dans la continuité d'une évolution réglementaire majeure : l'adoption du *UK Bribery Act* (UK BRIBERY ACT) par les autorités britanniques le

8 avril 2010, entré en application le 1er juillet 2011.

Le « *UK Bribery Act* »

Cette loi relative à la prévention de la corruption établit un principe nouveau outre les principes généraux de condamnation de la corruption : l'échec des organisations commerciales à prévenir la corruption («*failure of commercial organisations to prevent bribery »)*. Ce motif de condamnation constitue en lui-même une révolution. Les entreprises n'ont plus seulement à prouver qu'elles ne pratiquent pas la corruption mais elles doivent encore prouver qu'elles ont mis en place tous les moyens nécessaires pour éviter qu'un acte de corruption ne puisse arriver au sein de leur organisation. Si l'analyse de la jurisprudence américaine – du *FCPA* [7] en particulier – laissait déjà apparaître en creux cette nécessité pour les entreprises d'être capable de démontrer qu'elles ont mis en oeuvre leurs meilleurs efforts pour éviter qu'un acte de corruption ne puisse survenir, c'est la première fois que la loi exige explicitement de mettre en place un système de prévention de la corruption. Plus précisément, le *UK Bribery Act* requiert que les entreprises commerciales mettent en place des «procédures adéquates»[8] pour prévenir la corruption.

Il est important de souligner que ces procédures visent non seulement l'entreprise et ses employés mais aussi ses partenaires d'affaires («*associated person*»),les personnes (physiques ou morales) qui réalisent des services pour ou au nom de l'entreprise – tels les agents commerciaux ou partenaires de joint venture par exemple. Ces exigences s'adressent aux entreprises de droit britannique mais aussi aux entreprises étrangères exerçant une part de leur activité au Royaume-Uni ou à celles ayant des partenaires sur ce territoire ou réalisant eux-mêmes une part de leur activité au Royaume-Uni. De façon à accompagner les entreprises dans la mise en place de ces «procédures adéquates», le Ministère de la Justice britannique (*MoJ*) a complété sa loi de lignes directrices pour aider les entreprises à définir ce que sont ces «procédures adéquates».

Les lignes directrices du *UK Bribery Act* [9]

Ce document annoncé dans le corps même du *UK Bribery Act* (section 9) a pour objet de permettre aux organisations commerciales, quelles que soient leurs tailles ou secteurs d'activité, de comprendre le type de procédures qu'elles doivent mettre en place afin de respecter la réglementation. Il ne s'agit pas d'une liste prescriptive qu'il faudrait appliquer de façon systématique mais d'expliciter la loi et comment s'y conformer [10]. Ce guide repose sur six principes clé :

- Le premier principe [11] prévoit que les procédures doivent être proportionnées aux particularités de l'entreprise. En fonction de la taille et de l'activité des entreprises, le programme ne sera pas identique.
- Le deuxième principe[12] repose sur l'engagement des plus hauts représentants de l'entreprise à combattre la corruption. Les directeurs et actionnaires de l'entreprise doivent faire savoir en interne et en externe leur politique de « zéro tolérance » en matière de corruption. Ils doivent également s'impliquer dans la mise en oeuvre et le contrôle des procédures de prévention.
- Le troisième principe [13] – qui est un pré-requis à l'élaboration de procédures adéquates - est la mise en place d'une analyse du risque de corruption, analyse qui doit être périodique, informée et documentée. L'entreprise doit identifier les situations et projets qui accentuent son risque, en fonction de son secteur d'activité, de ses pays d'opération, de ses partenaires commerciaux ou types de transactions financières notamment.
- Le quatrième principe [14] est spécifique à la prévention de la corruption, il s'agit de l'étude préalable (« *due diligence* ») des partenaires d'affaires. L'objectif de ces études, qui sont à la fois une prolongation de l'analyse des risques et un outil pour prévenir ces dits risques, est d'évaluer la pertinence, la réputation et la légitimité d'un partenaire avant de contracter avec lui. La réglementation en matière de prévention de la corruption exigeant d'une entreprise de ne pas effectuer d'acte de corruption directement ou indirectement par un intermédiaire, l'entreprise doit prouver qu'elle s'assure de travailler avec des partenaires légitimes, ayant une valeur ajoutée identi-

fiable et une bonne réputation.

- Le cinquième principe [15] renvoie à la communication et à la formation aux procédures de prévention de la corruption. L'entreprise doit formaliser et diffuser ses attentes en particulier en matière de politiques cadeaux et hospitalités, de sponsoring et donations, de « paiement de facilitation » et autres transactions à risque. Chaque personne exposée à un risque particulier doit recevoir des consignes claires sur les exigences de l'entreprise à l'égard de ce risque.

- Le sixième et dernier principe[16] est le contrôle et monitoring du respect et de l'amélioration continue des procédures. Une fois les règles établies au plus haut de l'entreprise, en adéquation avec les risques identifiés, communiqués aux membres de l'entreprise, il faut encore s'assurer du respect de ces règles. Cette démarche interne doit faire partie intégrante des procédures. Le principe encourage même à faire vérifier par un tiers indépendant la qualité de ces procédures et leur respect par les employés[17].

Cette possibilité visant à encourager la vérification par un tiers indépendant ouvre directement la porte à la démarche de normalisation. Et ce d'autant plus facilement, que les six principes clé mis en avant pour éclairer ce que devraient être les procédures permettant de se conformer au *UK Bribery Act* sont déjà dans la droite ligne d'une approche de système de management. Comme pour la qualité, l'environnement ou la sécurité, l'entreprise doit identifier ses risques, proposer sous l'impulsion et le contrôle de la direction de l'entreprise des procédures, pour limiter au maximum l'exposition de l'entreprise à ces risques ; informer et former les collaborateurs aux procédures qui ont été établies et en en vérifier ensuite le respect ; le tout sous la responsabilité d'un manager qualifié, expérimenté et senior. Le programme est continuellement contrôlé afin de sanctionner les contrevenants, suivre l'évolution des risques et de la réglementation et soutenir l'amélioration continue des politiques et procédures. C'est ce qu'a fait l'institut de normalisation britannique avec le BS 10500 : 2011 sensé définir les spécifications d'un système de management anti-corruption [18].

Les lignes directrices du *UK Bribery Act* comme le standard BS 10500:2011 précisent bien que la conformité au *UK Bribery Act* relève de l'appréciation souveraine du juge et que le respect d'une norme ne remplace pas une évaluation judiciaire - notamment en cas de problème de corruption. La norme permet en revanche de faire évaluer et reconnaître les mécanismes mis en place par l'entreprise pour prévenir la corruption – dans le cadre de la réglementation britannique mais aussi plus largement pour s'assurer de se conformer aux bonnes pratiques dans le domaine [19].

Ce détour par la spécificité du UK Bribery Act est important car cette loi marque un nouveau tournant dans la nécessité de formaliser et évaluer les programme de prévention de la corruption.

Comment se préparer à la certification ?

Ces différentes références permettent de définir comment les entreprises doivent se préparer. Les entreprises candidates à la certification doivent avoir en particulier :

- un système documenté et tracé – base incontournable à toute démarche d'information et de formation ;

- un *top management* qui condamne publiquement la corruption et annonce la mise en oeuvre d'un système de management anti-corruption dans son entreprise ;

- Une politique anti-corruption communiquée largement en interne auprès de tous les personnels et aussi publiquement – notamment via le site Internet de l'entreprise ;

- Un personnel qui s'engage formellement – généralement en signant un document stipulant que la politique de l'entreprise lui a été remise et en s'engageant à la respecter;

- Un plan de formation de ses employés exposés au risque de corruption ou qui jouent un rôle particulier dans la mise en oeuvre du système de management anti-corruption.

- Un responsable ayant les qualifications, l'expérience et la séniorité suffisante pour mettre en oeuvre le système de management anti-corruption. Cette personne doit en particulier avoir un

accès direct au *top management* de l'entreprise pour alerter sur toute situation qui exposerait l'entreprise au risque de corruption. Son rôle est de vérifier la mise *en oeuvre du p*rogramme dans l'organisation par l'ensemble des employés ; de s'assurer que le programme est en ligne avec les réglementations applicables et les bonnes pratiques internationales ; de conseiller et soutenir les employés ayant besoin d'être éclairés sur le programme. Ce responsable doit avoir des relais dans chaque organisation du groupe dans le cas d'entreprise multi__ sites / multinationale.

– des moyens suffisants (aussi bien humains que financiers ou en termes d'outils) à disposition pour mettre en oeuvre le système.

– une analyse des risques régulière et documentée – relative à ses activités mais aussi à la qualité de ses procédures et mécanismes de contrôles internes. Cette analyse des risques doit permettre d'amender les procédures existantes afin d'optimiser le système ou de se retirer de certains marchés dont il apparait qu'il n'est pas possible d'y entrer en respectant le système de management anti-corruption de l'organisation.

– Cette analyse des risques doit être déclinée au niveau des partenaires d'affaires les plus à risques en conduisant en particulier des enquêtes préalables (*due diligence*).

– Des procédures formalisées en particulier sur :

❍ Les cadeaux et hospitalité;

❍ Les dons à des oeuvres de charité ou aux communautés ;

❍ Les dons à des partis politiques ;

❍ Les dépenses marketing et d'ordre promotionnelles,

❍ Le sponsoring ;

❍ Les paiements dits de facilitation ;

❍ Les partenaires d'affaires.

– Des processus de validation et de suivi des partenaires d'affaires les plus exposés – ce seul chapitre représentant souvent le plus complexe à maîtriser comme détaillé ci-dessous.

– Des politiques de ressources humaines adaptées, impliquée dans le déploiement d'une culture d'intégrité au sein de l'entreprise.

– Des procédures de délégation d'autorité et de validation des paiements qui reflètent le système de management anti-corruption de l'organisation et garantissent que les transactions d'une certaine valeur ou représentant un certain niveau de risque sont validées par une personne ayant l'autorité et la séniorité suffisantes.

– L'intégration systématique de clauses interdisant la corruption dans les contrats avec les partenaires d'affaires.

– Des transactions financières correctement enregistrées, en conformité avec les règles de comptabilité et des contrôles financiers réguliers permettant de vérifier toute transaction qui pourrait apparaître litigieuse.

– La mise en place de procédure pour réduire la vulnérabilité des achats au risque de corruption – notamment passive.

– La mise en place d'un système d'alerte [20] afin que les employés puissent remonter les informations en cas de suspicion. Ce système doit protéger au maximum les déclencheurs d'alerte en :

❍ permettant l'anonymat chaque fois que la loi le permet;

❍ en protégeant la confidentialité des informations transmises ;

❍ en protégeant du licenciement tout collaborateur ayant reporté des informations ou faits de bonne foi ;

❍ en donnant accès aux employés à un conseil dans le cas où ils se trouveraient confronté à une situation impliquant de la corruption ;

❍ en communiquant régulièrement sur l'existence et l'intérêt d'utiliser les dispositifs d'alerte ;

❍ en apportant des garanties aux employés que leurs remontées seront traitées avec sérieux (et donneront lieu en particulier à une investigation adéquate et à des sanctions si nécessaire).

– Des moyens d'investigations dans l'hypothèse où un cas de corruption serait suspecté.

– Des contrôles efficaces du

respect de ces procédures et processus.

- Des mécanismes d'amélioration continue permettant la mise à jour et la révision régulière du système de management anti-corruption.

Le cas particulier des partenaires d'affaires

Si les différents aspects que nous venons de décrire sont assez faciles à mettre en oeuvre au sein de l'entreprise – dès lors qu'elle dispose de la volonté et des moyens suffisants – cela est évidemment un autre problème lorsqu'on en arrive à la gestion des partenaires d'affaires. Or ces derniers constituent un enjeu considérable. Il est estimé que 95% des actes de corruption sont réalisés via des intermédiaires [21]. Et cette proportion est en hausse – elle était de 90% avant 2010. L'analyse de la jurisprudence [22] révèle également que les dernières grosses affaires ont impliqué des intermédiaires dans le montage des circuits de corruption. Cette importance se mesure à la quantité des chapitres dédiés aux intermédiaires dans les outils destinés à aider les entreprises à mettre en place des mesures appropriées pour prévenir la corruption [23].

La nécessité d'évaluer ses partenaires, n'est plus un principe théorique, mais crée des obligations que les entreprises se doivent d'observer. Ce point est particulièrement exigeant en termes de ressources nécessaires. Le nombre de partenaires (distributeurs, agents, revendeurs agréés etc.) peut être très élevé pour certaines entreprises. Et l'accès aux informations relatives aux partenaires dans certains pays est parfois limité. Répondre à cette exigence nécessite donc un travail considérable des entreprises concernées par le recours à des partenaires pour pouvoir apporter une réponse systématique et formalisée. Cela se complique encore pour les cas où l'entreprise est interdépendante d'autres partenaires dans des projets sur lesquels elle peut avoir une influence limitée – partenaires de joint-venture, consortiums, co-contractants. Certains secteurs tels la construction où les strates de sous-traitance et la multiplicité des acteurs sont importantes exposent continuellement l'entreprise à des situations mal maîtrisées – et difficilement maîtrisables. L'entreprise doit pourtant être capable de prouver la nécessité d'avoir un recours à un partenaire, évaluer qu'il a des références valables et une bonne réputation (*due diligence*), qu'il a été sensibilisé et formé aux problématiques de corruption, qu'il a accepté de s'engager contractuellement à respecter les réglementations relatives à la prévention de la corruption ; à vérifier les preuves de services rendus de ses partenaires ; à exercer un contrôle particulier sur les paiements de ces derniers etc.

Les principaux bénéfices d'une certification des dispositifs de prévention de la corruption

Quel que soit le référentiel choisit, les entreprises ont intérêt à se faire certifier pour des raisons assez variées. Les moteurs les plus souvent évoqués sont les suivants :

- Apporter des éléments tangibles attestant que des procédures adéquates ont été mises en oeuvres – et donc démontrer le respect des exigences telles qu'énoncées en particulier dans le *UK Bribery Act* et dans ses principes directeurs ;
- Limiter les sanctions en cas de problème de corruption – en démontrant qu'il s'agit de cas isolés du fait d'individus qui ont contourné les règles de l'entreprise et non d'un mode de fonctionnement systématique de l'entreprise ;
- Evaluer la pertinence de son programme de prévention de la corruption et surtout de sa mise en oeuvre - la meilleure protection vis-à-vis des possibles conséquences d'un cas de corruption étant de prévenir autant que possible toute mauvaise pratique. Car les conséquences peuvent être dramatiques pour les entreprises. Au-delà du risque d'image, des condamnations pour des actes de corruption peuvent entraîner :
  - Des amendes considérables pour la personne morale (jusqu'à 1,6 MUSD pour Siemens par exemple) ;
  - Des peines d'emprisonnement pour les personnes physiques ;
  - Des obligations de monitoring par des avocats spécialisés sur des périodes pouvant aller jusqu'à trois ou quatre ans – ce qui implique des exigences de changement ; des coûts financiers et du temps;
  - Des interdictions de participer à des appels d'offres de certains pays ou institu-

tions – en particulier de la part des institutions de financement internationales telles la Banque Mondiale [24] ;

- ❍ L'échec de processus de fusion / acquisition ;
- ❍ Des déstabilisations – de la part de le concurrence ou d'anciens collaborateurs par exemple.

– Se différencier pour créer un avantage différentia aux entreprises engagées de façon proactive dans une démarche ;

– Avoir un effet dissuasif visant à diminuer les sollicitations ou tentatives d'extorsion, l'engagement de l'entreprise étant connu de tous ;

– Adopter une logique d'action collective pour contribuer à ce que le marché des affaires internationales soit plus propre et qu'un maximum d'acteurs s'engage.

– La certification du système de management anti-corruption permet également d'apporter des éléments de preuves aux différentes parties prenantes de l'entreprise : les agences de notation extra-financières, les institutions financières internationales, les actionnaires, les investisseurs, les partenaires d'affaires etc.

Notes :

* Philippe Lesoing a été directeur exécutif chez ETHIC Intelligence, agence de certification pour la prévention de la corruption. Il diplômé en commerce international, stratégies d'entreprise et intelligence économique et en analyse des menaces criminelles contemporaines, Il est également intervenant à l'Institut Supérieur de Commerce de Paris sur l'éthique des affaires. Il est coauteur de « Histoires de fraudes ordinaires » (Editions Equolles 2010).

* Céleste Cornu est Spécialiste de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise dans la distribution (Décathlon) ou au sein de cabinets d'audit et de certification (SGS). En tant que directeur des opérations des services liés à la prévention de la corruption au sein du groupe SGS CTS, elle est responsable du contenu technique et des conditions de déploiement des services anti-corruption. Elle est diplômée en philosophie, en droit et en administration des entreprises. Elle a participé aux travaux de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'homme. Elle est l'auteur de nombreux article sur la prévention de la corruption.

1 Définition telle que proposée dans la section 1 des Lignes Directrices du UK Bribery Act (Guidance)

2 Ce texte a ensuite été renforcé par une d'autres Conventions internationales au niveau régional et depuis 2005 par les Nations Unies.

3 Les titres de références sont communiqués en version originale anglaise. Toutefois un lien internet vers la traduction française a été ajouté à chaque fois qu'une version française officielle existe.

4 Le Directeur de la Conformité ne sera pas nécessairement un temps plein selon la taille de l'entreprise. Pour autant la fonction est nécessaire.

5 Plus d'informations sur le processus de certification ETHIC Intelligence et les entreprises certifiées sont disponibles sur le site internet d'ETHIC Intelligence http://fr.ethic-intelligence.com/

6 Le British Standard Institute a d'ailleurs proposé que ce standard soit transformé en standard de type ISO. La question est à l'étude, sans réponse à ce jour.

7 Le Foreign Corrupt Practices Act est la réglementation américaine en matière de prévention de la corruption. C'est la première réglementation – adoptée en 1977 - qui a condamné la corruption d'agents publics étrangers au même titre que celles d'agents publics nationaux. Elle dispose en conséquence d'une jurisprudence particulièrement riche et cette jurisprudence a un poids d'autant plus significatif que le FCPA aura influencé les autres réglementations internationales (OCDE) et nationales sur la condamnation de la corruption d'agents publics étrangers.

8 "(1). A relevant commercial organization (« C ») is guilty of an offence under this section if a person (« A ») associated with C bribes another person intending – (a) to obtain or retain business for C, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C. (2) But **it is a defense for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct**." Bribery Act, section 7, Failure of commercial organizations to prevent bribery.

9 "Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them from bribing".

10 Le guide rappelle clairement que seuls les juges seront à même d'évaluer si l'entreprise a mis en place ou non un système de prévention de la corruption suffisant. "The question of whether an organization had adequate procedures in place to prevent bribery in the context of a particular prosecution is a matter that can only be resolved by the courts taking into the particular facts and circumstances of the case. The onus will remain on the organization, in any case where it seeks to rely on the defense, to prove that it had adequate procedures in place to prevent bribery." The Bribery Act 2010 – Guidance, Introduction.

11 « Principle 1. Proportionate procedures. »

12 « Principle 2. Top-level commitment »

13 « Principle 3. Risk Assessment »

14 « Principle 4. Due Diligence »

15 « Principle 5. Communication (including training) »

16 « Principle 6. Monitoring and review »

17 « In addition, organizations might wish to consider seeking some form of external verification or assurance of the effectiveness of anti-bribery procedures. Some organizations may be able to apply for certified compliance with one of the independently-verified anti-bribery standards maintained by industrial sector associations or multilateral bodies ».

18 La norme BS 10500:2011 s'intitule « Specification for an anti-bribery management system (ABMS) » ou « Spécifications pour un système de management anti-corruption ».

19 «This British Standard is intended to help and organization to implement an effective anti-bribery management system. It can be used both in the UK and internationally. The requirements of the Bribery Act 2010 and internationally recognized good practice are taken into account. This standard is applicable to small, medium and large organizations in the public, private and voluntary sectors ».

20 Les dispositifs d'alerte et France doivent également obéir à des règles strictes de la CNIL.

21 Cette information a notamment été citée dernièrement par M. Richard Duross Deputy, Chief in the criminal division's fraud section and deputy chief in charge of the FCPA Unit au DOJ lors d'une conférence publique dédiée à la prévention de la corruption organisée par le C5 le 28 juin 2011 à Londres.

22 Voir par exemple le cas InVision (2005) où des distributeurs ont payé des avantages aux clients publics dans différents pays asiatiques. InVision a fait une procédure de plaider coupable auprès des autorités américaines. Les montants incriminés étaient de 95 K$ en Chine, 108 K$ aux Philippines et tentative de corruption en Thaïlande. Les avantages indus ont été estimés à 589 K$ en Chine et il n'y a pas eu de vente réalisée ni aux Philippines ni en Thaïlande. La sanction finale a toutefois été de 1,9 million de dollars (amende pénale, amende civile et remboursement de profits indus). InVision s'est engagé en outre à utiliser le recours d'un conseiller externe afin de mettre en place un programme efficace de prévention de la corruption. Voir également le cas Titan (2005) ou plus récemment TJKS (2010).

23 Nous pouvons citer par exemple les recommandations les plus récentes :

- La Chambre Internationale de Commerce qui prévoyait déjà un chapitre complet sur les partenaires dans son manuel « Fighting Corruption » a proposé fin 2010 des recommandations spécifiques dédiées à l'utilisation de partenaires : « ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties » ; il s'agissait précisément d'apporter des propositions concrètes sur un problème au coeur des préoccupations des entreprises ;
- Le guide d'application de la réglementation anglaise (UK Bribery Act) récemment publié (mars 2011) accorde une place significative à la gestion des intermédiaires dans son principes 4 ;
- Le Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité proposés par l'OCDE fin 2009 en vue de favoriser la mise en oeuvre de la Convention insiste également sur la place à accorder aux intermédiaires.

24 Les différentes institutions internationales de financement (Banque Mondiale, Banque Européenne pour la reconstruction et le développement, Asian Bank for Development etc.) se sont accordées sur un programme de « cross debarment ». Si une entreprise est reconnue coupable de corruption, elle est ajoutée à une liste noire l'interdisant de concourir aux appels d'offre de l'institution concernée. Et les différentes institutions entre elles excluent les entreprises exclue par l'une d'entre elles.

DU COTE DES PRATICIENS

LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT DE CAPITAUX ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME DANS LA PRATIQUE DES HUISSIERS DE JUSTICE

THIERRY GUINOT

HUISSIER DE JUSTICE ASSOCIÉ À PARIS,
ANCIEN PRÉSIDENT DES CHAMBRES DÉPARTEMENTALE ET RÉGIONALE DES HUISSIERS DE JUSTICE DE PARIS,
AUTEUR DE PLUSIEURS OUVRAGES NOTAMMENT
« L'HUISSIER DE JUSTICE : NORMES ET VALEURS » (ÉDITIONS JURIDIQUES ET TECHNIQUES)

Les huissiers de justice figurent dans la liste des professionnels assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, à l'article L 561-2-13° du Code monétaire et financier (CMF). Il est dans la logique même du dispositif mis en place que les institutions financières - et les professions financières en général - soient les mieux placées pour observer les opérations suspectes et les signaler, mais si l'on s'interroge à propos de la place de l'huissier de justice au sein du schéma, on admettra que la réponse laisse place à l'incertitude, en dépit de quelques évidences.

Disons immédiatement que le rapport TRACFIN 2011 ne lève pas davantage la première qu'il ne révèle les secondes puisqu'il ne mentionne la profession qu'en un unique paragraphe en page 45 : " *Les huissiers sont encore peu impliqués dans le dispositif mais des signes encourageants apparaissent. D'une part, ils ont effectué 17 déclarations en 2011 (contre 0 en 2010). D'autre part, l'année 2011 a vu les débuts d'une collaboration avec leur autorité de contrôle, la Chambre nationale des huissiers de justice, qui s'est concrétisée par une participation de Tracfin au forum des huissiers de justice le 15 décembre 2011. Des actions de formation et de sensibilisation doivent continuer à être développées à l'intention de cette profession* ".

On aura noté la modeste contribution des huissiers de justice, en rapprochant leurs 17 déclarations des 22.856 effectuées pour l'année 2011, dont 21.165 proviennent des professions financières et 1.069 des notaires. Au-delà de ce simple constat, on peut avancer quelques considérations à propos des points d'évidence et des points d'incertitude ci-dessus évoqués, qui caractérisent la participation de ces professionnels au système mis en oeuvre, et suggérer quelques pistes susceptibles de clarifier leur action.

Les points d'évidence

Les huissiers de justice se trouvent soumis aux obligations prévues par le C.M.F.[1], dès lors qu'ils sont dans le cadre d'une relation d'affaires censée " *s'inscrire dans une certaine durée* " selon les termes de l'article L 561-2-1. Il s'agira donc, dans la pratique, des dossiers d'exécution judiciaire, ou de recouvrement amiable, voire de séquestre, à l'exclusion des actes dits " détachés " qu'ils sont amenés à délivrer ponctuellement et qui consistent en une simple délivrance à leur destinataire[2]. De plus, lorsque les " actes détachés " relèvent de l'urgence - ce qui est assez régulier en matière d'assignation ou de congé, par exemple - l'huissier de justice ne dispose pas du délai nécessaire à la mise en oeuvre des mesures de vigilance préalables visées dans les articles L 561-5 et 6, puisqu'il doit parfois accomplir sa mission dans la journée, voire dans les deux heures qui suivent...

La prudence imposée à cette profession n'est pas nouvelle. Depuis longtemps déjà, certaines circonstances peuvent amener l'huissier de justice à surprendre les indices ou les éléments d'un crime ou d'un délit. Lors des constats il a souvent accès aux locaux d'habitation mais aussi à divers lieux dans lesquels il pourrait être le témoin de situations dénotant une infraction ; pourtant il est improbable qu'un délinquant laisse à sa portée les traces visibles d'actes délictueux. En revanche, dans le cadre de ses missions d'exécution, l'huissier de justice est habilité à pénétrer au domicile ou au siège des débiteurs en l'absence de ceux-ci et à leur insu[3], ce qui peut le conduire à observer de tels éléments (présence d'armes, de substances, d'images, etc...). Pour être rare, ce type de situation se présente parfois. L'huissier de justice, en sa qualité d'officier public et ministériel, doit aussitôt dénoncer l'infraction au procureur de la République en vertu de l'article 40 du Code de procédure pénale[4]. Cette obligation va d'ailleurs au-delà du blanchiment des capitaux ou du financement du terrorisme puisqu'elle est générale.

En entrant plus précisément dans notre sujet, il existe un domaine d'application assez clair pour l'huissier de justice, mais auquel on pense peu : celui des jeux et concours. En effet l'article L 121-38 du Code de la consommation dispose que " *le règlement des opérations ainsi qu'un exemplaire des documents destinés au public doivent être déposés auprès d'un officier ministériel qui s'assure de leur régularité* ". En pratique, c'est l'huissier de justice qui reçoit ces dépôts et procède aux vérifications. Il dispose ici - une fois n'est pas coutume - d'une position privilégiée pour découvrir d'éventuelles manoeuvres tendant au blanchiment, par exemple par le biais d'une offre de lots de valeur disproportionnée aux capacités financières apparentes de l'organisateur, qui récupérerait ensuite le bénéfice commercial de l'opération.

De même, dans les cas où l'huissier de justice est habilité à procéder aux ventes aux enchères publiques en matière judiciaire, il peut arriver que la valeur d'un bien attire son attention au regard de la situation apparente du propriétaire. Cette situation, d'ailleurs susceptible d'être observée dès la saisie du bien[5], peut déclencher le soupçon et conduire à la déclaration auprès du service TRACFIN.

Un *vade mecum* publié par la chambre nationale en janvier 2012 mentionne d'autres indices incitant au soupçon : entente manifeste entre créancier et débiteur, éléments d'identification insuffisants, caractère douteux d'une reconnaissance de dette, paiements en espèces réguliers d'un montant significatif (*Cf.* toutefois note n° 8), virements en provenance de comptes divers, de comptes à l'étranger, ou de comptes dont le débiteur n'est pas titulaire, paiements effectués par des tiers *via* le site Internet de l'office, factures présentant des anomalies[6], absence de correspondance entre l'objet social d'une société et le titre de recouvrement. S'ils nécessitent une observation attentive, de tels éléments demeurent relativement simples à traiter.

Par référence aux articles L 561-5 et 6 du C.M.F. et dans le cadre de ses activités monopolistiques, l'huissier de justice ne peut avoir de doute sur l'identité du bénéficiaire, ni sur l'objet et la nature de sa relation avec celui qui verse les sommes, puisque ces éléments sont contenus dans un titre exécutoire émanant d'une autorité judiciaire. Il est toutefois susceptible d'adresser les fonds à un mandataire, le plus souvent un avocat, sans que la qualité de mandataire ne puisse elle-même soulever de contestation ni - naturellement - éveiller de soupçon. Dans le cadre du recouvrement amiable, c'est-à-dire hors monopole, l'huissier de justice peut être amené à réclamer le paiement de factures pour le compte d'un créancier, et c'est ici que son contrôle doit plus spécialement s'exercer. L'identité du bénéficiaire doit être vérifiée et les pièces justificatives conservées. Cependant la plupart des dossiers ainsi traités concernent de faibles montants ; il s'agit de litiges de la consommation où les bénéficiaires sont des sociétés de crédit, des opérateurs de téléphonie ou encore des acteurs de la grande distribution, de sorte que le doute sur l'origine comme sur la destination des fonds est inexistant en pratique.

Quoi qu'il en soit, la vérification imposée par l'article R 561-5 du C.M.F. ne pose pas en elle-même de problème particulier. Concernant les personnes physiques, ceci revient à exiger et photocopier une pièce d'identité. S'agissant des personnes morales, la production d'un extrait K bis en cours de validité semble parfaitement répondre aux exigences du même texte en son deuxième alinéa. Ces pièces seront conservées durant cinq ans à compter de la cessation de la relation d'affaires, autrement dit de la clôture du dossier[7], afin de sa-

tisfaire aux exigences de l'article L 561-12.

Quant à la mise en place des systèmes d'évaluation et de gestion des risques au sein des offices (article L 561-32), elle dépend évidemment de la taille de ceux-ci et de leur organigramme, qui déterminent les modes de circulation de l'information. La formation et l'information régulières du personnel à cet égard (article L 561-33) méritent la même observation : concrètement il peut s'agir d'une note à l'attention du personnel, à actualiser en cas de modification, toutefois ces méthodes - dans le cas des huissiers de justice - devraient demeurer assez élémentaires : il n'est que de comparer la taille d'un office ministériel à celle d'un établissement bancaire pour en convenir.

Les points d'incertitude

Pourtant il faut bien reconnaître que le soupçon de l'huissier de justice peine à trouver un support. Ceci tient d'une part à la position malaisée de celui-ci dans l'observation des malversations financières, d'autre part au faible montant des versements effectués dans les offices.

S'il paraît évident que les professions ayant accès aux informations d'ordre financier concernant l'origine et la destination des mouvements de fonds puissent apporter une collaboration efficace dans le domaine qui nous intéresse, les informations détenues par les huissiers de justice semblent présenter un intérêt bien moindre, en tout cas beaucoup moins fréquent, lorsqu'on analyse la réalité de leurs activités. A l'exception de l'immixtion dans les lieux privés (voir supra), la position de l'huissier de justice lui permet rarement d'avoir d'autre connaissance que celle du premier degré de la réalité de la circulation des fonds. Car au contraire des banquiers ou des notaires par exemple - mais on pourrait également y adjoindre les avocats - l'huissier de justice n'est pas le témoin des décisions d'ordre patrimonial, non plus que des véritables motifs des stipulations contractuelles. Il n'intervient qu'une fois les motifs établis, les décisions prises, les stipulations rédigées. Il lui manque le plus souvent le révélateur qui permettrait d'éveiller le soupçon. On doit toujours tenir compte de cette caractéristique pour comprendre son rôle dans le dispositif.

Il a connaissance des sommes détenues par les tiers dans le cadre des saisies attribution, mais cette information lui est transmise dans la plupart des cas par un établissement bancaire, lui-même soumis aux obligations déclaratives vis-à-vis de TRACFIN. L'huissier de justice n'a par conséquent accès qu'à des informations indirectes, relatives, consécutives à une récapitulation comptable, sous la forme d'un chiffre qui ne révèle pas les mouvements de fonds.

Les motivations et les observations directes étant hors de sa portée, l'huissier de justice devra porter son attention sur les critères clairement établis par les textes. L'identité du client étant toujours connue, un versement en espèces supérieur à 3.000 euros pourrait éveiller le soupçon et amener à déclarer celui-ci. Il s'agira le plus fréquemment du versement d'un débiteur, puisqu'un créancier devra très rarement plus de 3.000 euros de frais à l'huissier de justice[8]. Rappelons que la combinaison des articles L 112-6 et D 112-3 du C.M.F. fixe le plafond des paiements en espèces à 3.000 € lorsque le débiteur a son domicile fiscal en France ou agit pour les besoins d'une activité professionnelle, et à 15.000 € lorsque le débiteur justifie qu'il n'y a pas son domicile fiscal et n'agit pas pour les besoins d'une telle activité. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables aux personnes incapables de s'obliger par chèque ou par un autre moyen de paiement, ainsi que celles qui n'ont pas de compte de dépôt (article L 112-6 -III-a) (Cf. - à nouveau - note n° 8).

En matière d'identification, si nous avons vu que les opérations prévues par les alinéas 1° et 2° de l'article R 561-5 du C.M.F. ne posent pas de difficulté, en revanche l'huissier de justice se trouve-t-il soumis aux exigences supplémentaires de l'alinéa 3° ? Dans l'affirmative, et lorsque la personne à identifier n'est pas présente, le procédé de certification devient très lourd, le plus simple consistant - en vertu du 1° - à réclamer non pas une mais deux pièces d'identité. Cette précaution s'impose de plus fort lorsque le cocontractant ne paraît pas être le bénéficiaire effectif de l'opération. On remarquera cependant que dans le cadre d'un mandat d'exécuter, l'huissier de justice et le créancier sont positivement cocontractants, malgré la présence d'un mandataire principal (avocat par exemple).

Autre problème : l'obligation contenue dans l'article L 561-15 du C.M.F. consiste pour les huissiers de justice, à l'instar des autres professionnels, à déclarer au service TRACFIN les sommes inscrites dans leurs livres ou les

opérations portant sur des sommes dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme, ou encore proviennent d'une fraude fiscale selon seize critères fixés par le décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009. Cette dernière catégorie concernera très rarement la profession, qui ne pratique pas d'opérations financières pour le compte des parties.

Un tel élargissement du domaine de la déclaration de soupçon a contribué à alimenter la problématique, pour les huissiers de justice comme pour les autres professionnels concernés. S'agissant du soupçon à l'égard des fonds susceptibles de provenir " d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ", l'huissier de justice - qui n'est pas un spécialiste de la qualification pénale - ne peut que s'interroger. Comme les notaires[9], son approche ne sera pas celle de l'évaluation pénale mais de manière plus pragmatique celle de la constatation de la présence d'éléments matériels laissant soupçonner une origine douteuse des fonds reçus. S'agissant de la fraude fiscale, sur les seize critères édictés par le décret du 16 juillet 2009 seuls deux d'entre eux sont réellement transposables dans la pratique de l'huissier de justice, si l'on tient compte du domaine d'observation de celui-ci. Il s'agit du 11e *(" Le refus du client de produire des pièces justificatives quant à la provenance des fonds reçus ou quant aux motifs avancés des paiements, ou l'impossibilité de produire ces pièces "*) et du 13e *(" L'organisation de l'insolvabilité par la vente rapide d'actifs à des personnes physiques ou morales liées ou à des conditions qui traduisent un déséquilibre manifeste et injustifié des termes de la vente "*). Encore convient-il de noter que l'huissier de justice ne pourra que constater, à travers la gestion d'un dossier, qu'il existe manifestement une organisation d'insolvabilité d'un débiteur, sans qu'il ait connaissance des conditions et termes des cessions ainsi incriminées.

Enfin, il reste les dispositions de l'article R 561-15, qui tempèrent à juste titre l'obligation de vigilance des articles L 561-5 et 6 (pour autant qu'il n'existe pas de soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme). En effet cette obligation n'est pas applicable :

- lorsque le client ou le bénéficiaire effectif est une personne mentionnée aux 1° à 6° de l'article L 561-2 établie en France, dans un autre Etat membre de l'Union européenne, dans un Etat partie à l'accord sur l'espace économique européen ou dans un pays tiers figurant sur la liste incluse dans l'article L 561-9-II-2° ; - Une société cotée dont les titres sont admis à la négociation sur au moins un marché règlementé en France ou dans un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ou dans un pays tiers figurant sur une liste arrêtée par le ministre chargé de l'économie ; - Une autorité publique ou un organisme public ;

- lorsque les sommes à reverser au bénéficiaire effectif sont déposées sur les comptes détenus sur le compte de tiers par les notaires et les huissiers de justice, pour autant que les informations relatives à l'identité du bénéficiaire effectif soient mises à la disposition des établissements agissant en qualité de dépositaires pour ces comptes, lorsqu'ils en font la demande[10].

Au regard de la proportion que représentent ces exemptions pour les offices - soulignons que le compte affecté de l'huissier de justice contient la totalité des fonds détenus pour le compte des clients - l'obligation de vigilance s'en trouve allégée ; il demeure l'obligation de déclaration en cas de soupçon, qui - elle - n'est pas concernée par ce texte.

A l'inverse, les consultations juridiques ne sont pas soumises aux dispositions de la section 4, à moins qu'elles n'aient été fournies à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme (article L 561-3-III). Or cette section concerne l'obligation de déclaration, de sorte que l'obligation - de vigilance cette fois - demeure en matière de consultations juridiques. Nous voici par conséquent face à une inversion, que l'on peut comprendre - vu le caractère ponctuel d'une consultation - mais qui laissera le professionnel perplexe par son aspect byzantin...

Les mesures à mettre en oeuvre

Les huissiers de justice, bien que cités par l'article L 561-2-13° du C.M.F., ne sont pas compris dans les aménagements prévus par l'article L 561-3. Il eût pourtant été utile d'étendre les dispositions dérogatoires qu'il con-

tient (L 561-3- II) à leur activité judiciaire, puisque les avocats aux conseils et les avocats en bénéficient lorsque l'activité se rattache à une procédure juridictionnelle. A moins qu'il ne faille interpréter de façon radicale l'article L 561-3-I et exclure purement et simplement les huissiers de justice du dispositif dans la majorité des cas, puisqu'ils ne participent à aucune transaction financière ou immobilière pour le compte de leurs clients, ni n'agissent en qualité de fiduciaire, ni n'assistent leurs clients dans la préparation ou la réalisation de transactions. Sans aller jusque là, cette question de base mérite une clarification.

Le *vade mecum* publié par la chambre nationale des huissiers de justice à l'intention des membres de la profession gagnerait sans doute à bénéficier d'une meilleure promotion, les praticiens - déjà saturés d'informations du fait de la multiplication des textes - n'étant pas naturellement enclins à absorber de nouvelles contraintes si elles ne leur sont pas régulièrement rappelées. Autre mesure souhaitable, la dématérialisation de la déclaration à TRACFIN par l'intermédiaire du portail sécurisé des offices sur le site de la chambre nationale accélérerait la transmission des informations[11].

S'agissant du contrôle du respect des obligations et du pouvoir de sanction, l'article L 561-36-6° du C.M.F. mentionne - très logiquement - les chambres régionales des huissiers de justice sur l'étendue de leur ressort, " *conformément à l'article 7 de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice* ". Il faut observer que cet article ne prévoit les modalités d'un tel contrôle (article L 561-36-II) qu'à l'égard de certains professionnels seulement, les huissiers de justice n'en faisant pas partie et n'étant visés que par un renvoi à leurs règles statutaires (l'article 7 susvisé ayant été spécialement modifié par la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010), ainsi que nous venons de le voir. Il s'agit par conséquent, pour la chambre régionale, d'exercer son pouvoir disciplinaire ordinaire, comme le confirme d'ailleurs le même article dans son III : " *l'autorité de contrôle engage une procédure sur le fondement des règlements professionnels ou administratifs et en avise le procureur de la République* ".

Le contrôle par la chambre régionale interviendra naturellement dans le cadre des opérations de vérification annuelles ou particulières prévues par le même article, et consistera - dans des dossiers pris au hasard - à s'assurer que les preuves d'identité visées à l'article R 561 -5 du C.M.F. sont effectivement conservées pendant la durée requise[12], et - le cas échéant - que la déclaration a bien été effectuée au service TRACFIN[13]. L'intérêt que porteront les vérificateurs à cet aspect du contrôle constituera la meilleure incitation au respect par les offices de leurs obligations à cet égard. Des instructions devraient être données en ce sens par les présidents des chambres régionales.

Bien que désireux d'apporter leur pierre à l'édifice, les huissiers de justice peuvent donc s'interroger sur les modalités de leur participation et le champ de leur efficacité quant à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Une action pédagogique s'avère nécessaire. Nous avons vu que le rapport TRACFIN mentionne la participation de son service au forum des huissiers de justice 2011 ; il serait utile que son action se poursuive au-delà, en utilisant les voies d'information - comme de formation continue - internes à la profession. Ceci permettrait également de faire surgir d'autres éléments de problématique, inspirant peut-être quelques adaptations textuelles. Tel est le souhait que nous formulerons en guise de conclusion.

Notes :

1 Livre V, titre VI, chapitre 1er, sections 2 à 7.

2 L'activité accessoire d'administration d'immeubles ou de syndic de copropriété, exercée par certains huissiers de justice en vertu de l'article 20 du décret n° 56-222 du 29 février 1956 ne rentre pas dans le cadre du dispositif.

3 Il est alors assisté des personnes prévues à l'article L 142-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

4 C.P.P., art. 40 : « *Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ».

5 Le soupçon lors de la saisie n'est toutefois pas aussi évident qu'on pourrait le croire, s'agissant d'un objet déterminé inclus dans un ensemble de biens saisissables. Par contre l'invraisemblance du cadre de vie luxueux d'une personne se déclarant par ailleurs sans revenus éveillera immédiatement le soupçon. Par ailleurs, c'est parfois lors de l'expertise d'un objet que sa valeur réelle est mise en lumière.

6 Un tel élément apparaîtra par exemple en matière de procédure d'injonction de payer diligentée par l'office, lors de l'examen des pièces justificative.

7 Cette exigence ne devrait pas poser de difficultés, dans la mesure où les originaux des actes (lesquels mentionnent l'identité du bénéficiaire et décrivent les opérations effectuées) doivent statutairement être conservés pendant vingt-cinq ans.

8 Il convient cependant d'observer que certains débiteurs s'acquittent en espèces dans les offices du fait qu'ils font l'objet d'une interdiction bancaire, ce qui ne démontre pas systématiquement une origine douteuse des fonds.

9 Cf. C. BLANCHET et A. ROBERT, *Les notaires parisiens et la lutte contre le blanchiment des capitaux*, in Revue du GRASCO n° 3, octobre 2012, p. 59.

10 Ceci renvoie en réalité à l'obligation de vigilance propre aux établissements bancaires dépositaires des comptes affectés des offices, mais oblige l'huissier de justice à communiquer à ces établissements – sur leur demande – l'identité d'un bénéficiaire effectif.

11 La déclaration est pour l'instant écrite, après téléchargement du formulaire sur le site de TRACFIN.

12 Ce contrôle est maintenant expressément prévu par le deuxième alinéa de l'article 94-11 du décret du 29 février 1956.

13 L'article L 561-36-III prévoit l'engagement d'une procédure en cas de grave défaut de vigilance ou de carence dans l'organisation des procédures internes de contrôle.

ANALYSE DE L'ARNAQUE DIT DU « BON COIN »

SEBASTIEN DUPENT

INGÉNIEUR ANLYSTE TIC
SPECIALISTE INDENTIFICATION FRAUDE ET ANALYSE DE DONNÉES
MEMBRE DU GRASCO

La vaste arnaque mise au jour le 3 novembre 2012 concernant les sites d'e-commerce et tout particulièrement le site du « Bon coin » vient nous rappeler combien l'Internet est un espace de non-droit et combien les utilisateurs ne sont pas encore au fait des mesures à prendre pour sécuriser leurs transactions.

A) La Fraude

Les personnes à l'origine de cette arnaque ont fait preuve d'une grande maîtrise des « failles » non pas informatiques, mais humaines. Pour réaliser leur méfait, ceux-ci n'ont pas utilisé une technique, mais ils ont réuni une multitude de pratiques déjà connues et utilisées par des organisations criminelles, pour tromper la vigilance des consommateurs et s'assurer une certaine impunité.

Pour se prémunir contre ce genre d'arnaque, il est essentiel d'analyser les mécanismes mis en oeuvre.

1) Arnaque à la Nigériane :

Cette arnaque consiste à envoyer un courrier (le plus souvent électronique) par lequel une personne arguant d'un statut social au-dessus de tout soupçon demande au destinataire de l'aider dans une transaction financière en échange d'une commission. Pour ce faire, le destinataire doit fournir son numéro de compte bancaire et aussi avancer une partie des frais de la transaction et divers autres frais de gestion.

Pour être sûr d'amorcer le plus grand nombre possible de personnes, une multitude de mails est envoyée sur une base d'adresses obtenue soit auprès de sociétés fournissant des listings, soit sur des sites fournissant des services d'envoi « Viral ». En outre, les sommes demandées sont généralement raisonnables de façon à séduire les personnes à faibles revenus et aussi à éviter les dépôts de plainte.

Dans le cas du Bon coin, nous avons affaire à une variante de l'arnaque à la Nigériane, puisqu'en effet, la transaction financière a été remplacée par une vente de marchandises et que l'amorçage ne s'effectue pas par un envoi massif de mails, mais par des réponses à des annonces passées sur des sites marchands, et qu'à chaque transaction, 2 personnes sont trompées sur l'identité réelle de leur interlocuteur.

- Le vendeur : celui-ci croit avoir affaire à un client résidant en France, et pense avoir reçu une confirmation de la transaction.
- L'intermédiaire ou mule : Cette personne pense travailler pour une société anglaise et effectuer un travail légal de boîte aux lettres, sur la base du contrat de travail qu'il a signé.

1) Utilisation de mules :

La mule est une personne utilisée à ses dépens ou non pour convoyer des marchandises illégales (généralement de la drogue ou des fonds financiers) ;

Dans le cas qui nous intéresse, la mule ou les mules ont été recrutées par une pseudo société anglaise dans le but de servir d'intermédiaires, en recevant des colis achetés en France puis en les réexpédiant au Ghana. Ces intermédiaires ayant signé un contrat de travail et recevant un salaire de 1400 € brut mensuel, pensaient exercer un travail légal.

On peut supposer que le recrutement de ces mules s'est effectué au moyen d'annonces, soit publiées sur un site, soit reçues par mail proposant de gagner de l'argent en travaillant de chez

soi, avec une charge réduite de travail. On peut légitimement penser que le recrutement s'est effectué sans entretien et par échange de mail ou par téléphone.

L'enquête a montré que l'entreprise anglaise n'existait pas et que le contrat de travail n'avait aucune valeur juridique et qu'aucune déclaration préalable à l'embauche n'avait été effectuée.

1) Création et usage de faux :

Il s'agit de la remise d'un document en fac-similé, ayant pour objectif de rendre crédible une situation ou une transaction en reprenant ou copiant des informations légales.

Dans le cas d'espèce, les fraudeurs faisaient parvenir, probablement à l'aide d'une fausse adresse mail au nom de Paypal, un reçu contrefait confirmant que la demande de transfert du montant correspondant aux articles achetés a été effectuée.

B) Les faits pouvant être incriminés

Bien qu'il y ait très peu de chances que les responsables de cette escroquerie puissent être retrouvés et poursuivis du fait qu'il n'existe aucun accord entre la France et le Ghana, les qualifications pénales susceptibles de trouver application sont les suivantes :

1) Escroquerie

Les articles 313-1 et suivants du Code pénal définissent l'escroquerie comme le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.

L'originalité de cette vaste arnaque est que les faits commis ne concernent pas une seule catégorie de personnes escroquées, mais deux.

- La première concerne les vendeurs, qui ont été trompés sur le fait que leurs clients ne résidaient pas en France et par la remise d'un faux reçu de transfert de fonds provenant d'une adresse mail probablement contrefaite
- La seconde concerne la ou les mules, qui ont été trompées sur le fait que la société anglaise n'existait pas.

Les auteurs de cette infraction peuvent être punis de cinq ans d'emprisonnement et de 375.000 euros d'amende

2) Faux en écriture

Selon l'article 441-1 du Code pénal, constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques.

Deux faits pourraient caractériser cette infraction :

- La Réalisation de faux reçus de la société Paypal
- La Réalisation d'un faux contrat de travail

Cette infraction est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

3) Contrefaçon

L'utilisation du nom ainsi que probablement d'une fausse adresse mail correspondant à la société Paypal sans son accord et la reproduction supposée du logo de celle-ci sur les reçus permettraient que l'un voire plusieurs délits de contrefaçon soient constitués et puissent être punis au visa de l'article L521-10 du code de la propriété intellectuelle à 300 000 Euro d'amende et à trois ans d'emprisonnement.

Pour ces trois infractions, la circonstance aggravante de bande organisée, définie au terme de l'article 132-71 du Code pénal comme « tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions », pourrait être prévue.

4) Travail Illicite

L'utilisation d'un faux contrat de travail qui a pour conséquence la non-déclaration préalable à l'embauche, permet de qualifier l'activité exercée par la mule de travail dissimulé selon les articles L8221-3 et L8221-5 du code du travail.

L'auteur de cette infraction encourt deux types de sanctions :

- Sanctions pénales : selon l'article 8224-1 du Code du travail, le travail dissimulé est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euro d'amende, une peine complémentaire peut, selon l'article L8224-3 du Code du travail, venir s'ajouter aux sanctions précédentes :
  - L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 du Code pénal, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou

une société commerciale. Ces interdictions d'exercice peuvent être prononcées cumulativement

- ❍ L'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus
- ❍ La confiscation des objets ayant servi directement ou indirectement à commettre l'infraction ou qui ont été utilisés à cette occasion, ainsi que de ceux qui en sont le produit et qui appartiennent au condamné
- ❍ L'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues à l'article 131-35 du Code pénal et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'elle désigne. Ces frais ne peuvent excéder le montant maximum de l'amende encourue
- ❍ L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 du Code pénal, des droits civiques, civils et de famille.

- Sanction Civile : selon les articles L8223-1 et L8223-2 du Code du travail, la mule pourrait poursuivre les personnes étant à l'origine de cette arnaque et obtenir une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire s'il est avéré que celle-ci est bien une victime.

C) Conclusion

Les fraudes sur internet connaissent actuellement une recrudescence, et ne peuvent se catégoriser dans une pratique unique. Parmi celles-ci, les plus courantes ou en voie de développement sont :

- Fraude à la carte bancaire : Il s'agit de la fraude qui a connu ces dernières années la plus forte augmentation, avec une croissance de 22% entre 2010 et 2011. Sur internet elle représente 33% du coût total de la fraude à la carte bancaire alors qu'elle ne représente que 5% des transactions par ce moyen de paiement. Face à cette fraude, les banques et les sites marchands ont commencé à mettre en place des moyens de protection, notamment l'envoi par texto au détenteur de la carte d'un code permettant de valider la transaction.
- Fraude à la nigérienne ou par faux : Ce type de fraude est l'une de celles qui recouvre le plus de domaines. Pourtant, à partir de quelques bonnes pratiques, il est simple de s'en prémunir.
  - ❍ Toujours se méfier des offres promettant de gagner de l'argent très rapidement.
  - ❍ Vérifier l'identité réelle de l'interlocuteur par l'utilisation d'un moteur de recherche, Internet étant une formidable banque de données, ce qui permet de trouver facilement des informations sur une personne qu'elle soit morale ou physique.
  - ❍ Lors de la réception d'un mail confirmant un paiement, il suffit de se rendre sur le site de l'organisme financier et de vérifier la réalité du transfert.
  - ❍ Lors de la réception d'un mail, la vérification de sa provenance s'impose, il faut pour cela effectuer un clic droit sur l'en-tête ou le corps du mail et sélectionner « afficher la source du message ». Dans le listing informatique obtenu, il faut rechercher « sender IP is », puis copier ou noter l'adresse IP suivant ce texte. Ensuite, à l'aide d'un site permettant de localiser une adresse IP, de rechercher la localisation de l'emplacement géographique du serveur ayant effectué l'envoi.
- Arnaque au produit non conforme : Il s'agit ici d'une fraude récente issue d'un accord entre Paypal et le site marchand Ebay ; celui-ci permet aux acheteurs de déclarer la marchandise non conforme et d'être remboursés sans obligation de retour de marchandise. Certains acheteurs, bien que le produit corresponde à leur achat et en parfait état, déclarent celui-ci non conforme, ce qui leur permet d'être remboursés et de garder la marchandise reçue. Bien qu'actuellement il n'existe officiellement aucune parade, puisque Paypal donne, dans la plupart des cas, raison à l'acheteur et prélève la somme sur le compte du vendeur.
- Il serait souhaitable que Paypal, au regard du nombre de vendeurs ayant subi cette fraude change son règlement et exige au moins le retour de la marchandise ou une preuve significative de la non-conformité du produit avant d'effectuer le remboursement. En attendant une telle modification, le vendeur peut refuser d'alimenter son compte tant que le produit ne lui a pas été retourné, sur la base de l'article L132-1 du Code de la consommation qui énonce que dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre

significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

Il demeure que l'utilisateur doit faire preuve d'une vigilance renforcée et surtout ne doit pas hésiter à signaler toutes les activités qui lui sembleraient suspectes, puisque la force des cybers-escrocs est principalement due au fait que peu d'internautes portent plainte en raison des montants modiques des sommes en jeu.

Notes :

1 Appelée aussi Fraude 419 ou Scan 419 qui correspond à l'article de loi nigérienne sanctionnant ce type de délit

2 Email / Courriel

3 Huissier, chef d'entreprise, docteur, notaire avocat ou officiel du gouvernement, etc...

4 Héritage, transfert d'argent d'un compte vers un autre

5 Généralement de 10%

6 Cette arnaque fait partie de la technique de piratage appelée phishing

7 On se trouve dans ce cas dans l'une des formes les plus nuisibles de spam

8 Il existe de nombreuses autres solutions, comme la création de faux concours, d'échange sur des forums dédiés.

9 Site appelé C to C

10 Bien qu'officiellement l'enquête de police n'ait entendu qu'une internaute Brestoise, on peut penser que d'autres mules existent.

11 Qui s'avère être un faux

12 Ce genre de propositions beaucoup trop séduisantes pour être honnêtes doivent être ignorées, ou alors une vérification des références très avancée doit être effectuée (registre du commerce, recherche sur internet etc...)

13 Aucune information concernant l'origine du document n'a été publiée par la police

14 Même infraction ayant pu toucher plusieurs personnes différentes

15 Selon l'article L515-1 du Code de la propriété intellectuelle faisant référence à l'article 19 du règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil, du 12 décembre 2001

16 En 2012 on peut estimer à 2 fraudes par minute sur internet

17 http://www.lefigaro.fr/conso/2012/07/02/05007-20120702ARTFIG00513-la-fraude-a-la-carte-bancaire-progresse-encore.php

18 Chiffre indiqué par l'UFC-Que Choisir dans une conférence de presse qui s'est tenue le 16 février 2012.

19 Pour les sociétés, il existe des sites d'information sur leur statut et domaine d'activité (par exemple http://www.societe.com/)

20 Attention à ne pas cliquer sur un lien fourni dans le mail, mais en saisissant l'adresse directement dans le navigateur

21 Suite de chiffres séparés, de points, ex : 192.168.1.50 ou 81.252.91.131 ou 199.101.172.42 etc...

22 Il suffit d'effectuer une recherche dans un moteur de recherche. Ex : http://www.localiser-ip.com/

23 Cette localisation n'est pas précise, mais permet d'avoir une estimation de la région du monde d'où provient le mail

24 Si le compte n'a pas les fonds nécessaires, Paypal fait parvenir un mail au vendeur pour qu'il approvisionne son compte de la somme correspondante avec injonction de son service de recouvrement.

25 Ici PayPal

26 Ici le vendeur

27 https://www.internet-signalement.gouv.fr/PortailWeb/planets/Accueil!input.action

OUVRAGES RÉCENTS

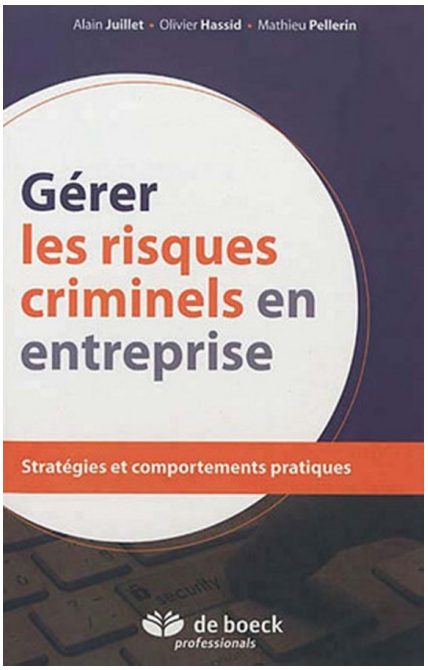
ETHIQUE ET CRIMINALITE FINANCIERE

AUTEURS : ALAIN JUILLET, OLIVIER HASSID ET MATHIEU PELLERIN

EDITEUR : DE BOECK PROFESSIONALS

Présentation de l'éditeur :

Les entreprises doivent aujourd'hui gérer des risques criminels très diversifiés qui mettent en péril leur existence même. Ce livre aborde de façon pratique l'ensemble des problématiques qui touchent aujourd'hui la Sûreté d'entreprise : - À quelles menaces les entreprises doivent-elles faire face et comment ? - Comment doivent-elles juridiquement se protéger ? - Quels sont les acteurs de la Sûreté ? - Comment structurer le département Sûreté d'une entreprise ? - Comment déployer une stratégie de prévention des risques ? - Que protéger et avec quels outils ? - Comment le métier de la sûreté va-t-il évoluer à l'avenir ? À travers



d'innombrables exemples empruntés à l'actualité, **Alain Juillet, Olivier Hassid** et **Mathieu Pellerin**, décortiquent le monde aussi méconnu que passionnant de la sûreté pour apporter des réponses concrètes à ces questions.

Alain Juillet, ancien directeur du renseignement à la DGSE et Haut Responsable pour l'Intelligence Économique en France auprès du premier Ministre jusqu'en 2009. **Olivier Hassid** dirige le CDSE (Club des Directeurs de Sécurité des Entreprises). Il est chargé de cours à l'université Panthéon Sorbonne et Paris Descartes et conférencier à l'école Nationale de la Sécurité Publique. **Mathieu Pellerin** est chercheur à l'IFRI (Institut Français de Relations Internationales), Consultant en risque-pays et intelligence économique pour de grandes entreprises et des institutions françaises et internationales.

DU COTE DES PRATICIENS

« PERSONNES POLITIQUEMENT EXPOSÉES »

VERS UNE PRIVATISATION DU RENSEIGNEMENT ?

ENTRETIEN CONDUIT PAR ANTOINE GARAPON, SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE L'INSTITUT DES HAUTES ETUDES SUR LE JUSTICE, AVEC DAMIEN MARTINEZ, DIRECTEUR DES VENTES, WORLD CHECK-FRANCE, DANS LE CADRE DE L'ÉMISSION LE BIEN COMMUN DU 11 NOVEMBRE 2012 SUR FRANCE CULTURE ET PUBLIÉ SUR LE SITE CONVENTIONS LE 17 JANVIER 2013 WWW.CONVENTION-S.FR

Antoine Garapon : *La notion de « PPE », ou « personne politiquement exposées »(Ou « PEP » en anglais, pour « politically exposed person ») a fait son apparition récemment. Il s'agit d'identifier dans les transactions bancaires les personnes qui, en raison de leurs fonctions politiques, juridiques ou administratives, détiennent un pouvoir important, exploitable par exemple dans des pactes de corruption. Cette classification s'étend aux familles de PPE et elle s'applique durablement, même après la cessation de leurs fonctions. L'appartenance à cette catégorie fait peser une obligation renforcée de vigilance sur les banquiers qui travailleraient avec ce type de personnalités, ce qui a conduit à générer de nouvelles professions et un nouveau secteur. Damien Martinez, vous êtes responsable pour l'Europe de l'une de ces nouvelles entreprises, World Check, qui a pour fonction de dresser ces profils... Pouvez-vous nous expliquer votre métier et depuis combien de temps il existe ?*

Damien Martinez : Ce métier est en effet assez récent et a un impact certain sur la marche des opérations bancaires, dans le monde entier, depuis une dizaine d'années. Il consiste à profiler des individus qui peuvent éventuellement représenter un risque de réputation pour les opérations bancaires. Il devient effectivement nécessaire d'identifier les personnes à risque de très haut niveau. Il y a dix ans, nous avons commencé à l'arrière d'une cuisine à Zurich où, avec

le fondateur de l'institution, sa mère et son épouse, nous vérifiions les données à la main.

Aujourd'hui, la société pour laquelle je travaille regroupe sept cents collaborateurs, des analystes en temps réel qui couvrent tous les secteurs politiques à travers le monde. Notre activité participe de la moralisation de la vie des affaires : à partir du moment où des hommes politiques ont des responsabilités, les citoyens sont en droit d'exiger de la transparence. Personne n'exécute d'opérations bancaires sans que cela se sache. Notre institution équipe quarante-neuf des cinquante grandes institutions bancaires dans le monde, donc quel que soit l'endroit où vous ouvrez un compte, votre nom va apparaître. Nous ne travaillons qu'avec des sources vérifiables, que l'on peut croiser : des sources authentifiées et opposables. Et seulement avec des informations publiques. Chaque profil est surveillé quotidiennement, à la main, par un analyste. Il existe à présent à l'échelle globale des océans entiers de données utilisables pour identifier les responsabilités politiques de telle ou telle personne.

À la fin des années 1990, 2000, quelques grandes affaires fondatrices ont poussé à s'interroger sur la possibilité d'établir un renseignement biographique suffisamment fin pour profiler, ce que seuls les policiers faisaient jusque-là. Cette initiative a été portée par deux grandes

banques suisses qui ont commencé à contrôler de façon scrupuleuse les comptes des personnes élues dans tous les pays. De gros établissements comme la société mère de World Check (Crédit suisse et UBS) détenaient une quantité colossale d'information. Les banques privées suisses représentent un tiers de la fortune mondiale *offshore*. Lors des grosses affaires de corruption mondiale, il fallait donc savoir ce qu'il y avait dans ces comptes.

Actuellement, dans la finance mondiale, il y a un magma qui circule très vite. Ce qu'ont introduit les PPE c'est une approche du client par le risque, le risque politique et le risque pour les banques. Les banques doivent connaître leur client, cela fait partie des recommandations de l'OCDE. Aujourd'hui, la troisième directive de l'UE en matière de blanchiment, qui établit les règles en matière de lutte antiblanchiment, exprime l'obligation pour les opérateurs financiers et pour les professions dites associées de repérer parmi les clients ceux qui exercent une responsabilité de premier plan au sein de l'État. La France fait partie de l'OCDE et de l'UE. Elle est donc comprise dans ce type d'initiative. Par ailleurs, de grandes banques françaises font partie du Wolfsberg Group, un groupe interprofessionnel associant onze des plus grandes banques au monde, qui réfléchit aux phénomènes de blanchiment sous le contrôle de l'ACP, l'Autorité de contrôle prudentiel.

En somme, le renseignement s'est privatisé pour que les établissements financiers jouent à armes égales avec les États. Il est cependant nécessaire de rappeler que le profilage n'est pas nécessairement conditionné par le comportement, dans la mesure où l'on peut être profilé sans avoir rien fait de répréhensible.

Antoine Garapon : *L'analyse des comptes bancaires permet de fonder la lutte antiterroriste et celle-ci permet d'identifier des personnes qui deviennent en quelque sorte des intouchables. Les États ont donc externalisé auprès des banques une partie de leurs politiques de sécurité ?*

Damien Martinez : En France, en Allemagne ou en Italie, nous sommes sur des modèles de *on shore banking*. Le banquier connaît tous les aspects de la vie des particuliers. C'est une source de renseignement telle que les États-Unis ont développé à partir de celle-ci un programme de lutte contre le terrorisme, le Terrorist Finance Tracking Program (TFTP). Dans l'*on shore banking*, on connaît l'environnement du client. C'est très différent pour l'*off shore banking*, où le client peut revenir dix ans plus tard sans que l'on sache ce qu'il a fait lors de cette période, ce qui rend son profilage très difficile. Deux types de personnes se retrouvent dans les bases de données : certaines y sont en raison de ce qu'elles font (criminels, etc.) et d'autres en raison de ce qu'elles sont, c'est-à-dire du fait de leurs responsabilités.

Le processus se déroule comme suit : vous vous présentez dans une phase d'ouverture de relations, le banquier va vérifier qui vous êtes, voir si votre profil est connu, notamment dans notre base de données. Si vous êtes un PPE national, vous serez soumis à une surveillance de routine. Si vous êtes PPE non national c'est plus compliqué, surtout avec une approche croisée des risques (si vous venez d'un pays particulier ou si vous êtes le fils ou le frère d'un PPE). Dans ce cas de figure, la relation sera bloquée pendant un moment et le banquier va déclencher une alerte. Il fera ensuite un rapport de vigilance accrue (ou le fera rédiger) avant d'établir une mesure du risque de type coût/bénéfice.

S'il y a une problématique de sûreté, c'est différent. Une fois le banquier alerté par un profil de PPE, il est dans l'obligation de le déclarer à la cellule de renseignement financier, comme TRACFIN en France. Il faut d'ailleurs souligner l'importance de cette cellule, capable de délivrer une information efficace, rapide et peu coûteuse. L'agent de conformité va ensuite faire une déclaration de soupçon à son autorité (comme TRACFIN), qui jugera de l'opportunité d'une poursuite (en en appelant au ministère public) ou de garder ces informations à fin d'action, pour plus tard. On a toute une chaîne de production de l'information et de conversion en action politicienne, dans le cadre par exemple de la lutte contre le crime organisé ou le blanchiment d'argent. Si demain un des fils Kadhafi voulait ouvrir une relation bancaire alors qu'il est sous sanction internationale, il faudrait que la banque soit informée en temps réel. C'est une tâche à laquelle les États ne peuvent plus répondre seuls en raison de l'important volume des données. Ils mettent donc en place toute une chaîne d'acteurs dans laquelle ils incorporent des acteurs privés.

Antoine Garapon : *N'y a-t-il pas un risque à ce que les « vraies » PPE échappent à ce contrôle, alors que seuls les petits acteurs se feront prendre ? Les contrôles ne risquent-ils pas d'être déjà dépassés face aux escouades d'avocats que peuvent s'offrir les PPE ?*

Damien Martinez : Il y a eu une époque où les acteurs publics n'étaient pas très au fait des manoeuvres financières.

Il est vrai que les gens qui ont la volonté de se dissimuler empruntent d'autres chemins, si puissante que soit la banque de

données. Il est ainsi très compliqué de dénicher les ayants droit d'un trust (*ultimate beneficial owner*). Un trust est une structure de droit anglais qui crée un petit collectif et gère de façon anonyme une fortune, ce qui permet aux ayants droit de se dissimuler derrière un maquillage administratif, sans compter les montages juridiques dans les paradis fiscaux. Étant donné que les coopérations juridiques marchent assez peu avec ces pays, il est très difficile d'obtenir des informations sur l'identité des bénéficiaires effectifs. La difficulté tient notamment en ce que tous les acteurs, en particulier les États, ne jouent pas forcément selon les mêmes règles du jeu.

Pour ce qui est des erreurs éventuelles, il est bien sûr possible de sortir de nos fichiers avec les mesures légales en place, le droit à l'oubli, le droit de rectification. Les gens sortent de nos fichiers quand ils n'ont plus rien à y faire, mais la question de l'influence des personnes est fonction de l'importance de leur mandat. Il n'est pas sûr que celle-ci disparaisse avec la fin des mandats de la plupart des chefs d'État, par exemple, dès lors que ceux-ci demeurent des personnes d'influence à l'échelle internationale.

Néanmoins, et malgré ces limites à notre action, nous espérons contribuer à l'assainissement du climat des affaires. En travaillant à éliminer le risque lié aux personnes dans les activités bancaires, notre activité apporte sa contribution pour plus de transparence.

LU POUR VOUS

LA CYBERCRIMINALITÉ EN MOUVEMENT

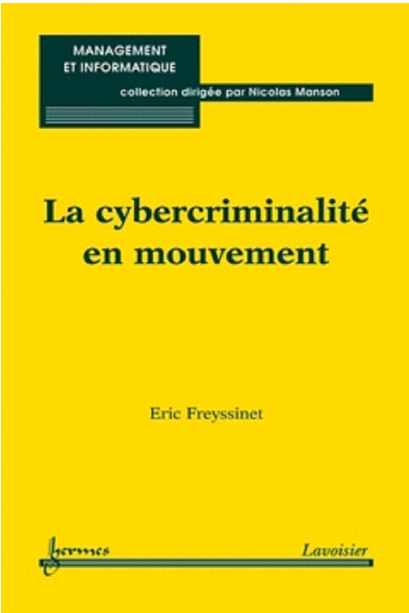
AUTEUR : ERIC FREYSSINET – EDITIONS LAVOISIER

RECENSION PAR DANIEL GUINIER

La cybercriminalité est en mouvement depuis une trentaine d'années. Elle se développe et se professionnalise, et les événements montrent que la société est en carence de mobilisation. Il s'agit d'être en mesure de comprendre le phénomène et de protéger la collectivité, qu'il s'agisse d'Etats, d'entreprises ou de particuliers. Il s'agit aussi de lutter efficacement contre celui-ci, alors que tôt ou tard les uns ou les autres en seront les victimes. **C'est ce parcours structurant et global que nous propose l'auteur**, en s'appuyant sur des exemples concrets. D'une grande clarté, l'ouvrage s'adresse autant aux professionnels qu'aux simples citoyens.

Le lieutenant-colonel Eric Freyssinet, maintenant à la tête de la division de lutte contre la cybercriminalité du pôle judiciaire de la gendarmerie nationale, fait partager ses compétences de haut niveau, et son expérience acquise au cours de ses missions au sein de cette institution, par une restitution pédagogique.

Il souligne que la cybercriminalité évolue en fonction des technologies et des usages. Ainsi, avec la mobilité, les ter-



minaux sont de plus en plus puissants tout en étant vulnérables, alors qu'ils sont maintenant utilisés comme support de paiement. Il nous fait aussi s'interroger sur le recours peu maîtrisé aux réseaux sans fil, à l'informatique en nuages, au télétravail y compris en déplacement, avec un mélange entre vies professionnelle et privée sans omettre les réseaux sociaux. Il présente la cybercriminalité comme un *business* rentable dans lequel la criminalité organisée a investi en se diversifiant : *escroqueries, contrefaçons, trafics, blanchiment, etc.*, pour générer des revenus rapides et élevés, à moindre risque, en bénéficiant d'infrastructures nouvelles fondées sur les *botnets,* avec la facilité à recourir à de fausses identités.

Concernant la prévention et la lutte, il aborde les points critiques. Il propose ensuite des pistes qui visent l'amélioration des remontées et le partage des informations, et la notification des incidents de sécurité. Il révèle que, malgré les imperfections, les difficultés à propos de la conservation des données, et une législation et des pratiques à améliorer, la maîtrise des textes juridiques est un outil important. Enfin, il insiste sur les moyens de la coopération et le rôle de l'Europe, avec des espoirs fondés sur le futur Centre européen contre la cybercriminalité.

LA JURISPRUDENCE, RÉVÉLATRICE DES INSUFFISANCES DU DROIT EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

ERIC ALT

CONSEILLER RÉFÉRENDAIRE À LA COUR DE CASSATION,
CO-AUTEUR DE L'ESPRIT DE CORRUPTION (ED DU BORD DE L'EAU).

En matière de lutte contre la corruption, la situation de la France s'est dégradée. En témoignent notamment l'indice de perception de la corruption, l'évaluation du système d'intégrité de la France, réalisées par Transparence International et les enquêtes d'opinion. Plus récemment, le rapport de l'OCDE sur l'application de la Convention sur la corruption d'agents publics étrangers a mis en évidence de nombreuses insuffisances.

La jurisprudence est un autre révélateur des insuffisances de la législation et de son application. Le juge peut combler certaines failles, résister à certaines dérives. L'exploration de cette jurisprudence révèle aussi la nécessité de réformer un système qui ne répond que très imparfaitement aux enjeux de la grande délinquance économique et financière.

1. Les zones grises de la lutte contre la corruption

Le politologue américain Arnold Heidenheimer distinguait la corruption-troc ("*market corruption*") où les termes de l'échange sont parfaitement définis, et la corruption-échange social ("*parochial corruption*") dans laquelle les termes de l'échange sont imprécis. Le lien social doit alors procurer des bénéfices futurs, un renvoi d'ascenseur. C'est une corruption de connivence, qui emprunte des formes diverses et sophistiquées. C'est dans cette seconde catégorie que s'étendent les zones grises de la corruption. Le droit parvient difficilement à cerner ces zones grises.

1.1. Les lanceurs d'alerte

La protection des lanceurs d'alerte est un enjeu relativement récent. D'une part, les dérives de systèmes développés dans les pays anglo-saxons devaient être prévenues. D'autre part, la liberté d'expression des lanceurs d'alerte devait être protégée.

Prévenir les dérives des systèmes d'alerte

La loi Américaine dite “Sarbanes Oxley”, impose des règles strictes de transparence, d’alerte et de contrôle des sociétés cotées aux Etats-Unis. Dassault systems, qui comprend des filiales dans 27 pays, a mis en place un dispositif d’alerte professionnelle. Mais celui-ci pouvait empiéter sur les libertés des salariés.

La Cour de cassation a jugé que *les salariés jouissent, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de leur liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées.*

Un dispositif d'alerte professionnelle ne peut avoir pour objet que la mise en oeuvre de traitements répondant à une obligation législative et réglementaire de droit français visant à l'établissement de procédure de contrôle interne dans les domaines financier, comptable, bancaire et de lutte contre la corruption, ainsi que celle de traitements relatifs aux domaines comptables et d'audit dans les entreprises concernées par la section 301 (4) de la loi américaine dite "Sarbanes Oxley" ; les faits recueillis sont strictement limités aux domaines concernés par le dispositif d'alerte.

Doit donc être cassé l'arrêt qui admet qu'un dispositif d'alerte professionnelle faisant l'objet d'un tel engagement de conformité peut avoir un objet plus large (Ch. Soc., 8 décembre 2009, bull. soc. n° 276).

Protéger la liberté d'expression des lanceurs d'alerte

L'intérêt général qui s'attache à la révélation de bonne foi interdit des représailles sur le fondement de la diffamation ou du manquement à l'obligation de réserve.

Ainsi, Serge Piriou, conseiller municipal de Corbeil-Essonne avait publié un communiqué sous le titre "Serge Dassault, sénateur maire UMP de Corbeil-Essonnes a-t-il été à l'origine d'un délit de favoritisme avec Bouygues Immobilier ?"

La relaxe des poursuites en diffamation est approuvée par la Cour de cassation : *La bonne foi doit être appréciée en tenant compte du caractère d'intérêt général du sujet sur lequel portent les propos litigieux, et du contexte politique dans lequel ils s'inscrivent* (*Crim. 19 janvier 2010, bull. crim., n° 12).*

De même pour Denis Robert : Canal + avait diffusé dans l'émission "90 minutes", le 1er mars 2001, son documentaire intitulé "Les dissimulateurs". La société luxembourgeoise Clearstream banking avait obtenu la condamnation de l'essayiste.

Cette condamnation est cassée *au visa de l'article 10 de la CEDH: Le bénéfice de la bonne foi ne peut être refusé à l'auteur d'un reportage dès lors que l'intérêt général du sujet traité par ce journaliste d'investigation et le sérieux constaté de l'enquête autorisaient les propos et les imputations qu'il contient.* (Civ. 1ère, 3 février 2011, bull. civ., n° 21).

Enfin, dans le cas d'une magistrate sanctionnée pour avoir critiqué publiquement la conduite de plusieurs responsables de sa hiérarchie, affirmé que les pressions sur les juges étaient monnaie courante et exprimé des doutes sur l'impartialité de la juridiction de Moscou, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « l'*intéressée a sans nul doute soulevé une très importante question d'intérêt général méritant de faire l'objet d'un débat libre dans une société. démocratique. [...] Même si Mme Koudechkina s'est autorisée une certaine dose d'exagération et de généralisation, ses propos doivent être considérés comme un commentaire objectif sur une question revêtant une grande importance pour le public (...) ». Cette liberté de parole critique est une première condition d'un débat sur le fonctionnement du système et sa manière de produire des décisions (CEDH Arrêt du 26 février 2009, req. n° 29492/05).*

Mais la protection des lanceurs d'alerte reste imparfaite. Des réformes sont envisagées en France :

- une proposition de loi vise la création d'une Haute autorité de l'expertise scientifique et de l'alerte sanitaire et environnementale (pour l'instant limitée à ces domaines) ;
- le rapport "pour un renouveau démocratique" (rapport Jospin) propose la mise en place d'un « dispositif ouvert d'alerte éthique ».

Ce dispositif pourrait notamment s'inspirer de deux exemples étrangers :

- Le Royaume-Uni a été l'un des premiers pays européens à légiférer sur la protection des « donneurs d'alerte » par la promulgation en 1998 du *Public Interest Disclosure Act* (PIDA).

  Ce dispositif a été complété par des initiatives associatives : le lanceur d'alerte, individu ou association à but non lucratif, peut trouver un soutien dans une association (*Public concern at work*). Cette association présente l'originalité de proposer aussi aux entreprises de jouer un rôle d'interface et de prendre en charge, moyennant le paiement d'une cotisation, un service de formation, de consultation et aussi de réception des signalements des employés. L'association s'engage à respecter les règles de protection des données.

- Au Canada, les fonctionnaires peuvent signaler directement les faits au Commissaire à l'intégrité du secteur public. De plus, un "tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles" a été créé. Composé de juges, il a le pouvoir de déterminer s'il y a eu représailles après la divulgation. Il peut ordonner des réparations pour le fonctionnaire et des sanctions contre les auteurs de

représailles ou ceux qui ont fait obstacle aux enquêtes.

1.2. Lobbysme et trafic d'influence

Si le lobbysme n'est pas corrupteur en soi, il peut facilement dériver vers le trafic d'influence. La jurisprudence a pris la mesure de ce risque.

Ainsi, un consultant reçoit 139 000€ de Thales pour obtenir un marché. Il est condamné. Il se pourvoit en cassation, soutenant qu'il s'agissait de l'exécution d'un contrat de consulting et de lobbying.

Le pourvoi est rejeté : *Constitue le délit de trafic d'influence passif et non une simple activité de conseil en stratégie, le fait, pour un particulier, moyennant rémunération, de mettre à la disposition d'une société un réseau d'influence et un carnet d'adresses en vue de lui faire obtenir un marché d'armement grâce à des interventions auprès de différentes autorités civiles et militaires.* (*Crim. 4 mai 2011, bull. crim., n°93).*

Cette jurisprudence n'est pas applicable pour le cas de trafic d'influence exercé en direction d'agents publics étrangers, le législateur ayant refusé de créer une telle incrimination.

Une réflexion plus globale sur le lobbyisme est cependant nécessaire.

En France, la Commission sur la prévention des conflits d'intérêts propose notamment :

- un registre des lobbyistes professionnels (ou, à tout le moins, rémunérés), dit « lobbyistes-conseils », ainsi que des salariés exerçant des activités de lobbying;
- un code de conduite des lobbyistes;
- un code de conduite des responsables publics : le code de conduite des fonctionnaires (*Guidance for civil servants)* britannique rappelle par exemple l'interdiction de fournir des renseignements confidentiels ou privilégiés ou d'aider un lobbyiste en permettant à ses clients d'avoir des contacts privilégiés avec les ministres.

De même, la « commission pour un renouveau démocratique » propose de confier à une autorité de déontologie de la vie publique un rôle de validation des règles de bonne conduite applicables aux représentants d'intérêts.

En outre, au Canada, une loi de 2002 a créé un commissaire au lobbyisme, nommé sur proposition du premier ministre avec l'approbation des 2/3 des membres de l'Assemblée nationale. Il a une mission de surveillance et de vérification. Les personnels qu'il mandate ont tout pouvoir pour contraindre les personnes concernées à déposer les documents qu'ils jugent nécessaires pour découvrir la vérité. Il peut enfin transmettre ses rapports au directeur des poursuites criminelles et pénales.

1.3. Le blanchiment, infraction autonome

Les zones grises, qui précèdent ou favorisent la corruption sont prises en compte, y compris par la jurisprudence civile qui a une acception très large de l'obligation de vigilance.

Ainsi, des particuliers avaient confié des fonds à une société, de droit irlandais, ayant un compte au Crédit Lyonnais pour une activité spéculative. La société fait faillite et l'action des épargnants en responsabilité contre le Crédit Lyonnais est accueillie. A l'appui de son pourvoi, celui-ci soutient qu'il s'agissait d'une libre prestation de services et que l'obligation de vigilance de la loi du 12 juillet 1990 ne s'appliquait pas.

Le pourvoi est rejeté: *Sans avoir à se référer aux obligations de vigilance imposées aux organismes financiers par l'article 14 de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990, devenu l'article L. 563-3 du code monétaire et financier, une cour d'appel a retenu à juste titre que le fonctionnement du compte d'une société, qui présentait des mouvements très nombreux sans justification apparente et des virements de sommes ainsi créditées sur des comptes étrangers, ouverts en Suisse ou aux Bahamas, ne pouvait qu'attirer l'attention, s'agissant d'opérations qui font nécessairement l'objet d'une surveillance accrue.* (Com. 22 nov. 2011, bull. com. n° 190).

En matière pénale, le caractère autonome de l'infraction de blanchiment permet d'atteindre des infractions sous-jacentes qui ne pourraient être réprimées autrement.

Ainsi dans le cas d'un ministre du pétrole du Nigeria qui avait perçu, de la part de compagnies pétrolières, des commissions en contrepartie de l'octroi de concessions ou de licences d'exploitation : après avoir transité par divers comptes ouverts à Genève et à Gibraltar, les fonds provenant de ces commissions ont été, en 1999 et 2000, mis à

sa disposition, pour un montant global de 16 millions d'euros, dans des banques françaises.

Il a été condamné pour blanchiment, alors même que les conventions sur la corruption d'agent public étranger n'avaient pas été transposées : *Se rend coupable du délit de blanchiment le ministre d'un pays étranger qui, ayant perçu de compagnies pétrolières des commissions en contrepartie de l'octroi de concessions ou de licences d'exploitation dans son pays, transfère les fonds ainsi obtenus sur le territoire national pour les déposer dans des banques et les utiliser pour l'acquisition de biens immobiliers ou mobiliers, dès lors que de tels faits sont réprimés en France sous la qualification de corruption et que les textes qui définissent le délit de blanchiment, infraction générale, distincte et autonome, n'impose ni que l'infraction ayant permis d'obtenir les sommes blanchies ait été commise sur le territoire national ni que les juridictions françaises soient compétentes pour la juger* (Crim. 24 février 2010, bull. crim., n° 37).

Ce raisonnement est aussi applicable au blanchiment de fraude fiscale depuis un arrêt du 20 février 2008 (Bull. crim., n°43).

2. La preuve

Elle fait l'objet de débats entre civilistes et pénalistes qui ont une conception différente des preuves acceptables.

2.1. L'exigence de loyauté de la preuve est forte en matière civile. Ainsi, en matière de droit de la concurrence, l'enregistrement de conversations téléphoniques par l'appelant ou l'appelé n'est pas admise.

Le Conseil de la concurrence avait établi, en 2005, sur la base de telles preuves une entente entre plusieurs sociétés, notamment Philips France et Sony France. Il avait prononcé à l'encontre de chacune de ces deux sociétés une sanction de 16 millions d'euros. Cette décision, confirmée par la cour d'appel, a été cassée *: Il résulte des articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, que l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve (Ass. Plén.*, 7 janvier 2011, bull. Ass. Plén., n°1 *;* Crim. 24 février 2010 préc.)

Le même raisonnement est appliqué en droit fiscal, au moins lorsqu'il est considéré comme matière civile. Ainsi, s'agissant de fichiers obtenus par un piratage informatique, remis à l'administration par un procureur de la République et produits par celle-ci au soutien d'une requête tendant à effectuer des visites domiciliaires et saisies de documents : la Cour de cassation a jugé que *Statue à bon droit, un premier président de cour d'appel qui annule des autorisations de visites et saisies délivrées sur la foi de documents provenant d'un vol, peu important que ces derniers aient été communiqués à l'administration par un procureur de la République en application de l'article L. 101 du livre des procédures fiscales* (Com. 31 janvier 2012, bull. com., n° 22).

En revanche, **le Conseil d'Etat** a admis que l'intervention de l'autorité judiciaire dans la communication de documents, même ultérieurement annulés par le juge pénal, à l'administration fiscale a pour conséquence de "blanchir" ces documents de tout vice originel en sorte que, selon le Conseil d'Etat cette annulation n'a pas pour effet de priver l'administration du droit de s'en prévaloir pour établir les impositions (CE 6 octobre 1999, n°126827).

2.2. L'approche de la chambre criminelle est différente. Dans l'affaire Bettancourt, elle a approuvé une chambre de l'instruction qui avait rejeté le moyen de nullité pris du versement au dossier des enregistrements de conversations privées réalisés par le maître d'hôtel de Mme Bettancourt à l'insu de celle-ci et de ses interlocuteurs, dont ses avocats: *Les enregistrements de conversations privées, réalisés à l'insu des personnes concernées par un particulier, en ce qu'ils ne constituent pas en eux-mêmes des actes ou des pièces de l'information, au sens de l'article 170 du code de procédure pénale, et dès lors qu'ils ne procèdent d'aucune intervention, directe ou indirecte, d'une autorité publique, ne peuvent être annulés en application des articles 171 à 173 du même code. Il en va de même de leur transcription, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu. Il s'agit de simples moyens de preuve soumis à la discussion contradictoire* (Crim. 31 janvier 2012, Bull. crim., n° 27).

2.3. Ces décisions doivent être rapprochées de la jurisprudence européenne. En particulier :

- La Cour européenne des

droits de l'homme, dans des affaires pénales, a jugé que"*L'utilisation d'un enregistrement obtenu de façon déloyale n'avait pas privé le requérant d'un procès équitable* " (CEDH, 10 mars 2009, Bykov c/ Russie, 4378/02 ; CEDH, 30 juin 2009 Viorel Burzo c/ Roumanie) ;

- La Cour de justice de l'Union européenne a jugé en matière de pratiques anticoncurrentielles, que *le principe selon lequel toute personne a droit à un procès équitable ne saurait être interprété en ce sens que des documents qui contiennent des éléments de preuve à charge doivent automatiquement être exclus comme moyen de preuve lorsque certaines informations doivent demeurer confidentielles*. (CJUE 25 janvier 2007, Salzgitter Mannesmann GmbH c/ Commission des Communautés européennes, n° C-411/04 P).

Par ailleurs, en matière fiscale, l'Union européenne pourrait se doter d'un instrument comparable à la législation FATCA (*US Foreign Account Tax Compliance Act*) promulguée le 18 mars 2010 aux Etats-Unis. Cette législation obligera les établissements financiers du monde entier à déclarer aux États-Unis les comptes des ressortissants américains de par le monde. Pour effectuer une telle transmission, l'établissement financier devra obtenir l'accord du client concerné ; un client ne donnant pas son accord sera réputé non disposé à coopérer. En pareil cas, l'établissement financier devra procéder à une retenue fiscale égale à 30 % du montant de tous les paiements en provenance des États-Unis. Les établissements financiers ne s'acquittant pas de ces obligations pourraient être exclus du marché américain.

3. Les entraves aux enquêtes

Les réponses apportées dans certains dossiers particuliers ne permettent pas de faire l'économie d'une réflexion d'ensemble sur la qualité de la loi.

3.1. Ainsi, **le secret défense** avait-il été étendu à certains lieux par une loi de 2010. A l'occasion d'une demande d'acte dans l'affaire dite "de Karachi", le juge d'instruction a posé une question prioritaire de constitutionalité (QPC). Après transmission par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel, celui-ci a *relevé que la classification d'un lieu a pour effet de soustraire une zone géographique définie aux pouvoirs d'investigation de l'autorité judiciaire. Elle subordonne l'exercice de ces pouvoirs d'investigation à une décision administrative. Elle conduit à ce que tous les éléments de preuve, quels qu'ils soient, présents dans ces lieux lui soient inaccessibles tant que cette autorisation n'a pas été délivrée. Elle est, par suite, contraire à la Constitution*. (Cons. Const. Déc. 2011-192 QPC – 10 nov. 2011).

Toutefois, l'importance du pouvoir ministériel pour apprécier l'opportunité d'une déclassification est une singularité française. Dans toutes les autres grandes démocraties européennes, l'autorité judiciaire est appelée à intervenir.

3.2. Les délais courts de **prescription** font souvent obstacle aux poursuites, notamment quand l'infraction a été dissimulée. La systématisation de la jurisprudence permettant de suspendre le délai de prescription permet la poursuite des enquêtes. C'est une application de l'adage classique selon lequel *la prescription ne court pas contre celui qui ne peut valablement agir*.

Ainsi *le délai de prescription de l'action publique en matière* ***de trafic d'influence*** *ne commence à courir, en cas de dissimulation, qu'à partir du jour où l'infraction a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites.* (Crim. 19 mars 2008, Bull. crim., n° 71).

De même, dans l'affaire du marché des lycées d'Ile de France, il a été jugé que *Le délai de prescription du délit de participation frauduleuse à une entente prohibée, infraction instantanée, part du jour où cette infraction a été constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* (Cass. Crim. 20 février 2008, bull. crim., n° 44).

Le *délit de corruption est une infraction instantanée, consommée dès la conclusion du pacte entre le corrupteur et le corrompu, il se renouvelle chaque fois que le corrompu accomplit un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction. Il n'importe que le corrompu n'ait pas accompli lui-même ledit acte dès lors qu'il entrait dans ses attributions d'en proposer ou préparer la réalisation* (Crim. 29 juin 2005, Bull. crim. n° 200). Le délai pouvait donc être reporté, mais non différé en cas de dissimulation.

Ce n'est plus le cas depuis une espèce récente : *le point de départ du délai de prescription des*

*faits de corruption et d'abus de confiance qui ont été dissimulés est reporté à la date où ceux-ci sont apparus et ont pu être constatés dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique (*Crim 6 mai 2009 , n°08-84107*).*

Enfin, **le débat constitutionnel a été tranché** à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionalité intervenue à l'initiative de co-prévenus dans l'affaire des emplois fictifs de la ville de Paris.

La Cour de cassation n'a pas transmis la question au Conseil constitutionnel, considérant que la définition de la prescription ne résultait pas d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. De même, il n'y avait pas violation de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (principe de légalité des délits et des peines). Enfin, il n'y avait pas non plus violation du principe de prévisibilité de la loi en matière de procédure pénale. (Cass. Ass. Plén. 20 mai 2011, n° 11-90.032, n° 11 -90.033 t n° 00-90.042)

Dans de nombreux Etats étrangers, la prescription est proportionnelle à l'échelle des peines, et une tendance à l'allongement des délais peut être relevée. En Allemagne et en Espagne la prescription ainsi calculée : 3 ans pour les peines inférieures à 1 an, 5 ans pour des peines comprises entre 3 et 5 ans ; 10 ans quand les peines encourues vont de 5 à 10 ans.

Il n'existe pas au Royaume-Uni de régime de prescription législative. Pour limiter les poursuites excessivement tardives, les tribunaux appliquent la théorie de l'abus de droit (*abuse of process*) : une poursuite est considérée comme tardive lorsque le prévenu ne peut plus se défendre efficacement, par exemple en raison de l'impossibilité de rassembler ou de discuter les preuves.

3.3. La jurisprudence est aussi résistante aux fraudes à l'immunité

Après la nomination de M. Falcone comme ambassadeur à l'UNESCO, il a été jugé *qu'il ne pouvait pas opposer l'immunité, dès lors que les faits reprochés au prévenu, ressortissant français, sont antérieurs à sa nomination par l'Etat angolais et sans lien avec l'exercice des fonctions diplomatiques.* (Cass. Crim. 8 avril 2006, bull. crim. n° 62).

De même, s'agissant d'une constitution de partie civile de l'association Anticor, contestant la légalité d'une convention de prestation de services signée par la directrice de cabinet du Président de la République et une société de sondages, il a été jugé *qu'aucune disposition constitutionnelle, légale ou conventionnelle ne prévoit l'immunité ou l'irresponsabilité pénale des membres du cabinet du Président de la République, et que le juge d'instruction a l'obligation d'informer sur tous les faits résultant de la plainte et des pièces y analysées, sous toutes leurs qualifications possibles* (Cass. Crim. 19 déc. 2012, n° 12-81043).

La question du statut juridictionnel du Président de la République reste entière. La commission "Pour un renouveau démocratique", a proposé de mettre fin à l'inviolabilité du Président de la République en matières pénale et civile. sous réserve de la création d'une phase d'examen préalable pour écarter les poursuites abusives ou manifestement infondées.

3.4. Enfin, dans certains dossiers emblématiques, la Cour de cassation a réagi aux manoeuvres d'obstruction du parquet

Ainsi, après la constitution de partie civile de la CGT et de SUD contre François Pérol pour prise illégale d'intérêts : ce dernier, secrétaire général adjoint à la présidence de la République, chargé des affaires financières et industrielles, aurait surveillé l'opération de fusion entre les Caisses d'épargne et les Banques populaires jusqu'à sa nomination, le 2 mars 2009, aux fonctions de président du directoire. Le juge d'instruction dit y avoir lieu à informer. Mais sur appel du parquet, la chambre de l'instruction considère n'y avoir lieu à suivre.

L'arrêt est cassé **:** *Les syndicats peuvent se constituer partie civile devant le juge d'instruction, du chef de prise illégale d'intérêts, dès lors que les faits invoqués rendent possible l'existence d'un préjudice, fût-il indirect, résultant de l'atteinte aux intérêts moraux de la profession et distinct de celui qu'ont ou subir individuellement les salariés .*

La juridiction d'instruction ne peut dire n'y avoir lieu à informer, sur le fondement de l'article 86, alinéa 4, du code de procédure pénale, que s'il est établi, de façon manifeste, que les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis. Il appartient à cette juridiction, saisie d'une plainte avec constitution de partie civile du chef de prise

illégale d'intérêts , en application de l'article 432-13 du code pénal, de rechercher la nature des fonctions effectivement exercées par le fonctionnaire ou l'agent d'une administration publique (Cass. crim. 27 juin 2012, n°11.86920).

De même, sur le volet financier de l'affaire Karachi ; sur pourvoi des parties civiles, la chambre criminelle a jugé que *lorsqu'une information judiciaire a été ouverte à la suite d'une atteinte volontaire à la vie d'une personne, les parties civiles constituées de ce chef sont recevables à mettre en mouvement l'action publique pour l'ensemble des faits dont il est possible d'admettre qu'ils se rattachent à ce crime* ***par un lien d'indivisibilité*** (Cass. crim. 27 juin 2012, bull. crim., n° 160).

L'Italie, l'Espagne, l'Allemagne connaissent la légalité des poursuites. Au Royaume-Uni, la décision de classement peut faire l'objet de recours devant une juridiction. La question du statut du parquet français se pose avec une acuité particulière depuis que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il ne pouvait se prévaloir du statut d'autorité judiciaire (CEDH, Moulin c. France, Requête n° 37104/06).

Enfin, l'admission de **la constitution de partie civile des associations** dont l'objet est de lutter contre la corruption est un autre moyen de contourner l'obstruction du parquet. Ainsi, dans l'affaire de Biens mal acquis, la constitution de partie civile de Transparence International France a été admise dès lors *qu'à supposer établis les délits poursuivis, spécialement le recel et le blanchiment en France de biens financés par des détournements de fonds publics, eux-mêmes favorisés par des pratiques de corruption mais distincts de cette infraction, étaient de nature à causer à l'association Transparence International France un préjudice direct et personnel en raison de la spécificité du but et de l'objet de sa mission.* (Cass. crim, 9 novembre 2010, n°09-88272).

C'est une jurisprudence unique, qui exige de toute façon la démonstration au cas par cas de l'intérêt à agir de l'association. Ainsi, la constitution de l'association Anticor n'a pas été admise dans l'affaire des emplois fictifs de la ville de Paris.

Au-delà de ces avancées jurisprudentielles, ces décisions peuvent aussi être lues comme autant d'interpellations du législateur sur la qualité de la loi.

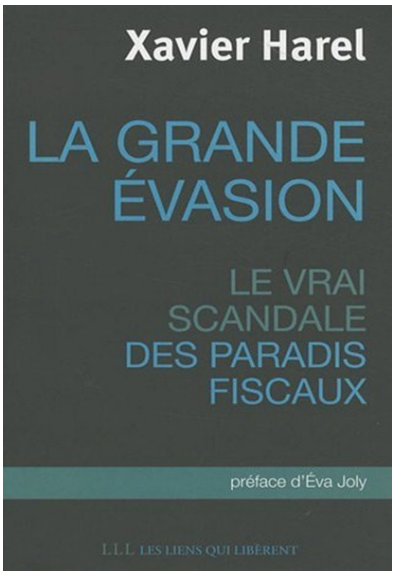
OUVRAGES RÉCENTS

LA GRANDE EVASION

LE VRAI SCANDALE DES PARADIS FISCAUX

AUTEUR : XAVIER HAREL- EDITEUR : LES LIENS QUI LIBERENT

Présentation de l'éditeur : Comment, malgré les rodomontades du G 20 et la crise économique, les plus riches et les multinationales continuent de ne pas payer d'impôts ? Un livre plein de révélations et une enquête au coeur des paradis fiscaux qui fait froid dans le dos : près de 12 000 milliards d'euros dorment toujours



dans ces territoires protégés. Fraude fiscale et moyen pour les grosses entreprises de transférer leurs bénéfices. Un scandale auquel la France n'échappe pas ! L'auteur met à nu les systèmes, trusts, holding, délocalisation, qui permettent souvent en toute légalité de faire peser le poids de l'impôt sur les classes moyennes et les PME.

SAISIE DES AVOIRS CRIMINELS

Observations sur l'arrêt de la Chambre criminelle du 27 novembre 2010 n° 12-85344[1]

CHANTAL CUTAJAR

DIRECTEUR DU GRASCO
(CENTRE DU DROIT DE L'ENTREPRISE - UNIVERSITÉ DE STRASBOURG)

La Chambre criminelle poursuit, avec l'arrêt du 27 novembre 2012 son oeuvre interprétative du nouveau droit des saisies pénales institué par la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010. Cette loi a conféré une base légale aux saisies de comptes bancaires qui étaient pratiquées par le passé au moyen de réquisitions de blocage de compte que la jurisprudence avait validé [2]. Les modalités de cette saisie figurent à l'article 706-154 du Code de procédure pénale. La Chambre criminelle confirme une nouvelle fois[3] que dès lors qu'il n'est pas démontré que les sommes saisies sont le produit direct ou indirect de l'infraction, on est en présence d'une saisie de patrimoine qui doit être soumise aux modalités de l'article 706-148 du Code de procédure pénale, lequel nécessite l'avis préalable du procureur de la République. La portée de cette jurisprudence pourrait aller bien au-delà des saisies de comptes bancaires et, partant, limiter l'efficacité du dispositif de saisies, ce qui pourrait amener le législateur à intervenir une nouvelle fois.

Contexte

Dans le cadre d'une information ouverte contre M. X du chef d'infractions à la législation sur les stupéfiants, le juge d'instruction a rendu le 12 décembre 2011, une ordonnance maintenant la saisie, opérée le 6 décembre 2011 sur son autorisation, des sommes inscrites au crédit de 4 comptes bancaires. Estimant que ces sommes constituaient le produit direct ou indirect des infractions poursuivies, l'ordonnance a été prise au visa des articles 131-21 du Code pénal, 706-153 et 706-154 du Code de procédure pénale.

Le prévenu contestait la validité de la saisie, faisant valoir que les sommes inscrites au crédit de ses comptes bancaires avaient une origine sans lien avec les infractions poursuivies, qu'elles n'étaient donc pas le produit direct ou indirect de ces infractions.

La Cour d'appel, pour confirmer l'ordonnance entreprise, procède à une substitution de motifs et fonde la saisie sur l'article 131-21 al. 6 du Code pénal qui lui, permet, lorsque la loi qui réprime le crime ou le délit le prévoit, la confiscation de tout ou partie des biens appartenant au condamné ou, depuis la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012, dont il a la libre disposition, sans qu'il soit nécessaire de démontrer un quelconque lien entre les sommes déposées sur les comptes et les infractions poursuivies. Dans la mesure où, en l'espèce, M. X encourait au visa de l'article 222-37 du Code pénal la confiscation de tout ou partie de ses biens, rien ne s'opposait à l'application de l'article 131-21 al. 6 du Code pénal.

La Cour de cassation fustige le raisonnement, jugeant que la Chambre de l'instruction avait «sous le couvert d'une substitution de motifs (...) en réalité modifié le fondement de la saisie effectuée, laquelle constituait, au sens de l'article 706-148 du Code de procédure pénale, une

saisie de patrimoine nécessitant l'avis préalable du ministère public».

Analyse

Pour faciliter les saisies en matière pénale, le législateur a institué un parfait parallélisme entre le domaine des saisies et celui des confiscations en posant le principe que « tout ce qui est confiscable est saisissable ». Ainsi, le fondement juridique des saisies figure à l'article 131-21 du Code pénal qui fixe le domaine des confiscations, les dispositions procédurales des articles 706-141 s. ne font que préciser les modalités de ces saisies. Il suffit d'ailleurs pour s'en convaincre de constater que l'article 706-141 qui introduit le Titre XXIX consacré aux « Saisies spéciales » précise sans ambigüité aucune que ses dispositions s'appliquent «**afin de garantir l'exécution de la peine complémentaire de confiscation selon les conditions définies à l'article 131-21 du code pénal** (...)». Dès lors, pour déterminer le régime juridique de la saisie, il est indispensable, au préalable, de préciser son fondement au regard de l'article 131-21 du Code pénal.

La Chambre criminelle confirme une nouvelle fois ce raisonnement qui avait abouti, dans un arrêt du 11 juillet 2012[4] à invalider une saisie prise au visa de l'article 706-153 du Code de procédure pénale alors que, dans la mesure où le juge d'instruction et la Chambre de l'accusation avaient visé l'article 131-21 al. 6 et 324-7 du Code pénal, la saisie devait être faite en respectant les modalités de l'article 706-148 du Code de procédure pénale.

Dans la présente espèce, le lien entre l'infraction et les sommes figurant sur le compte était contesté. La Chambre de l'instruction avait alors relevé que la saisie pénale des comptes bancaires, prévue par l'article 706-154 du Code de procédure pénale était pratiquée pour garantir la peine de confiscation dans les conditions de l'article 131-21 du code pénal dont l'alinéa 6 autorise, lorsque la loi le prévoit, la confiscation de tout ou partie des biens appartenant au condamné quel qu'en soit la nature. La Chambre criminelle juge que la Chambre de l'instruction, ce faisant, avait modifié le fondement de la saisie. Or, cette modification de fondement entraînait un changement des modalités de la saisie qui était soumise non plus à l'article 706-154 mais à l'article 706-148 du code de procédure pénale concernant les saisies de patrimoine. Ainsi, les saisies de comptes bancaires constituent des saisies de patrimoine dès lors qu'elles portent sur des sommes dont il n'est pas démontré qu'elles sont le produit de l'infraction. De telles saisies doivent respecter les modalités de l'article 706-148 du Code de procédure pénale, lequel prévoit **l'avis préalable du ministère public**. Une telle formalité étant, selon la Chambre criminelle requise à peine de nullité de la procédure, ce qui est contestable[5].

Portée

Soucieuse, il nous semble, de ne pas encourir les foudres de la Cour européenne des droits de l'homme, ou une censure du Conseil constitutionnel par le biais d'une QPC, la Chambre criminelle confirme sa jurisprudence restrictive concernant la saisie des comptes bancaires. Dès lors que les sommes figurant sur les comptes bancaires n'ont pas de lien avec l'infraction pour laquelle le prévenu est poursuivi, leur saisie ne peut plus être envisagée qu'au seul visa de l'article 131-21 al. 5 ou 6 du Code pénal et selon les modalités de l'article 706-148 du Code de procédure pénale. Il s'ensuit que les OPJ ne peuvent être autorisés à procéder à de telles saisies au visa de l'article 706-154 du Code de procédure pénale. Mais au-delà, cette jurisprudence ne devrait-elle pas également s'appliquer à toutes les autres saisies dès lors qu'elles seraient prises au visa des articles 131-21 al 5 et 6 ? Par exemple, si une saisie porte sur un immeuble dont il est contesté qu'il est le produit de l'infraction, une telle saisie ne devrait-elle pas également être effectuée au visa de l'article 706-148 et non de l'article 706-152 ? Cela revendrait à remettre en question toutes les saisies portant sur des immeubles dont il est contesté qu'il est le produit de l'infraction et qui ont été prises au visa des articles 706-150 et s. Un cataclysme ! A suivre donc...

Notes :

1. La décision est consultable sur le site Légifrance : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026708942&fastReqId=1609428564&fastPos=1
2. C. Cutajar, « Le nouveau droit des saisies pénales, in « Les nouvelles saisies pénales », AJ pénal, mars 2012 sous la direction de C. Cutajar
3. Voir la Revue du Grasco n° 3, p. 63, C. Cutajar, Commentaire de l'arrêt de la Chambre criminelle, n° 12-8050 du 11 juillet 2012 sur les avoirs criminels : http://www.larevuedugrasco.eu/documents/revue_numero_special_corruption_sept_2012.pdf
4. idem
5. idem

LU POUR VOUS

CYBERSÉCURITÉ DES ACTEURS ÉCONOMIQUES

AUTEURS : MYRIAM QUEMENER, JEAN-PAUL PINTE – EDITIONS LAVOISIER

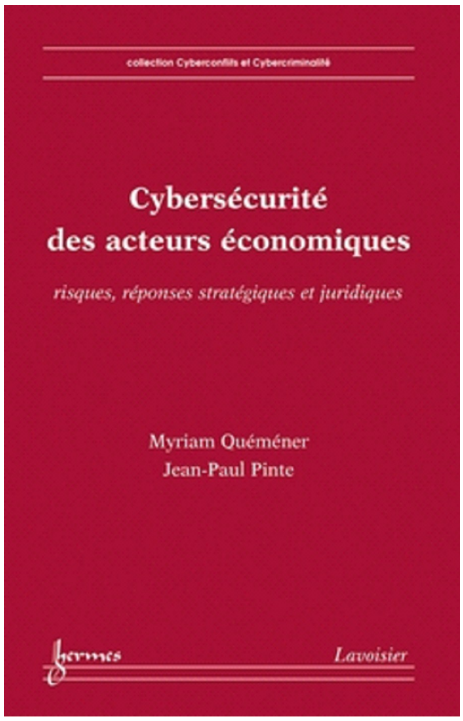
RECENSION PAR DANIEL GUINIER

Le cyberespace est un territoire incontournable qui fait l'objet de menaces au coeur même de la société, visant divers **acteurs économiques** qui en sont les cibles privilégiées. Ces menaces sont exploitées en profitant de faiblesses technologiques et organisationnelles, mais également humaines, dues à un manque chronique de conscience et de coopération de la part des usagers, face, à l'avidité et au développement de la cybercriminalité, qui se professionnalise et doit être sanctionnée. Pour contrer les menaces, il est nécessaire d'anticiper par la **cybersécurité**. Une politique volontariste est attendue, associant les talents des secteurs publics et privés, et pour les entreprises, une stratégie soutenue par les personnels, quelle que soit leur fonction.

Dans une démarche pédagogique, prospective et pragmatique qui s'adresse à un large public, les auteurs **:**

Myriam Quéméner, magistrate, procureur adjoint, responsable du pôle criminel du Tribunal de Grande Instance de Créteil, expert au Conseil de l'Europe, et précédemment sous-directrice de la justice pénale à la Chancellerie et directrice de la formation relative à la cybercriminalité de l'École nationale de la Magistrature (ENM),

Jean-Paul Pinte, docteur en information scientifique et technique, maître de conférences à l'université catholique de Lille, et spécialiste en management et veille stratégique des risques



cybercriminels, additionnant leurs connaissances et leur expérience dans un souci de partage, dressent un panorama des motifs et moyens de la cybersécurité et des sanctions d'atteintes à son endroit. Ils présentent des outils pratiques de veille, des dispositifs juridiques, et divers moyens, en place et attendus comme favorables à la cybersécurité.

Ils soulignent la nécessité d'anticiper au vu d'enjeux variés du cyberespace et de faiblesses humaines, face à des menaces internes et externes. Ils décrivent les acteurs économiques, et le rôle complémentaire de diverses entités : *Etat, CCI, associations, clubs, etc.*, pour développer la culture de la sécurité, ainsi que les relations entre les fonctions de DSI et de RSSI. Au sein des organismes, ils relèvent l'émergence de la fonction "*sûreté*", plus globale, et de nouvelles compétences en matière de veille en s'appuyant sur des outils pertinents de surveillance, pour mieux connaître et appréhender les risques dans un cadre d'intelligence économique.

Concernant les risques émergeants, liés aux nouveaux usages : *mobilité, BYOD, réseaux sociaux, e-commerce, télésurveillance SCADA, etc.*, et aux atteintes à l'identité numérique et à la "*e-réputation*", il est relevé la nécessité d'un dispositif de gestion et de contrôle, et en particulier de renforcer la protection des données personnelles, notamment avec le "*cloud computing*". Il est indiqué qu'un certain nombre d'acteurs sont parties prenantes : *fournisseurs d'accès (FAI), hébergeurs, sites de vente aux enchères et financiers, bloggeurs, etc.* Des dispositifs existent et d'autres sont attendus dans le cadre d'une régulation internationale. A cet effet, sont décrits les acteurs de dispositifs de signalement, d'enquête et de renseignement, et de réaction, en France, et en relation avec les organes internationaux, et enfin, les moyens de sanctionner les atteintes à la cybersécurité.

PORTRAIT

GÉNÉRAL D'ARMÉE MARC WATIN-AUGOUARD DIRECTEUR DU CENTRE DE RECHERCHE DE L'ECOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

PROPOS RECUEILLIS PAR GILBERT BREZILLON

1°) Vous dirigez actuellement le Centre de recherches de l'Ecole des officiers de la gendarmerie nationale depuis le 1er mai 2012. Quel a été votre parcours professionnel ?

J'ai pris l'uniforme en 1970, mais ma carrière dans la gendarmerie a commencé en 1975. J'ai donc servi 37 ans dans ses rangs. J'ai eu la chance de connaître une parfaite alternance entre l'administration centrale et le terrain. J'ai commandé tous les échelons territoriaux de la gendarmerie (arrondissement, département, région, zone de défense), ce qui favorise la compréhension du fonctionnement déconcentré de l'Etat, des attributions des collectivités territoriales. Par ailleurs, j'ai compris l'importance de « l'intelligence territoriale » qui transcende les clivages public/privé pour développer une véritable stratégie qui concoure à la sécurité des territoires et donc à leur compétitivité.

A l'échelon central, j'ai eu un carrière à dominante « communication/conseil ». J'ai été adjoint, puis chef du service de communication de la gendarmerie (SIRPA), conseiller du directeur général de la gendarmerie nationale (j'étais sa « plume »), puis conseiller pour la sécurité de Nicolas Sarkozy et de Dominique de Villepin.

J'ajoute que, dès 1993, j'ai entrepris un rapprochement entre la gendarmerie et les universités, ce qui se traduit aujourd'hui par de nombreux partenariats et l'intervention d'officiers et de sous-officiers comme enseignants. C'est sans doute pour cela que le directeur général de la gendarmerie m'a demandé de prendr la direction du centre de recherches de l'EOGN, le jour même de mon entrée en deuxième section ds officiers généraux (les généraux ne sont pas en retraite mais en « réserve de la République »...)

2°) Quels sont les objectifs du Centre de recherches ?

La principale raison d'être du centre, c'est le soutien apporté aux élèves au cours de leurs scolarité. Nombre d'entre eux rédigent un mémoire dans le cadre d'un Master 2. Le centre est là pour leur apporter un soutien, en liaison avec l'université de Paris 2 Panthéon-Assas. Les sujets de mémoire doivent être en cohérence avec les besoins exprimés par les directions et services de la direction générale de la gendarmerie nationale. Ainsi, par exemple, la cybersécurité, l'action de l'Etat en mer, la contrefaçon sont des thèmes choisis en concertation avec les « opérationnels ».

Le centre de recherche développe des relations avec les centres similaires des Grandes écoles du service public (Ecoles de Saint-Cyr Coëtquidan, Ecole nationale supérieur de Police, etc.). L'objectif est ici de développer la réflexion dans le domaine du continuum défense-sécurité.

Parmi les activités du centre, il y a les ateliers de recherche et les colloques. Les ateliers (ARG) rassemblent entre 40 et 70 personnes pour un échange d'une demie-journée sur un thème. Par

exemple, nous avons évoqué la contrefaçon, le régime juridique de la vidéoprotection mobile, la rumeur et l'enquête judiciaire. Nous avons aussi organisé récemment un colloque sur la judiciarisation de l'action militaire. Enfin, depuis, septembre 2012, le centre de recherches est très impliqué dans le contenu rédactionnel de la Revue de la gendarmerie.

Quand j'évoque la cohérence des travaux, je peux citer la contrefaçon: des mémoires d'élèves, un atelier de recherche dédié, un numéro de la Revue de la gendarmerie qui lui est consacrée, un groupe de travail avec des réservistes citoyens et des actions de formation avec la participation du centre de recherches. Je veux concentrer les forces...

Vous l'avez compris, mon souhait est aussi de renforcer les liens avec le Grasco, car je pense que l'analyse financière criminelle est une des clefs du succès des enquêtes judiciaires. J'ai toujours soutenu l'action de Chantal Cutajar; ce n'est pas aujourd'hui que je me renierai!

Dans le domaine de la cybersécurité, l'engagement du centre de recherche est significatif. D'abord parce que je suis le fondateur du Forum international de la cybersécurité (FIC), ensuite parce que le centre de recherches s'implique de plus en plus dans son organisation. Il a lancé le « Prix du livre cyber », remis en plénière lors de la dernière édition. Il est en charge des actes et devrait, dans les prochains jours assurer l'animation de la réserve cybercitoyenne, très présente dans la participation aux ateliers. Je souhaite d'ailleurs apporter tout mon soutien au Forum du Rhin supérieur sur les cybermenances, organisé pour la 6ème fois à Strasbourg par la réserve citoyenne d'Alsace.

3°) La lutte contre la cybercriminalité est devenue une priorité de l'Union européenne. C'est aussi un axe de recherche et d'actions fondamental pour lesquels vous oeuvrez de longue date. Les 28 et 29 janvier 2013 s'est déroulé à Lille le 5ème Forum international consacré à la cyber sécurité. Pouvez-vous exposer les enjeux de cette lutte ?

La cybersécurité n'est pas un effet de mode, mais un impératif vital pour notre société. Nous sommes aujourd'hui pleinement entrés dans l'ère numérique avec un formidable espoir de croissance, de liberté, d'accès à la culture, à la communication, etc. En même temps, les criminels de toute nature, les terroristes, les « guerriers » ont compris que le cyberespace les rapproche de leur victime et les éloigne de leur juge. Ceux qui sont intelligents ont procédé à un arbitrage risque pénal/gain escompté en venant commettre leurs méfaits dans le cyberespace.

Si nous restons l'arme au pied, notre société sera livrée aux prédateurs. Nous ne devons accepter la loi du plus fort, le Faustrecht ! Il est urgent de prendre en considération les enjeux du cyberespace. Cela passe pr une coopération internationale renforcée, un décloisonnement public/privé, car les entreprises, les intégrateurs, les éditeurs de logiciels, les opérateurs, les hébergeurs, les fournisseurs d'accès, etc. sont des partenaires indispensables. L'action régalienne est nécessaire mais ne peut être efficace si elle est isolée.

J'ajoute que les enjeux de la cybersécurité exigent une coopération accrue avec la recherche (R&D), la formation (université et grandes écoles). Voilà pourquoi je souhaite enrichir les liens avec le GRASCO.

La cybersécurité n'appelle pas une adaptation de nos organisations, de nos modes d'action. Elle exige une véritable « révolution ». Nous sommes quelques uns à l'avoir compris. Il est urgent de convaincre!

LU POUR VOUS

LES INVESTIGATIONS POLICIERES
SOUS LA DIRECTION DE JOCELYNE LEBLOIS-HAPPE

RECENSION PAR CHANTAL CUTAJAR

L'ouvrage, « Les investigations policières – Die Polizeilichen ermittlungen » sous la direction du Professeur Jocelyne Leblois-Happe, de l'Université de Strasbourg, directeur du Master 2 sciences criminelles, est issu des 3ème Rencontres du droit pénal franco-allemand qui se sont tenues à Strasbourg le 1er avril 2011. Ces Rencontres « réunissent tous les deux ans, les universitaires et professionnels en droit pénal et en droit comparé, qui y confrontent leurs idées et leurs expériences, chacun s'exprimant dans sa langue maternelle ». Le Professeur Jean Pradel propose de définir « les investigations policières comme des recherches effectuées sur les faits, c'est-à-dire sur la détermination de l'auteur des faits, sur ses motivations, sur son *modus operandi*, sur ses complices, sur son attitude après commission des faits ». Rappelant que la procédure pénale apparaît comme un équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt particulier de la personne suspecte ou poursuivie qui vaut pour l'intégralité de la procédure pénale et auquel est soumis la phase policière, il concède que des aménagements peuvent être faits pour que la recherche de la vérité ne soit pas entravée, notamment au cours de la phase des investigations policières. S'il est exact que les infiltrations, les écoutes téléphoniques et les sonorisations et fixations d'images ou encore les techniques d'enquêtes informatisées portent atteinte à la vie

privée davantage que ne le faisaient les anciens procédés de l'audition et de l'interrogatoire des personnes, elle s'avèrent particulièrement indispensables en matière de lutte contre la criminalité organisée. Elles doivent cependant être entourée de garanties particulièrement fortes pour qu'en toutes circonstances soir préservé le juste équilibre entre la recherche de la vérité et le respect de la personne. La Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la recherche des preuves et au rôle de l'autorité judiciaire dans les investigations policières) veille d'ailleurs rigoureusement au respect de cet équilibre (Dorothée Von Arnim – Philippe Roublot). Le Pr. Jörg Kinzig livre une analyse particulièrement fine des infiltrations policières transfrontières et des difficultés juridiques qu'elles suscitent. Le Pr. Carl-Friedrich Stuckenberg traite la question de l'extension des dispenses de témoigner à toutes les mesures d'investigations prévues par le § 160 A du Code de procédure pénale allemand, fustigé par la doctrine. Julien Walther dissèque « les pouvoirs d'enquête de la police aux confins du droit pénal. Entre « polices administratives » et administrations « quasi-policières » ». Fabienne Gazin reproche au droit des fichiers dans le cadre de la coopération policière européenne leur manque de transparence et leur complexité. La critique est cinglante : « Il comporte des systèmes d'information tentaculaires insuffisamment encadrés au plan de la protection des valeurs de la société européenne. Cette situation apparaît peu compatible avec l'idée que l'on peut se faire d'une Union de droit ». Enfin, le Pr. Jocelyne Leblois-Happe s'interrogeant sur les rapports police/justice démontre que « les rapports de la police avec le procureur, d'un côté, avec le juge, de l'autre, ne sont pas tout à fait ce qu'ils sont censés être ». Regrettant l'ajournement de la réforme d'envergure « si vivement souhaitée par le président de la République », elle propose de mener la réflexion « à moins que la solution nous soit proposée, voire imposée, par le droit européen ». L'ouvrage est passionnant et révèle des auteurs qui parviennent à transmettre, à travers leurs écrits, leur passion du droit.