

Table ronde 3

Quels moyens d'action pour les victimes ?

Introduction aux débats et modération :

Marie Nigon, administrateur de Transparency-International (France)

La protection de la Communauté européenne
contre la corruption

Sébastien Combeaud, OLAF

L'alerte éthique, « whistleblowing »

Pierre-David Labani, administrateur de Transparency-International (France)

Action collective et dommages punitifs

François Franchi, conseiller près la Cour d'appel de Paris

La restitution des avoirs détournés

William Bourdon, président de l'association Sherpa

Dispositifs « ALAC » de Transparency International :
centres d'assistance juridique aux victimes de la corruption

Julien Coll, chargé d'études, Transparency-International (France)

REFERENCES

Après des études littéraires et juridiques conduites en France (Paris1-Panthéon-Sorbonne), en Allemagne (Bonn) et aux Etats-Unis (Columbia University of New York), **Marie Nigon**, lauréate de droit comparé, exerça ses activités auprès d'organismes publics et d'organisations internationales : COB, OCDE, Nations Unies. Suite à l'éclatement du système soviétique, elle fut appelée à de nombreuses missions de coopération avec les pays de l'ex-bloc soviétique, mit au point une méthode d'évaluation des projets de coopération et développa parallèlement un enseignement de droit comparé sur les privatisations à l'université de Paris 1. Après avoir exercé un mandat d'élu local (maire) de six ans, Marie Nigon devint administrateur de la Section française de Transparency International, en charge des actions relatives à l'éducation, l'enseignement et la formation. Elle fut sollicitée pour intervenir à HEC et dans plusieurs grandes écoles, ainsi que pour créer, avec l'Université Paris XII-Créteil, un enseignement sur les risques et la prévention de la corruption dans les affaires internationales. Elle intervient actuellement dans divers enseignements sur la prévention de la corruption, entre autres dans le séminaire de droit international à l'université Paris 1. Marie Nigon est membre du Conseil National du Développement Durable, Secrétaire générale de l'association pour l'enseignement et la recherche de la responsabilité sociétale des entreprises (ADERSE) – où elle a développé en 2002 la notion de responsabilité sociétale des organisations – membre de plusieurs groupes de travail de l'Observatoire de la responsabilité sociétale des entreprises (ORSE), membre de la Commission de certification du conseil de certification internationale des auditeurs Spécialisés (CCIAS), membre de la Commission d'élaboration de la future norme internationale de responsabilité sociétale de l'AFNOR. Elle intervient ponctuellement pour le Cercle d'Ethique des Affaires et le Cercle Européen des Déontologues.

Introduction aux débats et modération :

Marie Nigon, administrateur de Transparency-International (France)

Les discussions de cet après-midi nous ont fait percevoir la grande panoplie des victimes de la corruption : concurrents évincés, actionnaires et autres parties prenantes, tout autant issues de la société corruptrice que la société victimisée, contribuables, usagers des services publics, donateurs et destinataires de l'aide au développement dont les espoirs sont floués...

En cette matière, qui sera défini comme ayant un intérêt légitime à faire valoir ses droits ? Quels seront alors les moyens les plus efficaces pour faire valoir leurs droits ?

L'Etat est l'acteur naturellement désigné pour faire valoir l'intérêt du plus grand nombre de victimes. Ses lois pénales sont répressives et censées être dissuasives. Encore faut-il que ces lois soient efficacement mises en œuvre et leurs sentences appliquées. Il est permis d'émettre quelques doutes à ce sujet. Dans un livre récent, Eva Joly a fait valoir le fait que les amendes infligées aux personnes condamnées pour corruption ne sont pas payées par les condamnés et que les peines de prison ne sont pas ou fort peu exécutées. Si, à cette situation s'ajoute le pouvoir discrétionnaire du procureur de poursuivre ou de ne pas poursuivre, pouvoir auquel répondent les délais extrêmement courts pour la prescription des délits de corruption, l'Etat peut-il encore jouer le rôle qui lui est dévolu ?

Certes, au Royaume Uni, l'affaire BAE Systems a fait scandale, et ceci à juste titre. Néanmoins, peut-on nier le fait qu'en France, l'invocation du secret-défense ne parvienne à un résultat similaire, au moins pour ce qui concerne les freins à l'instruction ?

Qu'en est-il en France de la possibilité de se constituer partie civile ? Cette possibilité a, comme on le sait, été écartée formellement par la loi française lors

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

de la transposition dans sa loi nationale de la convention OCDE sur la corruption des agents publics étrangers dans les affaires internationales...

Néanmoins, il semble que l'action civile soit davantage adaptée au cas des victimes de la corruption. En cette matière, la convention civile du Conseil de l'Europe peut fournir des éléments intéressants. Mais, bien qu'adoptée dès 1999, elle n'a pas encore été ratifiée par nombre d'Etats européens. De plus, certaines de ses dispositions sont optionnelles et dépendent de la volonté des Etats à les intégrer dans leur système juridique national.

Le nombre d'obstacles qui s'opposent à l'action civile individuelle (risques, délais, coûts...) fait que l'action s'oriente davantage vers des systèmes d'action collective, comme on peut le voir en matière de droit de l'environnement, de la consommation.... Faudrait-il prévoir un moyen analogue en ce qui concerne les affaires de corruption ? Dans ce cas, qui aurait intérêt (et droit) à agir ?

En réponse à cette problématique, faudrait-il prévoir des moyens extrajudiciaires qui visent à sensibiliser l'opinion ? Faudrait-il certifier les bonnes pratiques et montrer du doigt les contrevenants ? Serait-il adéquat de prévoir un médiateur, qui serait spécialisé pour les affaires impliquant la corruption ? Comment peut-on efficacement protéger les témoins d'actes de corruption des actions de représailles ?

En fin de compte, quel est le rôle et la fonction de la société civile ? Certes, Transparency ne dispose pas d'un monopole pour la lutte anti-corruption, elle a seulement accumulé de l'expérience sur le terrain de la prévention et de la sensibilisation. Aujourd'hui, on peut se poser la question : est-ce qu'elle se donne vraiment les moyens d'agir ? Quelles sont les alliances qu'elle pourrait ou devrait conclure pour améliorer l'efficacité ?

Les conventions internationales existantes sont également des moyens d'action. La convention des Nations Unies, celle du Conseil de l'Europe contiennent des approches novatrices, en matière, notamment, de restitution des avoirs détournés ou des recours possibles. Mais si ce sont les Etats qui décident, alors quels seront les moyens dont ils se doteront pour donner suite à ces conventions ?

La troisième table ronde se propose de discuter ces problématiques.

DANIEL DOMMEL

FACE À LA CORRUPTION

PEUT-ON L'ACCEPTER ?

PEUT-ON LA PRÉVENIR ?

PEUT-ON LA COMBATTRE ?

La section française de Transparency International, que l'auteur a présidée de 1996 à 2003, a ressenti l'intérêt qu'il y aurait à disposer d'un document de synthèse offrant une trame d'enseignement sur la corruption et les moyens d'y faire face. Cet ouvrage se nourrit des réflexions et des actions conduites dans le cadre de cette ONG, créée en 1993 pour combattre la corruption et aujourd'hui présente dans près d'une centaine de pays.

Editions Kharthala, 2003
22-24, bd Arago – 75013 Paris

<http://www.karthala.com>

ISBN : 2-84586-426-4

REFERENCES

Sébastien Combeaud est administrateur à la Commission européenne, où il a occupé plusieurs postes au sein de la Direction Générale « Justice, Liberté et Sécurité » et auprès de l'Office européen de lutte antifraude (OLAF). Il est actuellement assistant du directeur général de l'OLAF, à Bruxelles. Précédemment, il était en fonction en France à l'Inspection générale de l'administration. Il est diplômé de Sciences-Po, licencié en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, ancien élève de l'ENA. Il a notamment publié en 2001 « L'OLAF et les autorités judiciaires : quelle répression contre la fraude communautaire ? » dans la *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, « Le procureur européen, contribution aux actes du séminaire d'octobre 2003 *Quelle justice pour l'Europe ?* » en 2004, « From the Corpus juris to the European Public Prosecutor » en collaboration avec Lothar Kuhl en 2004, « Les opérateurs économiques face aux contrôles communautaires antifraude » dans la *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* en 2005 et « Implementation of the European arrest warrant and the constitutional impact in the Member States », dans *Constitutional Challenges to the European Arrest Warrant* en 2006. La *Revue internationale de droit pénal* devrait enfin publier courant 2007 « Première réussite pour le principe de reconnaissance mutuelle : le mandat d'arrêt européen ».

La protection de la Communauté européenne contre la corruption

*Sébastien Combeaud,
Office européen de lutte antifraude (OLAF) ¹*

La question des moyens d'action pour les victimes de la corruption mérite aussi d'être posée niveau européen, dans la mesure où l'Europe peut elle-même être victime de la corruption. Il ne s'agit pas ici de traiter de l'action générale de l'Union européenne en matière de corruption², qui est un sujet beaucoup plus large, mais bien des situations où la victime de la corruption est plus ou moins directement l'Union européenne. Le sujet ainsi cerné, il demeure nécessaire de préciser quelle figure peut prendre la victime selon qu'il s'agit de la Communauté européenne, en tant que personne morale, ou bien d'individus concrets qui sont en relation avec elle, agents publics ou personnes privées.

Pour répondre au défi représenté par la lutte contre la corruption, l'Europe dispose de moyens institutionnels, qu'il s'agisse d'instruments juridiques comme la Convention pour la protection des intérêts financiers communautaires du 26 juillet 1995, ou d'un service d'enquête spécialisé et indépendant, l'Office européen de lutte antifraude (OLAF)³. La réponse est apportée au niveau de la Communauté mais aussi des Etats membres lesquels collectent toutes les ressources propres du budget de l'Union européenne et gèrent 80% de ses dépenses. Les

1. Les opinions exprimées sont propres à l'auteur et ne sauraient engager l'institution à laquelle il appartient.

2. Par exemple, Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, JO C 195 du 25 juin 1997 ou Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, qui a abrogé l'action commune du 22 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne relative à la corruption dans le secteur privé, JO L 358/2 du 31 décembre 1998.

3. http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_en.html.

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

pays tiers sont également concernés par la lutte contre la corruption portant atteinte aux intérêts financiers communautaires, au titre par exemple des droits de douanes ou de l'aide extérieure, l'Union européenne et ses Etats membres constituant ensemble le premier donneur sur le plan mondial.

A côté de cette réalité institutionnelle, la dimension individuelle de la question des victimes de la corruption mérite d'être considérée. Comme tout acteur international doté de moyens financiers d'intervention, la Communauté européenne est une victime directe d'actes de corruption. Mais en pratique la victime ne prend pas seulement la figure abstraite d'une personne morale, elle revêt aussi le visage de personnes individuelles, « victimes » collatérales ou indirectes:

– L'agent public, qu'il soit dénonciateur ou accusé mais présumé innocent, le rôle de l'OLAF, étant à cet égard non seulement de détecter les fraudeurs, mais aussi de rétablir la réputation de ceux qui ont fait l'objet d'allégations non justifiées ;

– La personne privée, qu'elle soit un informateur ou seulement un opérateur économique pris dans une affaire de corruption, dont les intérêts légitimes doivent être également préservés.

L'Europe, une victime comme une autre de la corruption

La fraude et en particulier la corruption sont reconnues en tant qu'activités illégales au niveau européen. Si le traité de la Communauté européenne n'évoque que la lutte contre la fraude de manière générique (article 280 TCE), le droit dérivé met bien en lumière la corruption comme une des formes d'activités illégales à combattre (Règlement n°1073/1999 par exemple)⁴.

La corruption portant atteinte au budget communautaire est définie juridiquement. Dans le premier protocole à la Convention précitée du 26 juillet 1995, pour être constituée, la corruption, qu'elle soit passive ou active, comporte toujours au moins trois caractéristiques : un élément d'intentionnalité, l'implication d'un fonctionnaire et une atteinte aux intérêts financiers européens.

4. Règlement n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), JO 1999, L 136, p. 1.

Protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention du 26 juillet 1995, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes⁵

Article 2
Corruption passive

1. Aux fins du présent protocole, est constitutif de corruption passive le fait intentionnel, pour un fonctionnaire, directement ou par interposition de tiers, de solliciter ou de recevoir des avantages, de quelque nature que ce soit, pour lui-même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse, pour accomplir ou ne pas accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction, qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes.
[...]

Article 3
Corruption active

1. Aux fins du présent protocole, est constitutif de corruption active le fait intentionnel, pour quiconque, de promettre ou de donner, directement ou par interposition de tiers, un avantage, de quelque nature que ce soit, à un fonctionnaire, pour lui-même ou pour un tiers, pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes.
[...]

En mars 2007 par exemple, grâce à la coopération des autorités belges, françaises, italiennes et de l'OLAF, trois personnes de la même nationalité ont été arrêtées : un entrepreneur immobilier, un fonctionnaire de la Commission euro-

5. JO C 313 du 23 octobre 1996, p. 2-10.

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

péenne et un assistant d'un membre du Parlement européen. Ils étaient accusés de faits de corruption, active et passive, dans l'attribution frauduleuse de marchés publics passés pour le compte de délégations de la Commission européenne, dans certains pays tiers, en vue de l'acquisition de biens immobiliers ou de sécurité. Cette affaire constitue un bon exemple car elle réunit deux secteurs vulnérables : les marchés publics et les délégations à l'étranger. Plus on s'éloigne du centre, qu'il s'agisse du siège des institutions ou des procédures standard de gestion publique (dans le cas par exemple des agences européennes ou des délégations dans les pays tiers), plus l'activité est proche du secteur privé (par exemple dans le domaine de la recherche), plus les risques de corruption sont forts. Ces facteurs de risque sont connus.

Cependant, en pratique, la corruption ne représente qu'une petite partie de l'action de l'OLAF qui s'occupe de tous les types d'irrégularités et de fraudes portant préjudice au budget communautaire. Sur une année, les irrégularités au budget européen sont environ au nombre de 12 000, ce qui comprend la totalité des cas recensés et transmis à la Commission européenne par les Etats membres, y compris les erreurs non intentionnelles. Ces irrégularités représentent moins de 1% du budget total qui compte pour plus de 125 milliards d'euros. Sur ces irrégularités (moins de 1% du budget), seuls 15% peuvent être considérés comme de la fraude, à caractère intentionnel et donc susceptibles de qualification pénale. Enfin, sur cette fraude répréhensible, seuls quelques cas par an concernent au sens précis des faits de corruption ; il n'existe même pas encore de statistique précise à ce sujet. Néanmoins, l'impératif politique fixé depuis plusieurs années est une tolérance nulle par rapport à ces cas dits « internes » et la Commission prépare une nouvelle initiative dans le droit fil de cette ligne.

L'expérience prouve qu'il n'y a pas plus de risque de corruption au sein des institutions européennes qu'ailleurs, du fait du renforcement des audits internes, des contrôles et de l'influence de l'OLAF. Ainsi, la Chambre des Lords du Royaume-Uni a soumis la Commission européenne à un examen détaillé⁶ et a conclu qu'aucun des éléments examinés ne permettait d'établir l'existence d'une corruption significative au sein de la Commission. Les Lords ont également conclu que le niveau de fraude affectant le budget de l'Union européenne n'est pas supérieur à celui affectant des programmes de dépenses publiques comparables au Royaume-Uni.

6. <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/ldeucom/270/27002.htm>

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

En réalité, la corruption peut être aussi bien interne aux institutions, qu'externe, lorsqu'elle se situe dans les Etats membres ou les pays tiers, comme dans les cas de corruption impliquant l'aide au développement. A titre d'exemple, dans le cas de l'aéroport de Pristina, une commission spéciale composée des Nations Unies, de l'OLAF et de l'Italie a permis de révéler non seulement de la fraude dans la construction de l'aéroport kosovar, mais par la suite des faits de corruption dans le secteur de l'énergie.

Les moyens de lutte contre la corruption de la Communauté européenne

Pour lutter contre ce phénomène de corruption, tout à la fois répertorié et relatif, la Communauté peut chercher d'une part à sanctionner, de l'autre à obtenir réparation.

• La détection et la sanction de la corruption

Pour punir, il faut d'abord détecter. Cette détection s'effectue à travers les enquêtes de l'OLAF qui sont des enquêtes administratives conduites en toute indépendance en vue de l'établissement des faits et de leur transmission systématique aux autorités compétentes. Les enquêtes peuvent être conduites à l'intérieur des institutions, dans les Etats membres ou même dans certaines conditions dans les pays tiers.

Le cas échéant, les informations recueillies et les conclusions tirées sont ensuite directement transmises aux autorités judiciaires compétentes. En principe, cette transmission est obligatoire dans le cadre des enquêtes internes et facultative dans le cadre des enquêtes externes. Dans la pratique, la transmission est systématique.

Juridiquement, l'OLAF est l'interlocuteur direct des autorités judiciaires nationales. A titre d'illustration, il est loisible de citer le cas du Lesotho dans lequel une enquête mettait en cause un haut fonctionnaire impliqué dans une affaire de corruption concernant d'importants travaux de génie hydraulique financés notamment par l'Union européenne et la Banque mondiale. Les autorités judiciaires africaines ont fait appel à l'OLAF pour obtenir auprès d'un Etat membre la documentation dont elles avaient besoin dans le cadre de leurs investigations. Cette documentation montrait que les entreprises

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

soupçonnées avaient déjà été condamnées, parfois de manière très sérieuse, dans un Etat membre de l'Union européenne. L'OLAF a également permis, par l'agrément d'une déclaration, que ces éléments de preuve soient acceptés dans la procédure de *common law* de cet Etat africain. Trois entreprises ont été finalement condamnées grâce à une coopération internationale exemplaire. En moyenne depuis 2004, les cas traités par l'OLAF ont conduit les juridictions nationales à prononcer chaque année quelques 25 condamnations à des peines de prison et près de 200 millions d'euros d'amendes. Une fois encore cependant, la corruption n'est en cause que dans une proportion marginale de ces cas.

- La réparation et le recouvrement

Les poursuites judiciaires ne sont pas tout. Le recouvrement des sommes perdues et la prévention des pertes financières potentielles sont également importants pour la victime. Le règlement financier des Communautés européennes permet une exclusion pouvant aller jusqu'à 5 ans de l'opérateur économique qui s'est rendu coupable de corruption.⁷

Mais la transmission aux autorités judiciaires peut retarder la mise en œuvre de sanctions administratives telle que l'exclusion du bénéfice de contrats ou de marchés publics futurs. Il s'agit donc d'un arbitrage délicat à effectuer en pratique. Par ailleurs, à partir de quand rompt-on le contrat litigieux ? Cette question peut se poser notamment lorsque la Communauté européenne bénéficie d'une prestation, parfois vitale et en cours d'exécution. La victime doit donc elle-même établir la balance de ses intérêts.

S'agissant de la réparation du dommage, la Commission peut se porter partie civile avec le soutien technique de l'OLAF, là où cette voie juridique existe. Un exemple bien connu concerne les irrégularités qui ont touché l'Office européen de statistiques, Eurostat, avec 13 enquêtes transmises au pénal au Luxembourg et en France, cette dernière s'étant précisément constituée partie civile en 2003.

Cette question concerne aussi le recouvrement. De manière générale, sur les dernières années, les investigations de l'OLAF ont aidé les services de la Commission à recouvrer environ 200 millions d'euros par an. A noter que les dépenses de fonctionnement de l'Office représentant 50 millions d'euros, le

7. Art. 96 du Règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002.

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

retour sur investissement apparaît largement positif pour la victime qu'est la Communauté. Néanmoins la part du recouvrement faisant suite à des affaires de corruption est certainement peu significative au regard des sommes en jeu dans des cas de fraude notamment douanière.

Enfin dans les cas de corruption comme en matière de fraude en générale, le fonctionnaire ou le membre de l'institution doit également rembourser les sommes indûment utilisées. Ainsi récemment, un parlementaire européen a été obligé de rembourser à son institution 160 000 euros pour avoir abusé de ses allocations parlementaires. L'article 22 du statut de la fonction publique européenne prévoit le recouvrement à l'égard du fonctionnaire qui s'est mal conduit.

Statut des fonctionnaires des Communautés européennes

Article 22

Le fonctionnaire peut être tenu de réparer, en totalité ou en partie, le préjudice subi par les Communautés en raison de fautes personnelles graves qu'il aurait commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions.

La décision motivée est prise par l'autorité investie du pouvoir de nomination, après observation des formalités prescrites en matière disciplinaire.

La Cour de justice des Communautés européennes a une compétence de pleine juridiction pour statuer sur les litiges nés de la présente disposition.

Instruments à la disposition des individus

Qu'ils en soient directement victimes ou témoins, les individus disposent eux-aussi de moyens d'agir face à la corruption portant préjudice aux Communautés européennes.

• L'agent public

Le fonctionnaire européen peut se faire dénonciateur comme le prévoit le système d'alerte contre les dysfonctionnements ou whistleblowing, importé de la tradition britannique et prévu aux articles 22 bis et ter du statut des fonctionnaires.

Statut des fonctionnaires des Communautés européennes

Article 22 bis

1. Le fonctionnaire qui, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, a connaissance de faits qui peuvent laisser présumer une activité illégale éventuelle, notamment une fraude ou une corruption, préjudiciable aux intérêts des Communautés, ou une conduite en rapport avec l'exercice de ses fonctions pouvant constituer un grave manquement aux obligations des fonctionnaires des Communautés, en informe immédiatement son supérieur hiérarchique direct ou son directeur général ou encore, s'il le juge utile, le secrétaire général, ou toute personne de rang équivalent, ou directement l'Office européen de lutte antifraude. Toute information mentionnée au premier alinéa est transmise par écrit. Le présent paragraphe s'applique en cas de manquement grave à une obligation similaire commis par un membre d'une institution, toute autre personne au service d'une institution ou tout prestataire de services agissant pour le compte d'une institution.

2. Le fonctionnaire recevant l'information visée au paragraphe 1 communique immédiatement à l'Office européen de lutte antifraude tout élément de preuve dont il a connaissance, pouvant laisser présumer l'existence des irrégularités visées au paragraphe 1.

3. Le fonctionnaire qui a communiqué l'information visée aux paragraphes 1 et 2 ne subit aucun préjudice de la part de l'institution, pour autant qu'il ait agi de bonne foi.

4. Les paragraphes 1 à 3 sont inapplicables aux documents, pièces, rapports, notes ou informations, quel qu'en soit le support, détenus aux fins, créés ou communiqués au fonctionnaire dans le cadre du traitement d'une affaire juridictionnelle, pendante ou clôturée.

Article 22 ter

1. Le fonctionnaire qui divulgue les informations visées à l'article 22 bis au président de la Commission, au président de la Cour des comptes, au président du Conseil, au président du Parlement européen ou au médiateur européen, ne subit aucun préjudice de la part de l'institution à laquelle il

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

appartient, pour autant que les deux conditions énumérées ci-après soient remplies :

a) le fonctionnaire estime, de bonne foi, que l'information divulguée, et toute allégation qu'elle recèle, sont essentiellement fondées, et

b) le fonctionnaire a préalablement communiqué cette même information à l'Office européen de lutte antifraude ou à son institution et a laissé à l'Office ou à cette institution le délai fixé par l'Office ou par l'institution, compte tenu de la complexité de l'affaire, pour engager l'action qui s'impose. Le fonctionnaire est dûment informé de ce délai dans les 60 jours.

2. Le délai visé au paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le fonctionnaire peut démontrer qu'il n'est pas raisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire.

3. Les paragraphes 1 et 2 sont inapplicables aux documents, pièces, rapports, notes ou informations, quel qu'en soit le support, détenus aux fins du traitement d'une affaire juridictionnelle, pendante ou clôturée, créés ou communiqués au fonctionnaire dans le cadre d'un tel traitement.

Le dénonciateur d'éventuels comportements irréguliers ne peut en aucun cas obliger l'OLAF à ouvrir une enquête sur lesdits comportements.⁸ A l'inverse les garanties statutaires octroyées au dénonciateur par les articles 22bis et 22ter du statut ne sont nullement remises en cause lorsque l'OLAF décide de clore sans suite l'enquête ouverte sur la base des informations qu'il lui a transmises ; en effet, même dans cette circonstance, l'informateur continue d'être protégé par ces garanties s'il satisfait aux conditions posées par lesdits articles.⁹

Dans la pratique, le dispositif du whistleblowing est connu mais rarement invoqué par les informateurs. Il est à la source de moins de 1% des informations de l'OLAF, alors que 40% d'entre elles proviennent spontanément de fonctionnaires communautaires par la voie hiérarchique normale. Cette situation découle de l'obligation statutaires de dénoncer les irrégularités, notamment la corruption, équivalent de l'article 40 du code de procédure pénal français. Loin d'être une faiblesse du whistleblowing, ce dernier est à juste titre compris comme un filet de sécurité. Celui qui a besoin de contourner sa hiérarchie et qui a besoin d'être

8. TPI, ordonnance « Strack », T-4/05, 22 mars 2006.

9. TPI, ordonnance « Gomez Reino », T-215/02, 18 décembre 2003.

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

protégé dans sa carrière peut y avoir recours. Il doit alors demander la protection de manière explicite. L'OLAF met à sa disposition un numéro d'appel unique auquel un agent spécialisé ayant une expérience de magistrat lui donne les premiers conseils pour l'orienter dans sa démarche.

Par ailleurs, si son principe est acquis, le whistleblowing n'est pas sans poser quelques difficultés pratiques. Dans les petites structures, par exemple les agences européennes, il est très difficile d'assurer la mobilité d'un déclencheur d'alerte pour le protéger dans sa carrière suite à ses dénonciations. Au sein d'une grande institution en revanche, il peut être déplacé plus facilement. En outre il peut être difficile de démontrer un lien de cause à effet en cas de contestation ultérieure. Il est en effet fréquent que des individus ne soient pas satisfaits de leur carrière. La dénonciation n'en est pour autant pas toujours la cause. En dépit de ces limites, le whistleblowing reste un bon système, dont l'existence est connue selon un récent sondage par 80% des agents de la Commission européenne.

• L'agent privé

Les opérateurs privés sont également, en tant qu'informateurs ou personnes impliquées, à la source de 20% des informations d'irrégularités. Dans l'affaire de corruption précitée des marchés publics de certaines délégations, la dénonciation a procédé d'un entrepreneur finlandais. Ce dernier bénéficie d'une protection de son anonymat, comme c'est le cas par exemple en matière de droit de la concurrence.

En pratique, des efforts techniques sont faits pour permettre la dénonciation anonyme. Mais le téléphone vert mis en place depuis une dizaine d'années ne représente aujourd'hui qu'une source résiduelle d'information pour l'OLAF, avec un rôle dans à peine plus de 1% des cas ouverts par l'Office. La mise en place dans l'avenir d'un système de notification des fraudes, outil d'information accessible par Internet permettant aux informateurs de faire part de leurs suspicions, de manière interactive, tout en gardant l'anonymat, devrait permettre de maximiser le recours aux informateurs extérieurs.

L'opérateur économique impliqué dans une affaire de fraude ou de corruption sous enquête de l'OLAF est présumé innocent. Il peut être une « victime collatérale » en cas de soupçons publics ayant nuit à sa réputation et s'avérant finalement infondés. C'est aussi pourquoi il bénéficie d'un certain nombre de garanties, telles que notamment une protection juridictionnelle effective, le droit à se faire assister d'un conseiller légal, le droit de connaître et, le

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

cas échéant, de contester un compte-rendu d'audition relatant ses propos, la protection des informations qu'il consent à donner.¹⁰ En revanche son droit d'accès aux documents relatifs au contrôle est limité, dans la mesure où il s'agit d'actes préparatoires et non d'une décision lui faisant grief.¹¹

Enfin, la dernière figure individuelle de la victime est en fin de compte le citoyen et son droit à l'information. L'information du public et la transparence que promeut la Commission¹² ont en effet un caractère préventif. Les juridictions des Communautés européennes ont d'ailleurs rendu une jurisprudence contrastée dans ce domaine. D'un côté, le tribunal de la fonction publique européenne s'est prononcée en faveur du développement d'une culture de responsabilité reconnaissant à l'OLAF le droit de publier ses propres communiqués de presse, distincts de ceux de la Commission européenne.

Affaire F-23/05, 2 mai 2007

165. Ceci étant, il y a lieu de constater qu'une culture de responsabilité s'est affirmée au sein des institutions communautaires, répondant notamment au souci du public d'être informé et assuré de ce que les dysfonctionnements et les fraudes soient identifiés et, le cas échéant, dûment éliminés et sanctionnés. Cette exigence a pour conséquence que les fonctionnaires et agents titulaires de postes à responsabilité au sein d'une administration telle que la Commission doivent prendre en compte l'existence possible d'un besoin justifié de communiquer certaines informations au public.

167. Compte tenu de l'existence possible d'un besoin justifié de communiquer certaines informations au public, l'intensité du devoir de sollicitude qui incombe à l'administration à l'égard de ses agents doit être accrue. [...]

173. D'une part, le fait que la Commission ait pris l'initiative de publier son propre communiqué de presse, en plus du communiqué publié par l'OLAF annonçant l'ouverture de l'enquête, constitue une pratique relativement exceptionnelle [...]¹³

10. S. Combeaud, *Les opérateurs économiques face aux contrôles communautaires antifraude*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n°486, éditions techniques et économiques, Paris, mars 2005, pp. 177-188.

11. TPI, ordonnance « Gomez Reino », T-215/02, 18 décembre 2003.

12. http://ec.europa.eu/commission_barroso/kallas/transparency_fr.htm

13. TFPUE, Giraudy ./ Commission, F-23/05, 2 mai 2007.

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

De l'autre, dans une décision de septembre 2007, le tribunal de première instance a estimé que la personne mise en cause dans une enquête de l'OLAF ne devait pas pouvoir être reconnue publiquement alors qu'il s'agissait d'un membre de la Cour des Comptes des communautés européennes contre lequel des allégations avaient déjà été publiées dans la presse.¹⁴

Conclusion

La Communauté européenne est face à un paradoxe. D'un côté, elle est de plus en plus efficace pour détecter la fraude et partant la corruption, particulièrement si on la compare à d'autres organismes internationaux souvent bien moins proactifs. De l'autre, lorsque des malversations sont fort logiquement mises à jour, les institutions européennes même lorsqu'elles ne sont pas directement concernées font régulièrement l'objet d'attaques publiques. Ainsi l'ultime victime de la corruption est-elle peut-être l'idéal européen.

Pourtant, l'Union européenne reste un fer de lance en matière de lutte contre la corruption. Elle constitue la seule organisation internationale à pouvoir se prévaloir d'un dispositif anti-fraude aussi développé. L'OLAF, fort de plus de 400 personnes, est réputé à travers le monde, au point que l'Office a été sollicité pour son expertise dans des contextes aussi variés que par exemple lors du scandale des déchets à Abidjan, par la Commission Volker à la Banque Mondiale, par le service d'investigation interne de l'ONU. La Communauté européenne est également la seule organisation régionale partie à la Convention des Nations Unies contre la Corruption, dite convention de Mérida.¹⁵ Demain, le nouveau traité dont l'Union européenne cherche à se doter devrait permettre, au moins à certains Etats membres, de créer un Parquet européen, moyen sans précédent, pour protéger le patrimoine commun des Communautés y compris contre les faits de corruption.¹⁶

En contrepoint, le caractère relativement avancé du dispositif anti-corruption de l'Union européenne, qui doit continuer à être perfectionné, ne doit pas conduire à une sur-réaction et une exagération du phénomène de

14. TPI, Kalliopi Nikolaou / Commission des Communautés européennes, T-259/03, 12 septembre 2007.

15. A la suite de la décision du Conseil du 10 mai 2005, cette convention a été signée au nom de la Communauté européenne le 15 septembre 2005. Les préparatifs en vue de sa conclusion sont en cours.

16. Art. 86 du traité de Lisbonne, JO C 306, 17.12.2007.

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

corruption. La dénonciation à des fins politiques de la fraude ne peut tenir lieu de programme politique, faute de quoi l'opinion croira bon de rejeter en bloc le projet européen. Si le souffle des pères fondateur devait se réduire de nos jours au simple « sifflement » du whistleblowing et aux simplifications populistes, l'Europe pourrait bien être victime de la corruption - au sens général du terme- de son idéal. Pour y résister, une coopération constructive entre le Parlement, les services d'investigation, dont l'OLAF, et le journalisme d'investigation permettrait de porter secours à la victime potentielle que risque d'être, si l'on n'y prend garde, l'intégration politique de notre continent.

REFERENCES

Pierre-David Labani est journaliste à *Liaisons sociales*, responsable du service économique depuis 2004. De 1997 à 2002, il a exercé les fonctions de secrétaire confédéral à la CFDT (Confédération française démocratique du travail), chargé des questions économiques et sociales. Entre 2002 et 2004, il a travaillé auprès de Philippe Herzog, député européen et vice-président de la commission économique et monétaire du Parlement européen. Il est titulaire d'un diplôme de 3ème cycle en gestion financière et d'un diplôme d'études supérieures européennes. Il est co-auteur avec Joao Viegas, avocat à la Cour, du rapport « Favoriser le déclenchement d'alerte en France » de Transparence international France (octobre 2004) ; « Le whistleblowing dans les entreprises » – *Liaisons sociales* magazine n°46 (mai 2005) ; « Le déclenchement d'alerte : les expériences étrangères » in *La lettre de Transparence* n°26 (juillet 2005) ; Entretien avec Paul-Henri Antonmattéi, auteur du rapport « chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives » in *la Lettre de Transparence* n°32 (mars 2007) ; « Charte éthique et alerte professionnelle : la balle est dans le camp des partenaires sociaux » avec Joao Viegas in « Charte éthique et alerte professionnelle » – *Semaine sociale Lamy*, supplément n°1310 (juin 2007)

L'alerte éthique, « whistleblowing »

Pierre-David Labani, administrateur de Transparence-International (France)

Lorsqu'un individu est témoin d'un acte de corruption, le premier moyen d'action à sa disposition est de révéler l'information. Témoigner n'est cependant jamais un acte facile à effectuer. Il faut savoir à qui s'adresser et prendre conscience que la révélation peut entraîner des représailles, ces dernières pouvant alors être dissuasives. Bien que les autorités policières et judiciaires soient des interlocuteurs et des recours possibles, le plus souvent, elles interviennent lorsque les actes délictueux ou les crimes sont déjà commis. C'est la raison pour laquelle les entreprises et les administrations ont un rôle à jouer en amont et une responsabilité dans la prévention des actes de corruption.

Le whistleblowing en France

Aujourd'hui, selon la CNIL, environ 600 entreprises ont mis en place des mécanismes d'alerte (e-mail ou ligne téléphonique gratuite) dédiés à recueillir le témoignage de collaborateurs qui auraient constaté des faits graves portant atteinte à l'intégrité de l'entreprise. Alors que cette pratique du whistleblowing est assez couramment mise en place dans les pays anglo-saxons, son introduction en France a suscité controverse. Sur cette question, la société française reste culturellement marquée par la période de l'Occupation et le gouvernement de Vichy. Pourtant l'acte de donner l'alerte est un acte civique dès lors que, par exemple, la vie d'autrui est mise en danger.

Depuis deux ou trois ans, le regard porté sur les mécanismes de whistleblowing évolue. Sur le plan juridique toutefois, la situation est loin d'être satisfai-

sante en matière de protection du déclencheur d'alerte. Par conséquent, le fonctionnement et l'efficacité des systèmes d'alerte existants sont fortement pénalisés. Dès 2004, TI France a, dans son rapport sur le déclenchement d'alerte, souligné cette réalité et élaboré des propositions toujours d'actualité.

Les règles qui s'appliquent en France en matière de déclenchement d'alerte ne sont pas les mêmes dans la fonction publique et le secteur privé.

- **Dans la fonction publique**

L'article 40 du code de procédure pénal prévoit que « tout officier public et fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, a acquis la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République ». Les agents publics ont donc non seulement le droit, mais aussi l'obligation de dénoncer les crimes et délits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. En contrepartie, le statut général de la fonction publique leur octroie une protection. Ce statut général indique que « la collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté. La collectivité publique est tenue d'accorder sa protection au fonctionnaire ou à l'ancien fonctionnaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle. » Il prévoit également de réparer le cas échéant le préjudice qui en est résulté. Dans la fonction publique, le système du whistleblowing est donc encadré par un arsenal juridique.

- **Dans le secteur privé**

Dans ce secteur en revanche, la situation est tout autre. Jusqu'en 2005, elle se caractérisait par un vide juridique quasi complet. Et c'est finalement du législateur américain qu'est venue l'évolution de la situation en France. En adoptant la loi Sarbanes-Oxley en juillet 2002, le législateur américain a imposé aux entreprises américaines, mais aussi étrangères, cotées à New York de se doter d'un système d'alerte professionnelle permettant au salarié de dénoncer anonymement les fraudes et malversations comptables dont ils pourraient avoir connaissance. Les entreprises françaises avaient jusqu'au 1^{er} juillet 2006 pour adopter ce dispositif. Pour ces entreprises, la question s'est alors posée

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

de la compatibilité de ces dispositifs avec la législation française et plus particulièrement avec la loi Informatique et libertés concernant la protection des libertés individuelles et des données personnelles.

L'adaptation à la loi américaine s'est faite dans un premier temps de manière difficile. En mai 2005, la CNIL a rendu deux délibérations sur deux demandes d'entreprises voulant mettre en place des lignes téléphoniques « éthiques ». La CNIL y refusait cette mise en place estimant ces dispositifs disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis. Elle estimait en outre que ces lignes pouvaient conduire à un système organisé de délation professionnelle. Par conséquent, ces dispositifs ne pouvaient appeler qu'à une réserve de principe. Cette position de la CNIL ne permettait pas de résoudre la situation des entreprises françaises cotées à New York et soumises à la loi Sarbanes-Oxley. Après une série de consultations, la CNIL, s'étant aperçue que sa prise de position était excessive, a opéré un revirement total. En novembre 2005, elle a, dans une délibération à portée générale cette fois, déclaré ne plus avoir de réserve de principe, sous certaines conditions. Le droit des personnes directement mises en cause ou indirectement dans le cadre d'une alerte doit notamment être garanti au regard de la loi Informatique et libertés.

Dans ce document, la CNIL a par ailleurs énuméré un ensemble de conditions que les entreprises et administrations doivent respecter pour assurer la conformité de ces dispositifs vis-à-vis de la loi Informatique et libertés :

- L'alerte a un caractère facultatif : les entreprises n'ont aucune obligation de les mettre en place et les salariés ne sont pas contraints de les utiliser s'ils existent au sein de leur entreprise. Un salarié ne peut donc être sanctionné s'il n'utilise pas le dispositif. Ce dispositif d'alerte est ainsi considéré comme un mécanisme complémentaire, s'ajoutant au recours aux représentants du personnel et, dans le cadre de l'entreprise, à l'inspection du travail ;
- L'alerte doit répondre à deux types d'obligation : soit à une obligation législative de droit français, soit doit correspondre à un intérêt légitime de l'entreprise. Le respect de la loi Sarbanes-Oxley et la lutte contre la corruption rentrent dans cette catégorie ;
- L'alerte doit être faite auprès d'une organisation dédiée : l'entreprise doit se doter d'une organisation pour traiter et recueillir les témoignages qui lui sont faits. Cette organisation doit être composée de personnes en nombre limité, spécialement formées et astreintes à une obligation renforcée de confidentialité ;

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

– Sauf indication contraire de l'entreprise, toutes les personnes employées, quel que soit leur statut, peuvent utiliser ce dispositif ou en faire l'objet. Elles peuvent témoigner anonymement mais aussi de manière confidentielle. L'anonymat n'est pas une obligation. Dès lors que la personne révèle son identité, cette identité demeure confidentielle au sein du service qui a réceptionné l'alerte. Ce choix de privilégier la confidentialité plutôt que l'anonymat relève du bon sens. Il s'agit d'éviter le recours abusif à l'anonymat afin de prévenir des utilisations malveillantes du système, notamment les dénonciations calomnieuses. Il s'agit aussi de responsabiliser les utilisateurs du dispositif quant aux conséquences de leurs déclarations.

Ces règles définies par la CNIL sont d'une extrême importance. Elles permettent de légitimer l'existence de dispositifs d'alerte et de sortir de la diabolisation systématique dont ils faisaient l'objet. Elles permettent ensuite de définir un cadre d'utilisation du dispositif à la fois valable pour l'utilisateur – éviter les intentions malveillantes – et pour l'entreprise – éviter que ces dispositifs conduisent à un mécanisme de délation. Enfin, elles rééquilibrent les charges de la preuve. Le témoin d'actes de corruption n'est plus le seul à devoir apporter la preuve de ce qu'il avance. L'entreprise a aussi un pouvoir voire un devoir d'investigation lorsque l'alerte est grave et qu'elle est effectuée de bonne foi.

Les limites du whistleblowing

Deux points obèrent le fonctionnement de ces dispositifs d'alerte.

- **Protection du déclencheur d'alerte**

Dans la fonction publique, les textes prévoient une obligation de dénonciation en contrepartie de protection. Mais l'existence d'une règle ne suffit pas à en garantir toujours l'efficacité. Les fonctionnaires qui dénoncent des agissements illégaux peuvent subir des représailles, parfois de leur hiérarchie. Ils se heurtent en outre souvent à la lenteur des procédures administratives pour faire reconnaître leurs droits en cas de sanctions prises à leur encontre. Dans ces situations, il leur faut parfois souvent attendre entre deux et trois ans pour obtenir une décision de première instance, période pendant laquelle le fonctionnaire peut se trouver soumis aux brimades. Cela peut dès lors décourager les plus audacieux.

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

Dans le secteur privé, la situation du déclencheur d'alerte est encore plus précaire. Si l'installation d'un dispositif d'alerte est plus sécurisée grâce aux textes de la CNIL, les obstacles à leur utilisation ne sont pas levés. Aucune protection spécifique n'est prévue pour le déclencheur d'alerte de bonne foi. Par conséquent, il n'a guère d'autre choix que de rester anonyme, ce qui renvoie au risque d'abus du système et à la véracité plus incertaine de l'information recueillie.

• **Dépendance vis-à-vis de l'employeur**

L'accès au dispositif d'alerte dans les entreprises peut être restreint par une simple décision unilatérale de l'employeur. S'il y a possibilité pour tous les agents publics de déclencher l'alerte, on ne peut pas en dire autant dans le secteur privé. D'une part, les mécanismes d'alerte restent facultatifs. D'autre part, le chef d'entreprise a toute latitude pour restreindre le champ des personnes pouvant utiliser et celles susceptibles de faire l'objet d'une alerte. Ce qui peut impacter in fine l'efficacité du dispositif.

Comment renforcer l'efficacité des dispositifs d'alerte ?

La protection des déclencheurs d'alerte doit être significativement renforcée. Elle est consubstantielle à la levée de l'anonymat et ne doit pouvoir être invoquée que lorsque l'utilisation d'alerte a été faite de bonne foi. Plusieurs éléments pourraient être introduits dans la législation :

– Introduire une disposition dans le Code du travail pour donner au déclencheur d'alerte la même protection que celle accordée aux victimes de harcèlement sexuel ou moral. Cette disposition rendrait nulle toute mesure discriminatoire liée à l'utilisation de bonne foi d'un dispositif d'alerte ;

– Permettre aux agents publics, en cas de représailles suite à une alerte de bonne foi d'avoir un accès plus large aux procédures de référé lorsqu'ils entament une procédure administrative ;

– Améliorer l'information des utilisateurs sur leurs droits et devoirs lorsqu'ils ont utilisé les systèmes d'alerte ;

– Impliquer les représentants du personnel et les organisations syndicales dans la mise en place des systèmes pour en faire un enjeu de la négociation collective.

Conclusion

Le whistleblowing est une réalité en France. L'argument, invoqué par ceux qui voudraient éviter la mise en place de tels dispositifs, de leur inadaptation à l'environnement économique, social et culturel français ne tient pas. Là où ils existent, ils constituent un instrument supplémentaire à la disposition des victimes d'actes de corruption. Leur utilisation doit être bien sûr encadrée pour éviter les abus. Il faut également que les conditions de leur efficacité soient réunies, et pour cela, garantir aux déclencheurs d'alerte une protection face à d'éventuelles représailles.

L'amélioration du cadre juridique français est nécessaire, de même qu'une approche concertée au niveau européen sur le sujet. L'internationalisation des activités de l'entreprise et l'intégration croissante des économies européennes militent en ce sens. Cette initiative pourrait s'inscrire dans le cadre de la moralisation des marchés économiques et financiers souhaitée lors du dernier G8. Deux textes pourraient fournir une base de réflexion commune ou de directive européenne sur le sujet :

– Le fait que la CNIL et ses homologues européens se sont mis d'accord sur une approche commune de ces dispositifs d'alerte. Un texte commun existe entre les 27 commissions nationales ;

– Les conventions pénale et civile du Conseil de l'Europe sur la corruption de 1999, ratifiées par l'ensemble des Etats membres, qui constituent une vision partagée de l'utilité des mécanismes de whistleblowing.

DANIEL DOMMEL

FACE À LA CORRUPTION

PEUT-ON L'ACCEPTER ?

PEUT-ON LA PRÉVENIR ?

PEUT-ON LA COMBATTRE ?

La section française de Transparency International, que l'auteur a présidée de 1996 à 2003, a ressenti l'intérêt qu'il y aurait à disposer d'un document de synthèse offrant une trame d'enseignement sur la corruption et les moyens d'y faire face. Cet ouvrage se nourrit des réflexions et des actions conduites dans le cadre de cette ONG, créée en 1993 pour combattre la corruption et aujourd'hui présente dans près d'une centaine de pays.

Editions Kharthala, 2003
22-24, bd Arago – 75013 Paris

<http://www.karthala.com>

ISBN : 2-84586-426-4

REFERENCES

Magistrat spécialiste de droit pénal des affaires, **François Franchi** a fait l'essentiel de sa carrière au Parquet de Paris, d'abord au sein de la section financière, puis à la tête de la section « banque et moyens de paiement » et de celle en charge de la « criminalité organisée ». Il est aujourd'hui Conseiller à la Cour d'appel de Paris. François Franchi assure parallèlement un important programme d'enseignement, comme chargé de cours en droit pénal des affaires à l'Université Paris I et à l'École de Formation du Barreau et comme conférencier dans différents instituts publics et privés. « Grande signature » de *Secure Finance*, François Franchi collabore également de façon régulière aux rédactions de plusieurs quotidiens et revues juridiques.

Action collective et dommages punitifs

François Franchi, conseiller près la Cour d'appel de Paris

Action collective

Le droit français est traditionnellement présenté comme favorable aux victimes puisque non seulement il leur reconnaît ;

– une action civile devant les juridictions civiles tendant à la réparation du préjudice subi, sur la base de l'article 1382 du Code civil, c'est-à-dire de la faute. (« Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »)

– mais aussi une action civile dans la procédure pénale française, laquelle prévoit leur participation au procès pénal comme une partie : l'article 2 Code de procédure pénale prévoit la possibilité d'agir en justice de la personne qui a personnellement souffert d'un dommage directement causé par une infraction, c'est-à-dire de mettre en mouvement l'action publique, même en l'absence d'initiative du Procureur de la République en charge de mener l'action publique.

Cette action civile ouvre à toute victime lésée par un crime ou par un délit le choix entre deux voies distinctes :

– elle peut être exercée « en même temps que l'action publique et devant la même juridiction » (art. 3 du Code de procédure pénale) ;

– elle peut aussi l'être « séparément » (art. 4 du Code de procédure pénale) et de manière irrévocable (art. 5 du Code de procédure pénale) devant la juridiction civile compétente : dans cette hypothèse, cependant, le principe selon lequel « le criminel tient le civil en l'état » impose qu'il soit sursis au jugement tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, si celle-ci a été mise en mouvement, même si la loi du 5 mars 2007 a assoupli cette règle.

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

Ce principe de l'accès de la victime au juge pénal lui permet, concrètement, de surmonter l'inaction éventuelle du ministère public, en s'adressant directement à des magistrats du siège, réputés indépendants, le Parquet ne pouvant s'opposer à cette action que pour des motifs de droit (art. 85 et suivants du Code de procédure pénale)

Dans les cas de jonction de la victime à l'action publique ou d'enclenchement par elle-même de l'action publique, elle pourra se constituer partie civile et réclamer des dommages-intérêts, correspondant à l'ampleur du préjudice subi (art. 371 et 464 du Code de procédure pénale), sur lesquels les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation, tenant compte, le cas échéant, du comportement de la victime.

C'est sans doute ce qui explique que les pouvoirs publics, en soumettant à la ratification du Parlement, pour les intégrer dans l'ordre juridique interne, les conventions internationales en matière de corruption, notamment la convention civile du Conseil de l'Europe et la convention ONU, dite de Merida, ont considéré que les dispositions de ces traités n'apportaient aucun élément nouveau à notre droit interne, qui dispose d'ores et déjà de tous les moyens dont ces conventions recommandent la mise en œuvre.

Mais quels sont les engagements internationaux pris par la France ?

- La Convention des Nations Unies contre la corruption, dite de Merida, aborde dans son article 35 la question de la réparation du préjudice : chaque État Partie prend les mesures nécessaires, conformément aux principes de son droit interne, pour donner aux entités ou personnes qui ont subi un préjudice, du fait d'un acte de corruption, le droit d'engager une action en justice à l'encontre des responsables dudit préjudice, en vue d'obtenir réparation.

- La convention civile du Conseil de l'Europe demande aux États de permettre aux personnes, physiques ou morales, qui ont subi un dommage résultant d'un acte de corruption :

- de défendre leurs droits et leurs intérêts, voire d'obtenir des dommages-intérêts dans le cadre d'une action civile ;
- d'obtenir la réparation intégrale de leur préjudice (article 3), à condition de prouver qu'ils ont subi un dommage, que le défendeur a agi de façon déli-

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

- bérée ou par négligence et, enfin, qu'il y a un lien de causalité entre l'acte de corruption et le dommage (article 4) ;
- d'engager l'action en responsabilité aussi bien contre les personnes qui participent directement, en connaissance de cause, à la corruption, qu'elles donnent ou reçoivent la commission occulte ou qu'elles poussent ou contribuent à la corruption, que contre les personnes qui, alors qu'elles étaient en situation de prendre des mesures pour empêcher la corruption, auraient omis de le faire, tenus solidairement à la réparation allouée à la victime ;
 - de mettre en place les « procédures appropriées » pour permettre aux victimes, lorsque l'acte de corruption est commis par un agent public, de demander réparation à l'Etat dans des conditions procédurales efficaces et des délais raisonnables (article 5).

Dans quelle mesure le dispositif français permet-il, effectivement, de remplir les objectifs desdites conventions internationales ?

Si l'on passe de la théorie à la pratique, les choses sont cependant différentes et les embûches pour les victimes multiples.

1) l'action civile devant les juridictions civiles repose sur les articles 1382 du Code civil et suivants, c'est-à-dire la faute. L'existence d'une faute, c'est-à-dire de la violation d'une obligation, est patente en présence d'un phénomène de corruption. Mais la mise en œuvre de ces articles suppose la démonstration de l'existence de cette faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice et ce, à l'encontre d'une personne identifiée.

Le caractère clandestin de la corruption et les précautions prises pour le dissimuler derrière des paravents juridiques et financiers rend cette démonstration difficile, voire impossible, dès lors qu'il n'existe pas en France de procédure civile équivalente à la « discovery » américaine ou la « disclosure » britannique, la « mise en état » n'étant, comme son nom l'indique, qu'un moyen de vérifier l'échange des conclusions et pièces par les parties et l'obtention du juge de la mise en état de mesures d'instruction se heurtant à des obstacles insurmontables : on ne peut demander que des pièces dont on connaît l'existence – on ne peut franchir l'obstacle du secret des affaires pour obliger un tiers à la procédure à produire un document.

2) la corruption est un phénomène clandestin et le préjudice n'est pas forcément détecté par la victime immédiatement, ce qui favorise la prescription des

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

faits, et explique le recours, par certains juges, à d'autres qualifications pénales, telles que l'abus de biens sociaux, l'abus de crédit ou l'abus de pouvoirs, et leur recel pour échapper à cette règle.

Cependant, pour faire face à cette réalité, la Cour de cassation a adapté sa jurisprudence sur la corruption en posant en règle que le point de départ de la prescription pour les délits dissimulés devait être fixé au jour où les agissements ont été révélés. Malgré les critiques actuelles contre cette jurisprudence, il convient de rappeler que la convention civile du Conseil de l'Europe prévoit que la prescription est de trois ans, courant du jour où la victime du dommage a eu ou aurait dû avoir raisonnablement connaissance de ce dommage ou de l'acte de corruption et de l'identité de la personne responsable.

3) en matière de corruption internationale, le législateur français a réservé l'enclenchement des poursuites en France au Ministère public.

Le Ministère public est, en effet, seul compétent pour déclencher des poursuites du chef de ce délit. Cette privation du droit d'agir proprio motu pour les victimes s'explique par deux raisons :

- éviter la mise en œuvre de poursuites dont le seul objectif serait de nuire gravement à la réputation d'entreprises françaises présentes sur des marchés étrangers fortement compétitifs, ou de faire échec à des négociations en cours ;
- assurer une équivalence entre les entreprises des différents pays signataires de la convention de l'OCDE, la possibilité pour une victime de déclencher l'action publique n'étant pas prévue dans tous les Etats.

L'OCDE s'était inquiétée, en 2004, du risque d'absence de mise en œuvre des poursuites par les parquets et le gouvernement français a répondu en invitant, dans une circulaire du 21 juin 2004, les parquets à :

- examiner avec attention les plaintes simples des entreprises, notamment avec la même attention que si elles étaient adressées à un juge d'instruction ;
- renoncer à un classement en pure opportunité ;
- aviser tout plaignant d'une éventuelle décision de classement sans suite de la procédure, afin de lui permettre d'exercer, contre cette décision, un recours hiérarchique auprès du Procureur général.

A la fin du mois de mars 2006, seulement une dizaine de procédures avaient cependant été engagées sur le fondement de ce délit.

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

4) en matière de corruption internationale, il est difficile pour les victimes d'agir à l'étranger.

Une entreprise française sur trois a perdu un ou plusieurs contrats, sur les 12 derniers mois, au profit d'un concurrent ayant versé un pot-de-vin, affirme une étude du cabinet de conseil Control Risks et du cabinet d'avocats Simmons and Simmons ; 43% des sociétés dans le monde ont été victimes de la corruption, et jusqu'à 76% à Hong Kong. L'étude s'appuie sur la consultation de 350 firmes dans sept pays (Allemagne, Brésil, Etats-Unis, France, Hong Kong, Pays-Bas, Royaume-Uni). Selon presque 10% des personnes interrogées, le montant des pots-de-vin versés peut représenter jusqu'à la moitié de la valeur du contrat, et 7% rapportent qu'il peut même être supérieur. L'industrie du pétrole, du gaz, des mines et de la construction sont les secteurs les plus exposés, en raison de l'importance des contrats, qui se chiffrent au moins en centaines de millions de dollars.

S'il n'est pas juridiquement impossible d'enclencher en France des poursuites dès lors que :

- l'un des faits constitutifs du délit a été commis en France (article 113-2cp),

- l'auteur est français (article 113-6cp),

- la victime est française (article 113-7cp),

et à condition, chaque fois, que le Ministère public assume les poursuites (article 113-8cp), rien n'est moins certain que les poursuites aboutissent : il s'agit en effet de rassembler des preuves qui se trouvent également à l'étranger, ce qui est aujourd'hui :

- possible au sein de l'Union européenne,

- plus complexe au sein des pays ayant ratifiées les conventions OCDE sur l'entraide répressive en matière pénale,

- et généralement impossible ailleurs, c'est-à-dire précisément dans les pays où la corruption sévit.

5) en matière de corruption franco-française, il n'est pas évident de rentrer dans le statut de la victime.

Le cas de la corruption publique franco-française

L'art 5 de la convention civile du Conseil de l'Europe prévoit que chaque Etat Partie doit organiser, dans son droit interne, des procédures appropriées permet-

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

tant aux personnes qui ont subi un dommage résultant d'un acte de corruption, commis par un de ses agents publics dans l'exercice de ses fonctions, de demander à être indemnisées par l'Etat ou, dans le cas où la Partie n'est pas un Etat, par les autorités compétentes de cette Partie.

Si l'infraction de corruption publique était considérée comme étant une infraction d'intérêt général au début du XX^e siècle, cette théorie, critiquée par une partie de la doctrine, n'a plus cours depuis que la chambre criminelle considère que « si le délit de corruption passive institué par l'article 177 du code pénal l'a été principalement en vue de l'intérêt général, il tend également à la protection des particuliers qui peuvent... subir un préjudice direct et personnel dont ils sont fondés à obtenir réparation devant les juridictions pénales ». Cass. crim., 1^{er} déc. 1992).

S'il n'est donc plus question aujourd'hui de dire que la corruption est une infraction générale visant à protéger la société, il est clair que le préjudice n'est pas subi par une personne bien déterminée mais par un groupe abstrait de personnes.

A titre d'exemple, un représentant d'une collectivité territoriale peut conclure un pacte de corruption avec une entreprise à l'occasion d'un marché public ; le coût de la corruption sera bien supporté in fine par les contribuables, mais leur préjudice, certain, est indétectable. La victime est donc la collectivité publique au regard du droit pénal qui exige un préjudice direct et certain.

Ce peut être :

- une collectivité territoriale ; Les infractions de corruption commises par un fonctionnaire territorial ou par un élu de la collectivité territoriale sont de nature à causer un préjudice à celle-ci, d'où elle est admise à se constituer partie civile.
- Ce peut être L'Etat, si le corrompu est membre d'une administration dépendant directement de l'Etat. Mais en ce cas, la chambre criminelle limite la réparation de l'Etat au préjudice moral résultant de l'atteinte à sa réputation ce dernier pouvant se retourner contre le fonctionnaire, en sus de la mise en œuvre de l'action disciplinaire.

Le citoyen n'est donc pas considéré comme la victime directe.

Il a cependant l'un des droits de la victime : le droit d'agir, encore que ce droit soit enfermé dans un cadre étroit: le Code Général des Collectivités Territoriales prévoit l'exercice par un contribuable des actions appartenant à la commune :

– article L2132-5 : tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

d'exercer, tant en demande qu'en défense, à ses frais et risques, avec l'autorisation du tribunal administratif, les actions qu'il croit appartenir à la commune, et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer.

- article L2132-6 : le contribuable adresse au tribunal administratif un mémoire détaillé. Le maire soumet ce mémoire au conseil municipal, lors de la plus proche réunion tenue en application des articles L. 2121-7 et L. 2121-9.
- article L2132-7 : lorsqu'un jugement est intervenu, le contribuable ne peut se pourvoir en appel ou en cassation qu'en vertu d'une nouvelle autorisation.

Par ailleurs, on l'a déjà dit, les magistrats recourent souvent pour sanctionner les pratiques corruptrices mettant en jeu des entreprises à l'abus de biens sociaux, les agents publics devenant receleur desdits abus (cf. l'arrêt rendu dans l'affaire Carignon par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 27 octobre 1997 où il a été jugé qu'un fait illégal et notamment de corruption était nécessairement contraire à l'intérêt social), délits dans lesquels la « victime » est l'entreprise et non le contribuable.

Le cas de la corruption privée

En France, ce n'est qu'après la première guerre mondiale, qui avait vu se multiplier la pratique des « pots de vin » dans le secteur privé, que fut adoptée la loi du 16 février 1919 réprimant la corruption de salariés au sein des entreprises (dispositions insérées dans le Code du travail par la loi n° 92-1236 du 16 décembre 1992 à l'article L. 152-6).

Mais, le 22 juillet 2003, l'Union européenne a adopté une décision-cadre incitant les Etats à se doter d'un dispositif législatif ou à renforcer leur dispositif législatif existant en matière de lutte contre la corruption dans le secteur privé (décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, JO L192 du 31 juillet 2003).

La France a donc introduit de nouvelles dispositions dans son ordre juridique par la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005, dans un chapitre consacré spécifiquement à « la corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique » du code pénal (articles 445-1 et 445-2).

Ces articles élargissent le champ d'application du délit et aggravent les sanctions encourues.

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

- il n'est plus nécessaire que la personne corrompue soit le salarié d'une entreprise. Ainsi, le dirigeant – mandataire social de l'entreprise, l'associé, les membres des professions libérales, tels que les avocats, les notaires, les commissaires aux comptes, pourront désormais être poursuivis.
- l'infraction pourra être appliquée aussi bien dans le secteur privé lucratif que non lucratif puisque sont visées les «activités professionnelles ou sociales...».
- il n'est plus nécessaire que l'acte ait été opéré à l'insu de l'employeur et sans son autorisation ; un salarié pourra désormais être poursuivi pour des faits de corruption passive alors même que son employeur en avait connaissance et était même d'accord.
- la peine a été portée de 2 ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende à 5 ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende pour les personnes physiques et 375.000 euros pour les personnes morales, outre les peines complémentaires.

Désormais, toute violation, par une personne du secteur privé, de ses «obligations légales, contractuelles ou professionnelles», motivée par un avantage financier, est susceptible d'être qualifiée de corruption. C'est dire que tous les agents économiques doivent procéder à un examen attentif de leurs partenariats commerciaux. En particulier, chaque fois qu'il y a prescription d'un service ou d'un produit à leurs clients ou prospects, les entreprises en général et plus encore les professions réglementées devront s'interroger sur la licéité de la perception d'une commission d'apport au double regard de sa motivation économique et de sa transparence.

La ratification par la France de la convention de Merida, dont l'article 12 prévoit que chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, des mesures pour prévenir la corruption impliquant le secteur privé, renforcer les normes de comptabilité et d'audit dans le secteur privé et, s'il y a lieu, prévoir des sanctions civiles, administratives ou pénales efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de non-respect de ces mesures, n'impliquait pas d'évolution du droit interne.

Il n'existe pas, à ce jour, de jurisprudence sur la base de ces nouveaux articles, mais leur mise en œuvre par les victimes ne devrait pas faire problème, sachant, toutefois, que les victimes directes sont ici, non les consommateurs, mais :

- les concurrents,
- l'employeur du salarié corrompu,
- l'employeur du salarié corrupteur, à condition que le dirigeant ou la per-

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

sonne morale ne soit pas attrait dans les poursuites, et même si cet employeur est alors cité comme civilement responsable.

Par contre, la victime qui participe au concert frauduleux ne peut se constituer contre le commettant du corrupteur, sur le fondement de 1384 al 5 code civil (chambre civile 2 22/05/03).

Ajoutons que, là encore, la difficulté des investigations à l'étranger, dans une économie mondialisée, est un frein à l'efficacité du dispositif et la faiblesse des réparations allouées en France un non-encouragement à leur utilisation.

6) Quant au terrain de l'art 1382 du code civil, il se révèle tout aussi semé d'embûches pour les victimes.

Elles auront, en effet, bien du mal à connaître l'existence du phénomène de corruption, clandestin par nature, à faire la preuve d'un préjudice direct et personnel et à l'évaluer, d'autant qu'elles agissent isolément et n'ont pas accès aux preuves d'un fait auquel elles ne participent pas.

Il est cependant évident qu'en étant ainsi réunies du fait que leurs situations dommageables sont en de nombreux points comparables, il leur sera possible de rendre vraisemblable l'existence d'un processus dommageable et de convaincre le juge que leurs dommages ont la même cause.

Il est tout aussi évident que, dans la recherche des preuves nécessaires à l'établissement de leurs prétentions en justice, et partant de la causalité, les victimes se trouvant en position d'infériorité par rapport à un défendeur qui a la maîtrise de son activité et en connaît les mécanismes et éventuelles défaillances, sont conduites à saisir la juridiction pénale, devant laquelle elles bénéficieront, par le biais de l'instruction, d'une aide inestimable tant financièrement que par les moyens à disposition du juge pénal, sauf à moderniser la procédure civile en introduisant un système de production forcée des pièces, sous contrôle de l'opportunité du juge.

Ainsi, la place de la victime de la corruption, entendu comme étant le citoyen, est en réalité quasi-inexistante en droit français.

Est-ce compensé par la reconnaissance du droit à agir au plan pénal de groupements censés représentés, non l'intérêt général, mais des intérêts particuliers, dignes d'être protégés ?

Dès 1920, la Cour de cassation avait autorisé les syndicats à exercer les droits reconnus à la partie civile pour la défense d'intérêts collectifs. Puis elle en a fait de même avec les ordres professionnels, et le mouvement a été amplifié avec les

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

associations, à compter des années 70, le législateur prévoyant, dans les art 2-1 à 16 du code de procédure pénale, le droit d'agir de celles qui se donnent, préalablement à la commission des faits, un objet, correspondant à un intérêt apparu au législateur comme particulièrement sensible et digne par conséquent d'être juridiquement protégé :

- le racisme et la discrimination fondée sur l'origine (2-1) ;
- les violences à la personne et les violences sexuelles (2-2) ;
- l'enfance martyrisée (2-3) ;
- les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (2-4) ;
- l'apologie des crimes de guerre ou de collaboration, la destruction de monuments, la violation de sépultures, la diffamation ou les injures (2-5) ;
- les discriminations fondées sur le sexe ou les mœurs (2-6) ;
- l'incendie volontaire de forêt (2-7) ;
- la discrimination en raison de l'état de santé ou du handicap (2-8) ;
- le terrorisme (2-9) ;
- l'exclusion sociale ou culturelle (2-10) ;
- les anciens combattants, victimes de guerre morts pour la France (2-11) ;
- la délinquance routière (2-12) ;
- la protection des animaux (2-13) ;
- la défense de la langue française (2-14) ;
- les accidents dans les transports collectifs et locaux ouverts au public (2-15) ;
- la toxicomanie et le trafic de stupéfiants (2-16),

Mais ces articles ne visent pas la corruption.

Cependant, certaines associations peuvent être qualifiées de « généralistes » : c'est le cas notamment des associations agréées de consommateurs qui sont habilitées à agir au civil comme au pénal pour tous les faits de nature à porter atteinte « à l'intérêt collectif des consommateurs » ; et l'impossibilité de circonscrire la notion de consommateur et les formes qu'elle prend a conduit le juge à interpréter leur champ d'action de manière assez large.

C'est ce qu'a fait la chambre criminelle, dans une décision du 8 avril 1999, confirmant un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble : elle a validé la condamnation des prévenus, définitivement déclarés coupables de corruption active, à payer des dommages intérêts à l'Union Fédérale des Consommateurs/Que Choisir, considérant que les usagers de l'eau de la ville de Grenoble, représentés par l'UFC/Que Choisir, avaient subi un préjudice collectif distinct à la fois du préjudice matériel de chacun d'eux et du préjudice social relevant de l'action publique.

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

Il y a là la reconnaissance d'un droit pour demander réparation d'un dommage qui n'est subi ni personnellement ni directement : le législateur français autorise ainsi des groupements à exercer les droits reconnus à la partie civile pour la défense d'intérêts collectifs certes, mais, en principe, distincts de l'intérêt général : ceux d'une profession, d'une institution ou d'une cause sociale, humanitaire, etc. Entre l'intérêt général qui guide la société et l'intérêt particulier des personnes qui la composent, existe une catégorie intermédiaire ou mixte, empruntant à l'un et à l'autre certains caractères.

Le droit d'agir des associations est souvent subordonné à :

- une condition d'ancienneté dont la justification est d'éviter la création de toutes pièces, dans un but contentieux parfaitement identifiable,
- un contrôle administratif préalable : celui-ci prend la forme, le plus fréquemment, d'un agrément, plus rarement d'une reconnaissance d'utilité publique et parfois des deux à la fois.

L'action est cependant peu utilisée en matière de corruption, les associations de consommateurs se joignant en général à l'action publique après l'engagement des poursuites, en raison du caractère clandestin de la corruption et d'une absence de correspondance entre l'objet de leur activité et celle des ONG spécialisées en matière de corruption.

Et, la réparation du préjudice subi se limite cependant à un préjudice moral correspondant à l'atteinte portée à l'intérêt protégé. Il ne peut permettre d'obtenir la réparation du préjudice réel causé par l'acte de corruption et n'a pas vocation à être redistribué aux véritables victimes.

Il ne s'agit donc pas d'une action collective.

L'action collective ou class action est une procédure permettant à une ou plusieurs personnes, avec ou sans mandat, d'exercer au nom d'un groupe de personnes ayant subi, du fait d'une même personne, des préjudices identiques ayant une origine commune, une action en justice aboutissant au prononcé d'une décision ayant autorité de chose jugée à l'égard des membres du groupe.

La class action n'existe pas en France : un projet timide d'introduction d'une action de groupe limitée avait été initié dans la douleur par le précédent gouvernement à la demande de l'ancien président de la République.

Le projet de loi lancé par des parlementaires français, puis enterré en février 2007 par le gouvernement de Dominique de Villepin, était à des années-lumière de la class action à l'américaine. Il était limité au droit de la consommation. Son

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

exercice aurait été filtré par des associations « agréées », n'aurait pas pu déboucher sur des *punitive damages* et ne se serait pas appuyé sur l'équivalent du « discovery ». Certes, le nouveau code de procédure civile prévoit, dans son article 145, qu'un plaignant puisse demander à un juge de recueillir des éléments de preuve, mais cela ne fait pas peur à grand monde : il n'existe pas, en droit civil français, d'outils efficaces et contraignants d'investigation, ce qui ne paraît pas déranger nos élites, puisque le Groupe de travail ayant établi le rapport sur l'action de groupe n'hésite pas à écrire : « la procédure de « discovery », ..., ne peut être transposée dans d'autres systèmes de droit. Elle tend, en effet, à remettre en cause les principes directeurs du procès civil selon lesquels il incombe à chaque partie de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention. En outre, pour être efficace, une telle procédure suppose l'existence de sanctions civiles et pénales punissant la partie qui n'a pas spontanément communiqué la liste des éléments de preuve en sa possession. Il n'est ni souhaitable ni demandé de faire évoluer en ce sens notre système juridique. »

Le chantier de la class action doit cependant être repris à nouveau par le ministère de l'économie et des finances à la demande du nouveau président de la République, cette fois en contrepartie, en quelque sorte, d'une dépénalisation du droit des affaires.

Espérons que le texte sera plus conséquent que le précédent car :

- il convient de rappeler que l'économie de marché, fondée sur la libre confrontation de l'offre et de la demande et, sur le plan international, sur la liberté des échanges, si elle a démontré sa supériorité par rapport à tout autre mode d'organisation économique, doit avoir pour corollaire des mécanismes de régulation efficaces et qu'il n'y a pas de système libéral sans confiance dans les règles de droit et leur bonne application. Or, les événements récents et la révélation de pratiques comptables ou financières critiquables qui sont, dans le fond des choses, des formes particulières de corruption, sont à l'origine d'une crise de confiance forte de la société civile dans la mesure où, en dernier ressort, les victimes sont les citoyens : consommateurs, épargnants, investisseurs, retraités ou contribuables. Il s'agit donc d'équilibrer le droit au profit des plus faibles, en mettant en place une véritable instruction en matière de procédure civile, ne nécessitant pas de recourir, de façon systématique, à la voie pénale et permettant d'envisager une réparation véritablement intégrale du préjudice subie par les victimes.

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

Et la voie pénale n'est pas satisfaisante à cet égard dans la mesure où, lorsque l'action civile vient au soutien de l'action publique, le but du Ministère public est d'établir la réalité de l'infraction et non la réalité du préjudice, et que le juge pénal se trouve souvent confronté à une incapacité des victimes à chiffrer leur préjudice et à un système de réparation qui, comme on le verra, répare le dommage mais ne rétablit pas l'équilibre des situations.

- Par ailleurs, il faut être conscient qu'aujourd'hui les entreprises françaises sont passibles de class action à l'étranger :
 - une bonne centaine sont en cours,
 - Le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), adopté le 19 décembre 1977, sanctionne pénalement la corruption active d'un fonctionnaire étranger par un citoyen américain. Son champ d'application a été étendu aux actes de corruption commis par des personnes physiques ou morales étrangères se trouvant sur le territoire américain par l'International Anti Bribery Act du 10 novembre 1998, pris pour l'application de la convention de l'OCDE.

Ainsi :

- DaimlerChrysler pourrait devoir verser 640 M USD d'amendes aux autorités américaines pour mettre fin à une enquête pour corruption et démontrer l'efficacité de ses nouvelles procédures de contrôle interne et de sa déontologie, dans le cadre d'une enquête lancée, en août 2004, par la SEC et la justice américaine qui ont découvert des comptes bancaires sur lesquels auraient circulé, pendant des années, plusieurs millions d'euros de pots-de-vin, à destination de pays d'Asie, d'Afrique et du Proche-Orient. Et, le parquet de Stuttgart, siège du constructeur, a ouvert, en mars, une enquête contre X, dans le cadre des enquêtes menées aux Etats-Unis, l'enquête allemande portant sur des livraisons de véhicules en Pologne, en Belgique et au Ghana, soupçonnées d'avoir été accompagnées de dessous de table.
- Quatre anciens cadres d'ABB ont sanctionnés pour corruption d'officiels nigériens par la SEC (amendes d'un montant total de 235 000 USD) au terme de « plea bargaining » de juillet 2006 (tentative d'obtention sur la période 1999-2001 d'un marché public de 180 M USD dans le secteur pétrolier, finalement attribué au groupe helvétique au début 2001). Le règlement de ce cas intervient deux ans après qu'ABB eut lui-même remboursé 5,9 M USD de bénéfices indûment perçus dans cette affaire. Parallèlement, ses filiales ABB Vetco Gray Inc, basée à Houston, et ABB Vetco Gray UK, sise à Aber-

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

deen, payaient une amende de 10,5 M USD pour violation de la loi américaine anti-corruption en Angola et au Kazakhstan.

Par ailleurs, les internautes sont invités à dénoncer les pratiques de corruption sur des sites

– Trace International, association sans but lucratif regroupant des multinationales américaines, vient de lancer un site Internet, www.bribeline.org, où les particuliers comme les entreprises peuvent signaler de façon anonyme les demandes de pots-de-vin émanant d'agents du gouvernement, d'organisations internationales, de forces de sûreté, ou d'entreprises d'État.

– un internaute a dénoncé la corruption sur YouTube au Maroc (juillet 2007) : pour s'attaquer à la corruption qui se répand dans son village, ce jeune marocain, se faisant appeler «El Kannas» (Ndlr : chasseur en arabe dialectal), a filmé des scènes montrant quatre gendarmes arrêtant des véhicules et encaissant des bakchichs à la sortie de Targuist, une localité du Rif (nord du Maroc). Avec 350.000 consultations, les vidéos de l'internaute n'ont pas échappé à la presse marocaine et surtout aux autorités marocaines. Une dizaine d'unités de surveillance ont, en effet, été envoyées pour surprendre les gendarmes en flagrant délit et les arrêter. Quelques jours seulement après la publication de la deuxième vidéo de l'internaute, le roi lui-même est venu effectuer une visite à Targuis (source : veille Secure Finance).

Dommmages punitifs

Le paragraphe 2 de l'article 3 de la convention civile du Conseil de l'Europe précise l'étendue du préjudice indemnizable : les dommages-intérêts ne doivent pas être alloués forfaitairement, mais être fixés en fonction du préjudice effectivement subi ; les dommages-intérêts punitifs sont exclus.

Ainsi, sont susceptibles d'indemnisation :

- les « préjudices patrimoniaux » représentant la dégradation effective de la situation économique de la personne lésée,
- le « manque à gagner » représentant le bénéfice qu'elle aurait pu raisonnablement obtenir, mais n'a pas obtenu du fait de l'acte de corruption,
- les « préjudices non patrimoniaux » qui sont des pertes qui ne peuvent être immédiatement calculées, car elles ne représentent pas une perte économique

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

tangible ou matérielle, telle que, par exemple, l'atteinte à la réputation d'un concurrent.

En considération de la nature du préjudice, le mode d'indemnisation choisi sera modulable, au choix des Parties : ainsi, si le préjudice patrimonial suppose une indemnisation économique, le préjudice extrapatrimonial pourra être réparé d'une autre manière, par exemple par une publication d'un jugement par voie de presse.

L'article 6 précise l'incidence du comportement de la victime du dommage sur son droit à réparation. Ainsi, l'indemnisation pourra être réduite, voire supprimée, si le demandeur a, par sa faute, contribué à la survenance du dommage ou à son aggravation. La proportion de la réduction dépend des circonstances, ces dernières étant appréciées «in concreto», par le juge (cf. sur ce point le paragraphe 56 du rapport explicatif). Le fait non fautif de la victime reste, en revanche, sans incidence sur son droit à réparation.

Il apparaît ainsi que, sans utiliser le concept de dommages punitifs, la convention civile du Conseil de l'Europe prévoit une indemnisation très large des préjudices tirés d'une situation de corruption.

Que dit le droit interne ?

L'article 3 du Code de procédure pénale autorise l'action civile «pour tous chefs de dommages (...) qui découleront des faits objets de la poursuite» et la Cour de cassation rappelle la liberté des juges du fond quant aux modalités et montant de la réparation, sur la base des art 1382 et suivants du code civil. Elle réaffirme régulièrement que «le juge justifie l'existence du dommage par la seule évaluation qu'il en fait, sans être tenu de préciser les éléments ayant servi à en déterminer le montant» ou que «les juges du fond apprécient souverainement les divers chefs de préjudice qu'ils retiennent et les modalités propres à en assurer la réparation intégrale».

C'est dire que la Cour de cassation se refuse, en principe, à contrôler les méthodes et les bases d'évaluation adoptées par les juridictions du fond. Elle précise d'ailleurs souvent qu'aucune règle ne prescrit aux juges d'employer une méthode déterminée pour estimer l'importance du préjudice.

Bien plus, elle admet que, sur cette question des méthodes d'évaluation, les juges du fond ne sont pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation et elle les dispense ainsi parfois de répondre aux conclusions présentées devant eux.

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

Enfin, elle reconnaît aux juges la possibilité d'allouer plusieurs indemnités, sans avoir à justifier l'existence de plusieurs préjudices distincts. Et, à l'inverse, si, à la suite d'un fait dommageable unique, plusieurs préjudices se sont manifestés, elle se contente, en principe, d'une évaluation globale, sans exiger le détail des sommes allouées pour chaque chef de dommage.

Pourtant, il serait excessif d'affirmer aujourd'hui que la Cour de cassation n'exerce aucun contrôle.

1°) En effet, elle censure parfois la motivation par laquelle le juge a justifié son évaluation.

- la référence à un barème préétabli ou à une évaluation antérieure ou même à la «jurisprudence de la Cour» est prohibée. En effet la Cour de cassation estime qu'en procédant ainsi, les juges méconnaissent et abdiquent leurs propres pouvoirs. Pour réparer intégralement le dommage, ils doivent, affirme-t-elle, apprécier celui-ci «in concreto», c'est-à-dire en tenant compte de toutes les circonstances de fait qui ont pu influencer son ampleur. Or, cette démarche est, à son avis, inconciliable avec la référence pure et simple à un barème qui est lui-même nécessairement établi en fonction de cas semblables ou voisins, c'est-à-dire selon la méthode des standards que les juristes désignent généralement par la formule «appréciation in abstracto». Sont ainsi prohibés :
- La référence à un critère autre que l'ampleur réelle du dommage. C'est le cas, par exemple, si les juges affirment avoir tenu compte de la gravité ou, au contraire, de la légèreté de la faute pour moduler le taux de l'indemnisation.
- La prise en compte du souci de prévenir le renouvellement de faits délicieux.
- La prise en compte des ressources respectives du responsable et de la victime.
- La référence à l'existence d'une assurance.
- La référence à l'équité.
- Le recours à une méthode d'évaluation incompréhensible ou manifestement erronée.
- La négligence d'un élément important pour l'appréciation du dommage réel.
- L'indemnisation d'un préjudice hypothétique.

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

Mais la perte de chance est indemnisable :

La réparation du préjudice est donc, en France, en conformité avec les règles des conventions internationales ratifiées par notre pays, mais on est loin de la possibilité, pour les victimes, d'obtenir la réparation du manque à gagner des préjudices extra-patrimoniaux visés à la convention du Conseil de l'Europe et encore plus loin de la notion de dommages punitifs.

Les class actions, si elles ne mènent jamais en prison, peuvent, en effet, aboutir à des dommages et intérêts extrêmement élevés, qualifiés de « punitive damages », souvent très supérieurs aux amendes infligées par les administrations ou les tribunaux français.

C'est que la conception des dommages et intérêts en droit anglo-saxon est très différente de celle qui prévaut dans le droit civil français, où il s'agit d'une réparation à la hauteur du préjudice subi, alors qu'en droit anglo-saxon, il s'agit de sanctionner une attitude, à des fins dissuasives.

La fonction première de la responsabilité est, en France, de rétablir l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée, si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu.

Les dommages-intérêts punitifs se veulent exemplaires, afin de dissuader le responsable de reproduire les actes condamnés. Ce faisant, les dommages-intérêts punitifs dissuadent d'une éventuelle récidive, non seulement celui auquel ils ont été infligés, mais aussi tous les autres acteurs pouvant se trouver dans la même situation. Les dommages-intérêts punitifs ont donc un rôle préventif.

On n'ignore cependant pas tout à fait la notion de dommages punitifs en droit français, puisqu'on retrouve l'esprit de cette notion dans les sanctions prononcées par les Autorités Administratives Indépendantes : pour fixer l'amende prononcée, ces quasi-juridictions tiennent compte, en effet, de la gravité de la faute et de l'enrichissement dont a bénéficié l'entreprise auteur de la pratique frauduleuse. Mais il s'agit d'amendes et non de dommages-intérêts et celles-ci ne sont pas prononcées au bénéfice des victimes, qui ne participent d'ailleurs pas à la procédure devant ces organismes.

Signalons également que le droit de la réparation français se distingue également des lois civiles allemandes et anglaises qui contiennent de plus en plus de dispositions prévoyant au minimum la restitution des profits perçus par l'auteur de la faute.

Il importe donc que le droit français de la réparation évolue. Peut-il le faire ?

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

On observe que la jurisprudence a dû accepter, sous la pression des autres juridictions nationales, d'évoluer dans l'appréciation du préjudice.

Ainsi en matière de contrefaçon, autre fléau du monde globalisé, la Cour de cassation admet que le préjudice du concurrent est un manque à gagner et une perte subie, le manque à gagner étant constitué des bénéfices perdus sur les ventes manquées (la perte de parts de marché) et la perte subie consistant en la vulgarisation du droit en cause (diminution de la valeur patrimoniale de la création).

La Haute Cour admet également le cumul de la confiscation des marchandises et des dommages-intérêts, alors qu'en l'espèce le préjudice avait été entièrement couvert par la somme allouée (Chambre commerciale 17/06/03), ce qui laisse penser que la mesure de confiscation ne tendait alors qu'à faire cesser la contrefaçon, objet différent de la recherche d'une indemnisation.

On voit donc que la Cour de cassation sait innover dans le cadre de l'article 1382 du code civil... dont la rédaction n'a pourtant pas changé depuis le XIX^e siècle.

Il apparaît donc possible de rester dans le cadre actuel de la responsabilité civile, en prenant en compte, dans la réparation du préjudice né d'un phénomène de corruption :

- d'une part le préjudice à venir, ce préjudice n'étant nullement hypothétique mais tout à fait certain, puisqu'il correspondait à un manque à gagner justifié par les investissements faits par le concurrent en pure perte ou par l'impossibilité du citoyen de profiter d'un service ou d'un bien public sur la période d'obsolescence de ceux-ci ; il s'agit d'arriver à une réparation « adéquate » et à ceux qui prétendraient que cela suppose que les victimes soient capables de chiffrer et de justifier ce préjudice, il est bon de rappeler qu'aux USA, patrie du libéralisme, on n'a pas hésité, pour y parvenir, à opter pour des mécanismes de renversement de la charge de la preuve. Ainsi, pour poursuivre sur le domaine de la contrefaçon, l'auteur et le titulaire de la marque doivent seulement faire la preuve du chiffre d'affaires ou du montant des ventes du contrefacteur qui constituera le montant des bénéfices indus réalisés par le contrefacteur, à charge pour ce dernier de faire la preuve de ses frais déductibles ou de la part des bénéfices imputable à d'autres facteurs que la contrefaçon. Et nous connaissons déjà, dans notre droit, un mécanisme de renversement de la charge de la preuve sensiblement parallèle en matière de preuve de discriminations au travail.
- d'autre part les bénéfices indument réalisés.

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

Et il ne serait pas aussi saugrenu que certains le prétendent, d'introduire des dommages punitifs (ou « *exemplary damages* : dommages exemplaires » au Royaume-Uni) dans le projet de dépenalisation du droit des affaires lancé par le Président de la République : le juge ne prononce des dommages punitifs en droit anglo-saxon que s'il y a un comportement antisocial de l'auteur, lequel se mesure à travers des critères tels que l'intention frauduleuse – le comportement durant le procès – la durée du comportement antisocial – l'intention de causer un dommage – la dissimulation des faits). Cela permet de voir que le prononcé des dommages punitifs n'est pas la conséquence inéluctable d'une class action et que la bonne foi, qui ne joue aucun rôle dans l'appréciation d'une culpabilité en droit pénal français, a une influence essentielle en droit anglo-saxon.

Certes, le Groupe de travail ayant établi le rapport sur l'action de groupe n'hésitait pas à conclure, pour rejeter les dommages punitifs que : « La voie pénale se révèle ainsi particulièrement bien adaptée à la sanction des comportements à l'origine des « préjudices diffus », en complément de l'introduction d'une action de groupe permettant d'indemniser chaque consommateur lésé. »

Mais, on peut rappeler que la notion de dommages punitifs figure dans le droit positif de nos cousins canadiens : dans l'article 1621 du code civil du Québec, article qui précise qu'ils ont un but préventif et ne sont pas une peine, puisqu'ils ne visent pas à sanctionner le passé mais de préparer l'avenir, en évitant une nouvelle inexécution de l'obligation.

Il serait donc nécessaire de s'intéresser à l'efficacité des class actions et des dommages punitifs si l'on veut lutter efficacement contre la corruption, en évitant de toujours pénaliser les déviances, sauf enrichissement personnel ou recherche d'un intérêt personnel, d'autant que :

- un rapprochement est souhaitable dans une économie globalisée, si l'on ne veut pas voir les procès se dérouler à l'étranger, même contre les entreprises françaises ;
- la procédure d'action de groupe permet, en pratique, de renforcer les droits des consommateurs, qui n'ont souvent qu'un intérêt financier très limité à agir individuellement en justice, concernant des litiges portant sur des dommages d'un faible montant. C'est là un moyen de rééquilibrer les rapports entre professionnels et consommateurs, au profit de ces derniers » (avis du conseil de la concurrence du 21/09/ 2006) ;

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

- cela permettrait une meilleure application du droit, comme le souligne la Commission européenne en matière de concurrence, matière intéressante car, là également, les consommateurs ne sont pas des victimes directes des pratiques restrictives de concurrence : à partir du diagnostic établi par le rapport Ashurst et des premières discussions, la Commission a identifié les obstacles à la mise en place d'un système plus efficace d'introduction des actions en dommages et intérêts par les victimes de pratiques anticoncurrentielles, dans le cadre d'un Livre vert publié le 21 décembre 2005, avec l'objectif suivant : « le fait de faciliter les demandes d'indemnisation doit permettre aux consommateurs et aux entreprises victimes d'une infraction aux règles sur les pratiques anticoncurrentielles, d'être plus facilement indemnisés par l'auteur de l'infraction, mais renforcera aussi l'application de ce droit. En ayant la possibilité d'introduire effectivement une demande d'indemnisation, chaque citoyen européen, que ce soit une entreprise ou un consommateur, deviendra plus proche des règles de concurrence et pourra participer plus activement à leur application » ;
- leur introduction serait de nature à faciliter le droit d'action des victimes de la corruption, car si l'existence d'une faute, l'inexécution d'une obligation est nécessaire, l'existence d'un préjudice n'est pas une condition d'ouverture de la procédure.

Ainsi, s'il y a une volonté politique vraie, on pourra arriver à un contrôle citoyen de la corruption, qui évitera les critiques de textes fondamentaux pour le fonctionnement loyal des marchés en économie ouverte, au motif de l'utilisation concurrentielle de ces textes dans un jeu complexe de délation.

BON DE COMMANDE

A photocopier et à retourner sous enveloppe affranchie à :
SECURE FINANCE, 12, RUE HENRI ROCHEFORT 75017 PARIS

Titre	Prix unit.	Nb ex.	TOTAL
La corruption : un risque actuel pour les entreprises	30 €		

TOTAL TTC

MR. MME. MLLE.

PRÉNOM

SOCIÉTÉ

ADRESSE DE FACTURATION

CODE POSTAL

VILLE

ADRESSE DE LIVRAISON (SI DIFFÉRENTE)

CODE POSTAL

VILLE

CI-JOINT MON RÈGLEMENT DE LA SOMME DE A L'ORDRE DE SECURE FINANCE
UNE FACTURE SERA JOINTE À TOUT ENVOI.

DATE :

SIGNATURE :

REFERENCES

Avocat au Barreau de Paris, **William Bourdon** est spécialiste de la défense des droits de l'homme et des victimes de la mondialisation. Secrétaire général de la Fédération internationale des droits de l'homme de 1995 à 2000, il crée en 2001 l'association Sherpa vouée à favoriser, par le biais d'instruments juridiques, la concrétisation de la notion de responsabilité sociale des entreprises. Il est également, depuis décembre 2006, coprésident de la Société des lecteurs de Libération (SLL). Il a publié en 2000 « La Cour pénale internationale – Le Statut de Rome ».

La restitution des avoirs détournés

William Bourdon, président de l'association Sherpa

Il apparaît peu discutable que, à quelque niveau que l'on se trouve, les flux financiers liés à la grande criminalité progressent dans le monde. Personne ne peut non plus sérieusement récuser le fait que cette accélération est allée de pair avec une opacification des motus operandi. Ainsi, parmi l'argent blanchi, on trouve nécessairement les dessous de table qui empruntent les mêmes circuits complexes difficiles à démanteler.

Les plus grandes multinationales qui obtiennent les faveurs de tels ou tels hauts fonctionnaires qui sollicitent, à coup de prébendes, le soutien d'hommes d'affaires interlopes agissent dans tous les secteurs d'activité, essentiellement les ressources énergétiques, les travaux publics, la construction.

La question que nous nous posons est celle de la place de la victime dans la lutte contre la criminalité financière.

Les intervenants qui m'ont précédé ont contribué à poser les enjeux de ce débat.

Pour l'instant, la seule victime déclarée et reconnue comme telle dans les cabinets des juges d'instruction c'est l'Etat, toujours enthousiaste à l'idée, en prenant la posture de la partie civile et par conséquent de la victime, de se purifier et de trouver ainsi l'occasion de «vendre» de façon plus efficace son nouvel «amour» pour la lutte contre la corruption auprès des institutions financières internationales qui ne cessent de réclamer des signes de bonne gouvernance.

Il est vrai que les enjeux sont de taille car, tant du côté du Nigéria que du Congo-Brazzaville, on fait des pieds et des mains pour démontrer qu'on chasse

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

puissamment des corrupteurs, condition d'un rééchelonnement de la dette, voire de l'octroi de nouveaux deniers publics internationaux.

De la même façon que l'arsenal juridique de lutte contre la corruption peut apparaître comme un leurre, ces gesticulations de nouveaux dirigeants qui deviennent providentiellement vertueux en sont tout autant.

Il est vrai que la loi française, sur ce point, n'est guère en conformité avec la lettre et l'esprit des conventions internationales qui ont été signées par nos dirigeants.

En effet, dans le cadre de la loi du 30 juin 2000, il a été décidé que la poursuite des délits de corruption d'agent public étranger (hors Union européenne) ne pouvait être exercée qu'à l'initiative du ministère public. Cette dérogation au droit commun a pour conséquence d'interdire à une entreprise écartée d'un marché étranger de déposer plainte avec constitution de partie civile pour corruption d'agent public étranger. Ce régime spécifique est reformulé et maintenu, pour les délits de corruption au personnel judiciaire, dans le nouveau projet de loi relatif à la lutte contre la corruption qui doit être discuté prochainement à l'Assemblée Nationale.

Cette disposition est de nature à entraver les poursuites en ce domaine. Je vous donne un exemple : mandaté par des villageois camerounais, j'avais déposé plainte, le 22 mars 2002, entre les mains du Doyen des juges d'instruction de Paris, à l'encontre des dirigeants français de la filiale de droit camerounais de l'une des principales sociétés forestières françaises, cotées à la Bourse de Paris.

Cette plainte a été la première initiative judiciaire prise dans le cadre des activités de l'Association SHERPA, qui venait alors de se constituer.

Les infractions dénoncées étaient les suivantes : destruction de biens appartenant à autrui, faux et usage de faux, escroquerie, recel et corruption de fonctionnaire. Au terme d'une discussion avec le Parquet de Paris, ce dernier a conclu à l'irrecevabilité au visa des articles 113-6 et 113-8 du code pénal qui prévoient que la poursuite des délits commis par des Français à l'étranger ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public.

Persiste donc un principe d'opportunité qui permet au Parquet de ne pas poursuivre certains délits commis par des Français à l'étranger, au motif, – ce sont les propos qui ont été tenus à l'avocat – que « les dommages subis par les villageois camerounais ne justifiaient pas d'encombrer un juge français, lui-même déjà saturé, de tâches et de missions... »

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

Ce monopole du Parquet constitue ainsi un verrou. On oppose, du côté des politiques, que ce verrou est indispensable pour éviter une instrumentalisation de la lutte contre la criminalité financière par des entreprises concurrentes des entreprises françaises.

C'est le même argument aux accents «nationalistes» qui est opposé par certains groupes, et notamment des groupes pétroliers français, lorsque leurs dirigeants sont poursuivis pour corruption, quand ils invoquent l'affaiblissement de leur position par rapport aux entreprises américaines.

Mais si l'on considère que la lutte contre le chômage en France implique un dumping éthique par le bas, il faut le dire et renoncer définitivement à signer quelque convention internationale que ce soit.

La position de la France a été critiquée. En effet, le groupe de travail sur la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales, le 22 janvier 2004 avait, dans un deuxième rapport, critiqué la France, dans les termes suivants :

« Les examinateurs principaux considèrent que la loi et la jurisprudence françaises confèrent une large compétence territoriale aux tribunaux français en matière de corruption. Toutefois, des doutes subsistent quant à l'efficacité de la compétence personnelle sur ce délit, du fait de la subordination des poursuites au dépôt d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle préalables, ainsi qu'au vu de la nature de l'infraction en cause et des réticences que peuvent avoir certaines autorités étrangères à dénoncer les agissements de leurs propres agents publics. Les examinateurs principaux invitent les autorités françaises et le Groupe de travail à suivre et réévaluer cette question au vu de la pratique.

Pour contourner ses difficultés, nous avons saisi le Parquet de Paris en avril 2007 d'une plainte du chef de recel de détournements d'argent public.

Cette plainte exposait ce qui suit :

Depuis de très nombreuses années, différents observateurs ont recueilli un certain nombre d'informations faisant état du fait que des dirigeants d'Etats africains et/ou certains membres de leur famille avaient, alors qu'ils étaient en fonction ou postérieurement, acquis et/ou fait acquérir des biens immobiliers sur le territoire français.

Il est certain également que, pour partie, ces mêmes dirigeants africains ont plus ou moins simultanément constitué des patrimoines immobiliers, c'est-à-

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

dire ont logé des avoirs bancaires en France, auprès de banques françaises et/ou de banques étrangères ayant des activités en France.

Il est également certain et non contestable que différents Etats africains, ces dernières années, n'ont pas hésité, à la suite de successions de régimes, à lancer des commissions rogatoires internationales et, plus généralement, à requérir l'entraide de la communauté internationale, pour solliciter, parfois avec succès, le rapatriement au profit des trésors publics nationaux concernés des avoirs bancaires détournés par ceux des dirigeants africains qui avaient été démis de leurs fonctions ou avaient perdu des élections, voire même qui étaient décédés.

On pense notamment aux démarches entreprises par le gouvernement nigérian, s'agissant des avoirs bancaires détournés, pour un montant absolument considérable, par l'ancien Président Sani Abacha, ceci n'étant rappelé qu'à titre d'exemple.

Ces mêmes démarches judiciaires ont non seulement parfois visé les avoirs bancaires ainsi détournés, mais également ont eu pour objet de tenter d'identifier le ou les biens immeubles acquis par ces mêmes dirigeants africains.

Il est vrai que ces démarches n'ont pas toujours été couronnées de succès, tant les propriétaires réels et/ou apparents de ces patrimoines immobiliers ont eu quasiment toujours le souci de s'entourer, de façon très prudentielle, d'un certain nombre de précautions pour tenter d'opacifier et la réalité de la propriété de ces biens et leurs modalités de financement.

Néanmoins, les associations, à la suite de différentes enquêtes qu'elles ont effectuées ou en collationnant des informations recueillies par différents observateurs, ces dernières années, ont pu établir comme suit la preuve, ou en tous les cas la très grande probabilité, de la détention sur le territoire français et notamment à Paris, de biens immobiliers parfois d'une très grande valeur par des dirigeants africains toujours en fonction et en tous les cas par certains membres de leur famille.

Elles ont pu également acquérir cette preuve s'agissant de biens immobiliers qui étaient détenus précédemment par les dirigeants déchus et/ou décédés et dont la propriété est automatiquement revenue à leurs ayant droit.

Quel que soit le mérite de ces dirigeants et leurs compétences, personne ne peut croire sérieusement que ces biens immobiliers, dont la valeur est aujourd'hui, pour certains d'entre eux, de l'ordre de plusieurs millions d'euros, ont pu être acquis par le seul fruit de leurs salaires.

Cette observation est encore plus valable s'agissant des membres de la famille

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

de ces dirigeants africains, lorsqu'ils apparaissent comme propriétaires d'un certain nombre de biens puisque, dans bien des cas, ils sont sans profession ou leur profession est ignorée.

Il existe, à l'égard de certaines infractions telles le blanchiment une présomption légale de commission de l'infraction lorsqu'une personne ne peut justifier des ressources correspondant à son train de vie.

De manière parallèle, en matière d'abus de bien sociaux, il est admis que des fonds sociaux prélevés par le dirigeant social l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société (V. par exemple, Cass. crim., 11 janv. 1996, n°95-81.776).

Un tel raisonnement peut être appliqué, par analogie, pour un chef d'Etat, à l'égard du délit de détournement de biens publics et/ou de recel de détournement de biens publics.

Il est rappelé que le délit de détournement de biens publics est prescrit et réprimé par l'article 432-15 du Code pénal qui énonce que :

« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ».

S'agissant du recel de détournement de biens publics, il est réprimé par la combinaison des articles 432-15 et 321-1 du même Code, selon lequel :

« Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.

Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit ».

Il était joint à la plainte toute la jurisprudence pertinente applicable.

On conviendra néanmoins que, dans certains cas, quelques uns de ces chefs d'Etats aient pu bénéficier, de façon opaque bien sûr, de salaires plus ou moins mirobolants.

S'il est incontestable que le juge français ne peut pas être le juge du salaire des dirigeants africains, pour autant, pour chacun des dirigeants et de leur famille,

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

dont la situation va être examinée comme suit, on doit tenir compte également que ce patrimoine immobilier français s'est constitué plus ou moins simultanément avec un patrimoine immobilier local ou dans d'autres pays, dont il sera démontré qu'il est parfois d'une très grande consistance, tant en volume qu'en valeur.

Enfin et à ce stade, il sera souligné qu'il existe pour certains de ces dirigeants africains, dont la situation sera examinée cas par cas, de très sérieuses présomptions d'être ou d'avoir été les instigateurs de détournements de biens publics pour des montants absolument considérables.

A l'heure où je vous parle, nous restons dans l'attente de la position du parquet, mais nous savons que les pressions politiques ne manqueront pas de resurgir pour tenter d'éviter les auditions qui s'imposent des membres des familles Sassou N'Guesso et Bongo.. On sait et on comprend pourquoi...

On comprend ainsi que la lutte contre la corruption est prise dans une mâchoire entre le chantage des entreprises françaises qui hurlent quand on leur demande des comptes, qui agitent la menace sur l'emploi et les politiques qui sont sous la pression et le chantage de certains dirigeants africains avec, en toile de fond, l'indépendance énergétique de la France, les réseaux France-Afrique...

La place de la victime dans la lutte contre la corruption est des plus ambiguës, lorsque l'on aborde la question de la restitution des avoirs détournés par des dirigeants corrompus.

Cette restitution pose d'infinis problèmes. Certes, s'agissant des fonds kazakhs, ils iront finalement aux enfants kazakhs.

Pour la première fois, et la Suisse s'en est félicitée, a été mis en place un mécanisme qui permet d'envisager que l'argent détourné revienne aux victimes.

S'agissant de l'attribution finale des fonds, la perplexité reste encore aujourd'hui de mise.

Restent évidemment intactes les poursuites judiciaires contre l'ancien Président du Kazakhstan, l'enquête se poursuit.

On sait également que récupérer l'argent mal acquis des anciens tyrans, est devenu une priorité de l'ONU.

L'Organisation des Nations unies et la Banque mondiale se sont engagées, au mois de septembre 2007, aux côtés des pays en développement qui peinent

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

souvent à récupérer les trésors frauduleusement accumulés par leurs anciens dirigeants, pendant leur passage à la tête de l'Etat.

40 milliards de dollars sont pillés chaque année dans les pays les plus pauvres de la planète, le plus souvent du fait de personnes figurant aux plus hauts niveaux de l'Etat, ont avancé l'ONU et la BM, en lançant leur «initiative pour le recouvrement des actifs volés» (StAR, en anglais).

« Cette initiative va favoriser la très nécessaire coopération entre pays développés et pays en développement, entre secteur public et secteur privé, pour faire en sorte que les actifs pillés reviennent à leurs légitimes propriétaires », a indiqué le secrétaire général de l'ONU Ban Ki-moon. »

« Il ne devrait pas y avoir de sanctuaire pour ceux qui volent les pauvres », a ajouté le nouveau président de la BM, Robert Zoellick. Cette initiative est, selon lui, un avertissement lancé aux dirigeants corrompus, pour leur dire «qu'ils n'échapperont pas à la loi ».

« Pour chaque centaine de millions de dollars récupérés, on pourrait financer la vaccination complète de quatre millions d'enfants, l'adduction d'eau pour 250.000 foyers ou le traitement contre le VIH/sida de 600.000 personnes pendant un an », a expliqué à la presse Daniel Leipziger, vice-président de la BM, en charge de la réduction de la pauvreté et de la gestion économique. »

Ces citations proviennent d'une enquête faite par un journaliste de *La Tribune*, Monsieur Xavier HAREL.

L'ONU tente aujourd'hui de faire pression sur les pays récalcitrants pour qu'ils ratifient tous la convention contre la corruption de l'ONU (UNCAC), entrée en vigueur fin 2005 et qui oblige les pays signataires à renvoyer l'argent illégalement acquis dans son pays d'origine.

Mais la restitution des fonds saisis se heurte parfois à de grandes difficultés.

La Suisse a fait savoir, à l'automne 2007, qu'elle était prête à restituer aux nouvelles autorités congolaises un peu plus de 8 millions de francs actuellement bloqués en Suisse, mais sans collaboration de Kinshasa, le blocage des fonds doit intervenir à la fin de l'année 2008.

On aboutit à un paradoxe effrayant ; l'argent risque de revenir non pas dans les caisses de l'Etat, mais dans les poches des proches de l'ex-dictateur Mobutu.

Les mêmes questions se posent dans l'affaire des fonds Duvalier, car la Suisse ne veut pas répéter ce qui s'est passé dans les affaires Marcos ou Abacha.

A l'automne 2007, la Suisse a rappelé qu'elle ne pouvait ordonner la resti-

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

tution des avoirs de dirigeants corrompus que si le pays victime est en mesure d'intenter contre son ancien dirigeant un procès offrant un minimum de garanties légales.

Cette condition fait malheureusement souvent défaut.

Les États doivent faire preuve d'imagination. On peut imaginer que les fonds pourraient revenir aux pays victimes, dès lors qu'il serait acquis que les dysfonctionnements du système judiciaire ont été à l'origine directe de la politique abusive ou subversive du dictateur dont les fonds sont gelés.

Du côté de SHERPA, nous pensons qu'il faudra des années pour institutionnaliser la place de la véritable victime des fonds détournés dans le procès pénal national ou international.

Il a fallu 50 ans pour que les victimes des crimes contre l'humanité obtiennent une place dans le procès international. Elles devraient obtenir un statut proche du statut de partie civile dans les prochains procès devant la Cour Pénale Internationale qui siège à la Haye.

Nous allons tenter, dans les prochains mois, de voir déclarer recevables des constitutions de parties civiles faites aux noms d'ONG africaines luttant contre la corruption, dans le cadre d'informations ouvertes contre des grandes entreprises françaises, du chef de corruption d'argent public à l'étranger. Ces procédures sont actuellement confiées à des juges d'instruction du TGI de Paris.

Nous avons également proposé que des grandes ONG anti-corruption françaises et étrangères puissent légalement se voir reconnaître la possibilité de mettre en mouvement l'action publique ou de se constituer partie civile.

L'État a reconnu cette faculté progressivement aux associations qui luttent, par exemple, contre la maltraitance des enfants, le racisme, l'antisémitisme, etc.. l'évolution des mentalités doit conduire aujourd'hui à aligner le statut de ces ONG avec celles dont l'objet est de lutter contre ce qui est considéré comme un fléau social.

Or, de la bouche de tous les politiques, dans toutes les réunions du G8 et ailleurs, la criminalité financière est considérée comme une cause de l'humanité, les conséquences aujourd'hui doivent en être tirées.

C'est à ce prix – et sous réserve que disparaisse le monopole du parquet, que j'évoquais – que la lutte contre la criminalité financière ne sera pas un marché de dupes.

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

Enfin, lorsqu'il sera question de restitution des avoirs détournés, il faut également que les représentants des communautés et des populations puissent s'exprimer sur la destination finale de ces fonds. Il y a là un immense chantier dans lequel, avec SHERPA, nous allons nous engager.

REFERENCES

Diplômé en droit international et communautaire, **Julien Coll** s'est spécialisé sur les questions de responsabilité sociale de l'entreprise qui l'ont conduit à rejoindre Transparency-International (France) en janvier 2004, en qualité de chargé d'études responsable des relations avec les entreprises. Il est aujourd'hui responsable du secrétariat général de l'association.

Dispositifs « ALAC » de Transparency International : centres d'assistance juridique aux victimes de la corruption

Julien Coll, chargé d'études, Transparency-International (France)

Introduction

Les centres dits « ALAC » (soit en anglais « Advocacy and Legal Advice Centers ») sont un dispositif imaginé par Transparency International (ci-après « TI ») il y a maintenant 4 ans.

Le dispositif ALAC n'est pas à proprement parler une voie de recours juridique pour les victimes de la corruption. Son objectif est de faciliter l'exercice de ces voies de recours. ALAC fait cela de trois façons :

- En expliquant au grand public que tout individu confronté à la corruption dispose de droits à faire valoir, ce qui, dans les pays où ALAC existe, est loin d'être une évidence pour tous ;
- En proposant un conseil juridique gratuit pour l'exercice de ces droits ;
- En impulsant des réformes du dispositif global de lutte contre la corruption, à partir des informations recueillies directement auprès des particuliers lors de la phase d'assistance juridique (ces informations peuvent par exemple porter sur des obstacles qui limitent l'efficacité des lois et des organismes qui visent à prévenir la corruption).

Trois types d'activités sont développés autour d'ALAC :

- Campagnes médias grand public utilisant la presse, la TV et la Radio ;
- Conseil juridique pour les particuliers ;
- Actions classiques de plaidoyer.

Origine

La création de ALAC est née d'un constat simple, fait dans les pays de l'Europe de l'Est post communiste. Dans ces pays, la corruption endémique, la méconnaissance par les citoyens de leurs droits et leur absence de confiance dans les institutions publiques dissuadent généralement les victimes et les témoins de la corruption d'agir en justice ou de la dénoncer.

L'objectif premier d'ALAC est de rompre cette apathie en tentant de convaincre les particuliers que la corruption n'est pas une fatalité et que chaque individu ou organisation qui y est confronté peut avoir la possibilité d'y résister.

Description du dispositif de conseil juridique

Tout d'abord, il est important de rappeler ce que ALAC ne fait pas. TI n'a en effet pas vocation à conduire des enquêtes sur les cas qui lui sont soumis, ni à représenter en justice les personnes qu'elle assiste juridiquement.

L'accompagnement juridique proposé par ALAC consiste simplement à informer les particuliers de leurs droits, à les orienter vers les institutions devant lesquelles faire valoir ces droits, et, éventuellement, à les aider à préparer leurs demandes auprès de ces institutions.

ALAC aide aussi les demandeurs à évaluer le pour et le contre d'une action en justice, c'est-à-dire les chances de succès face aux risques encourus.

Le dispositif de TI Serbie constitue un bon exemple du fonctionnement d'un centre ALAC :

- Au départ, des bénévoles reçoivent les demandes qui arrivent par téléphone via un numéro gratuit, par email ou par lettre ;
- A l'occasion du premier contact, ces bénévoles – généralement des étudiants ou de jeunes diplômés en droit – donnent une première analyse juridique. Ils opèrent également un premier tri pour ne proposer un rendez-vous avec un conseiller que lorsque la demande porte réellement sur une question de corruption. En effet, environ la moitié des appels portent sur des lenteurs et des incompétences administratives ;
- Lors du rendez-vous, le conseiller juridique donne une analyse plus précise et il oriente le demandeur vers les administrations compétentes ;
- Pour les cas où les preuves de corruption sont les plus évidentes (ce qui cor-

QUELS MOYENS D'ACTION POUR LES VICTIMES ?

respond à seulement environ 25% du total des appels de départ), le conseiller aide le demandeur à rédiger sa plainte ou sa demande ;

- Le conseiller prend aussi parfois directement contact avec les administrations pour lancer la demande ou pour exiger des explications lorsqu'un délai excessivement long s'est écoulé depuis le dépôt d'une première demande.

Exemples de cas d'assistance juridique

Les exemples d'intervention des centres ALAC sont très variés.

- Bosnie Herzégovine : soutien apporté à un musicien de la Philharmonie de Sarajevo qui a voulu contester le détournement d'une aide internationale destinée à la reconstruction de la salle de concert de la ville ;
- Roumanie : soutien apporté à une personne licenciée sans motif valable de l'administration de protection de l'enfance. Cette personne avait dénoncé aux autorités de contrôle des fonctionnaires corrompus qui émettaient des faux dans le but de dissimuler des disparitions d'orphelins. A ce jour, cette personne n'a pas obtenu gain de cause mais elle continue à bénéficier de l'appui de TI Roumanie ;
- Roumanie : soutien à des propriétaires expulsés arbitrairement de leurs terrains alors que la construction de leurs logements était déjà à moitié achevée. Suite à l'action de TI Roumanie, ces propriétaires ont obtenu gain de cause et pu récupérer leurs biens.

Description du dispositif de plaidoyer

Les demandes adressées à ALAC nourrissent une base de données statistiques à partir de laquelle les actions de plaidoyer sont réalisées. Cette base de données permet par exemple d'informer des autorités de contrôle que sur la période « t », « n » plaintes d'origines différentes ont mise en cause le même service de l'administration.

A titre d'exemple, TI Roumanie estime avoir contribué à l'amélioration de la protection des déclencheurs d'alerte grâce aux informations recueillies via son système ALAC.

QUELS DROITS POUR LES VICTIMES DE LA CORRUPTION ?

Après 4 ans d'existence, quel est le bilan d'ALAC ?

TI considère que le bilan présenté par les ALAC est extrêmement encourageant. ALAC convainc les bailleurs de fonds internationaux, dont la France, grâce au soutien desquels 16 centres répartis dans 12 pays ont aujourd'hui pu être créés en Europe de l'Est et en Asie centrale¹.

En tout, plus de 15 000 personnes ont déjà bénéficié du soutien juridique gratuit.

Une évaluation commandée par TI en 2005 et portant sur les trois projets pilotes (Bosnie Herzégovine, Roumanie et Monténégro) a mis en évidence les conclusions suivantes :

- Une augmentation constante du nombre d'appels ;
- Pour ce qui est du bilan chiffré, les centres ALAC aident environ 25 % des personnes qui les contactent à préparer leurs actions devant la justice (dossiers regroupant le plus de preuves). Parmi ces dossiers, 14 % des procédures aboutissent à une décision administrative ou judiciaire (qu'elle soit ou non en faveur du demandeur) ;
- Alors que les premiers cas traités portaient sur de la « petite corruption », la notoriété grandissante des centres ALAC les a peu à peu amenés à traiter de dossiers plus importants touchant notamment aux privatisations et aux marchés publics (notamment en République Tchèque).

Limites au dispositif

Le rapport d'évaluation en a distingué deux principales :

- Volonté politique de lutte anti-corruption : quelle que soit l'efficacité d'ALAC en termes de sensibilisation, de formation et de soutien juridique, cette efficacité n'aura qu'une portée immédiate et pratique très faible dans les Etats où il n'existe pas de réelle volonté politique de lutter contre la corruption ;
- ALAC ne parvient pas aujourd'hui à aider tous les types de population : les personnes qui contactent les centres sont dans leur grande majorité des urbains² ayant suivi des études.

1. Albanie, Azerbaïdjan, Bulgarie, Bosnie Herzégovine, Croatie, République Tchèque, Moldavie, Monténégro, Pologne, Serbie, Slovaquie et Roumanie.

2. 77 %

Conclusion

Malgré des résultats chiffrés encore modestes pour ce qui est des procédures arrivant à terme, les centres ALAC démontrent une réelle efficacité pour convaincre les différents acteurs concernés par l'action contre la corruption que l'impunité des corrompus n'est pas une fatalité, même là où la corruption est forte.

De plus, le grand intérêt d'ALAC est d'agir sur trois des composantes essentielles d'une démarche anti-corruption à l'échelle d'un territoire : l'éveil des consciences/la sensibilisation, la détection et la sanction de la corruption et, enfin, l'amélioration des cadres juridiques et institutionnels.

C'est sans doute pour cela qu'ils suscitent un tel enthousiasme auprès des sections de TI et un véritable intérêt du côté des bailleurs de fonds.

Enfin, une interrogation émerge naturellement concernant la France : existe-il dans notre pays, où les niveaux de corruption sont moins élevés qu'en Europe de l'Est et où l'état de droit est mieux garanti, un besoin qui justifierait la création d'un dispositif de type ALAC ? Les demandes d'aides reçues régulièrement par la section française de TI, alors même que celle-ci demeure relativement peu connue du grand public et qu'elle ne fait aucune publicité pour recevoir de telles demandes, prouvent, qu'à tout le moins, la question mérite d'être étudiée.

Réalisation et impression : Graffic, Paris