

LA RESTITUTION DE L'ARGENT PUBLIC VOLÉ : UN NOUVEAU DÉFI POUR LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

WILLIAM BOURDON*

LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION TRANSNATIONALE : UN ENJEU DE DÉVELOPPEMENT

Plus que tout autre citoyen, les personnes investies d'une mission de service public ou d'un mandat électif doivent se montrer d'une probité à toute épreuve. Il n'est cependant pas rare que ces mêmes individus tirent un profit abusif de leur position pour s'enrichir au détriment de la collectivité.

La corruption d'agents publics est connue depuis longtemps, comme en témoigne le fameux procès contre Verrès dans lequel Cicéron s'était illustré, et sans doute est-elle inhérente à toute forme d'organisation politique de la société.

« La corruption remonte au moins au moment où une société organisée pour la première fois crée des institutions publiques pour se préserver et se développer. » Ainsi s'exprimait Aristote quatre siècles avant Jésus-Christ dans le Livre V « De la politique ».

Lorsque les élites dirigeantes pratiquent la corruption à grande échelle et de manière systématique, on préfère alors le terme de « kleptocratie » (littéralement « un gouvernement par le vol »). Le mot apparaît dans la littérature pour la première fois sous la plume du sociologue franco-polonais Stanislaw Andreski ; il sera ensuite vulgarisé à la faveur des régimes prédateurs de Ferdinand Marcos aux Philippines ou encore de Joseph-Désiré Mobutu au Zaïre.

La corruption n'est évidemment pas l'apanage des pays en développement ; cependant, même si elle est loin d'avoir été éradiquée dans les pays les plus riches de la planète, elle ne prive pas les populations de ces pays de l'accès à l'eau potable,

* Avocat, Cour d'appel de Paris ; président, association Sherpa.

Cet article a été rédigé avec la collaboration de Maud Perdril-Vaissière, déléguée générale de Sherpa.

pas plus qu'elle ne les prive du bénéfice de l'accès aux soins, au savoir, aux services publics...

Il est évident que la corruption fait bien plus de ravages dans les pays pauvres : l'absence d'État de droit et de culture démocratique favorise la captation des ressources publiques par des clans alors que la pauvreté et le niveau très bas des salaires favorisent-ils la microcorruption, c'est-à-dire celle du quotidien. C'est donc un nivellement éthique et moral par le bas généralisé qui hypothèque gravement les ressorts de la démocratie et du développement.

Selon la Banque mondiale, ce sont chaque année entre 20 Md\$ et 40 Md\$ qui sont détournés des pays en développement par le biais de la corruption d'agents publics. Cette même somme représenterait 15 % à 20 % de l'aide annuelle publique au développement (World Bank et UNODC, 2007).

Les sources d'enrichissement sont multiples : détournement de l'aide publique au développement ; accaparement des richesses tirées de l'exploitation des ressources naturelles ; commissions liées à l'octroi de marchés publics... Cependant, dans tous les cas, il apparaît qu'une grande partie des avoirs ainsi illégalement acquis par ceux qui « patrimonialisent » l'État est très souvent placée à l'étranger dans des paradis fiscaux ou encore investie dans l'immobilier, souvent de luxe.

Cependant, ce n'est que très récemment que la communauté internationale s'est décidée à traiter le problème. En effet, la lutte contre la corruption transnationale présente des enjeux bien particuliers. L'intégrité des agents publics étrangers n'est en effet pas le souci premier des États exportateurs ou/et investisseurs à l'étranger, davantage préoccupés par le maintien d'une position forte sur les marchés internationaux. Si, par exemple, un seul État exportateur incrimine la corruption d'agents publics étrangers, comme c'était le cas des États-Unis dès 1977, les entreprises de ce pays risquent de perdre des marchés contre leurs rivales étrangères qui, elles, restent libres de verser des pots-de-vin au regard de leur législation nationale. D'où l'intérêt d'une convention internationale qui enjoint les États signataires de combattre la corruption simultanément et à efficacité égale.

Deux instruments internationaux à portée universelle ont été élaborés, l'un sous l'égide de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), l'autre sous l'égide des Nations unies.

Le premier, élaboré sous l'influence directe des États-Unis, est constitué par la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales – Convention de Paris – en date du 17 novembre 1997. En France, l'incrimination de la corruption transnationale a vu le jour grâce à la transposition de la convention de 1997 par la loi du 30 juin 2000. Rappelons qu'avant cela, les « rémunérations » d'intermédiaires dans le cadre de contrats internationaux étaient fiscalement déductibles...

Le second est constitué par la convention contre la corruption

– Convention de Mérida – en date du 11 décembre 2003. Cette convention envisage la corruption sous toutes ses formes (blanchiment, abus de fonctions, trafic d'influence...), qu'elle soit le fait d'acteurs publics ou privés, et oblige ainsi les États parties à ériger en infractions pénales les différentes formes qu'elle peut recouvrir. Elle prévoit des mesures tant préventives que répressives en vue de la combattre. Elle organise des procédures visant à faciliter la coopération internationale et l'assistance technique. Mais surtout, il s'agit du premier instrument conventionnel qui consacre un chapitre entier à la question du recouvrement des avoirs illicites. L'article 51 en fait d'ailleurs un principe fondamental. Cette dernière provision est louable, mais la difficulté tient à ce que cette convention, comme tous les instruments conventionnels par ailleurs, est conçue de manière stato-centriste (par les États pour les États). En d'autres termes, si elle renforce considérablement les moyens d'action en vue de recouvrer les avoirs illicites, ces mêmes moyens ne sont à la disposition que de la personne morale de l'État victime.

Qu'en est-il lorsque les agents publics de cet État sont précisément ceux qui se livrent au pillage des ressources du pays ? De même, comment procéder dans les cas où, alors même que les agents en cause ne sont plus au pouvoir, les États victimes ne parviennent pas, faute de moyens et/ou de volonté politique, à déclencher et à mener les procédures judiciaires à leur terme ?

Il appartient donc aux États d'adopter une politique pénale à la hauteur de l'enjeu. Cependant, pour les raisons évoquées précédemment, les États sur les territoires desquels se trouvent localisés des avoirs illicites sont le plus souvent peu enclins à prendre l'initiative des poursuites. D'après la Banque mondiale, seulement 5 Md\$ d'avoirs illicites ont été recouverts.

Ce sont toutes ces raisons qui ont déterminé l'association Sherpa à prendre l'initiative d'engager la campagne dite des « biens mal acquis » (BMA).

LES AFFAIRES DITES DES BMA

L'action des associations

En mars 2007, les associations Serpa, Survie et la Fédération des Congolais de la diaspora déposent plainte devant le procureur de la République de Paris contre les familles dirigeantes du Congo-Brazzaville, de la Guinée équatoriale et du Gabon pour recel de détournement de fonds publics (articles 321-1 et 432-15 du Code pénal français). Suivant la plainte, ces trois familles possèdent sur le territoire français des patrimoines immobiliers considérables qui n'ont pu être constitués au moyen de leurs seuls salaires et émoluments. Une enquête préliminaire est diligentée par le procureur de la République de Paris en date du 18 mai 2007. Elle sera menée par l'Office central pour la répression de la grande délinquance financière (OCRGDF). L'enquête de police confirme la plupart

de nos allégations et révèle par ailleurs l'existence de nombreux autres biens, immobiliers et mobiliers (cf. encadré 1).

Encadré 1 **Résultat de l'enquête de police**

S'agissant de Omar Bongo et de son entourage (12 personnes au total) :

- le patrimoine immobilier comprend 39 propriétés dont 17 au nom de Omar Bongo, pour la plupart localisées dans le 16^{ème} arrondissement de Paris ;
- l'identification de 70 comptes bancaires (BNP, Société générale, Crédit lyonnais, Barclays...) dont 11 au nom de Omar Bongo ;
- le parc automobile comprend au moins 9 véhicules dont le montant total est estimé à près de 1,5 M€.

S'agissant de Denis Sassou Nguesso et de son entourage (11 personnes au total) :

- le patrimoine immobilier comprend 18 propriétés ;
- l'identification de 112 comptes bancaires (BNP, Crédit du nord, Société générale, Crédit lyonnais, Barclays...) ;
- le parc automobile comprend au moins 1 véhicule pour une valeur de 170 000 euros.

S'agissant de Teodoro Obiang et de son entourage (2 personnes) :

- le patrimoine immobilier comprend au moins 1 propriété au nom de Teodoro Obiang ;
- l'identification d'un compte bancaire auprès de la Barclays au nom de Teodoro Nguema Obiang (fils du précédent, né le 24 juin 1969) ;
- le parc automobile comprend au moins 8 véhicules détenus par Teodoro Nguema Obiang, dont le montant total est estimé à 4,2 M€.

L'enquête fait également apparaître le caractère particulièrement atypique de certains financements : Édith Bongo, alors épouse du président gabonais, aurait ainsi fait l'acquisition d'une Daimler Chrysler au moyen d'un chèque tiré sur un compte ouvert auprès de la Banque de France par le Trésor public gabonais.

Pour ce qui est des véhicules acquis par Teodoro Nguema Obiang, la note d'information établie par la cellule Tracfin (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins) indique qu'il est très probable que ces achats constituent le blanchiment du produit de détournement de fonds publics par un dépositaire de l'autorité publique.

Malgré ces résultats très probants, l'affaire est classée en novembre 2007, le procureur de la République de Paris ayant considéré que l'infraction n'était pas suffisamment caractérisée.

Le 9 juillet 2008, l'association Transparence International (TI) France dépose, avec le soutien de Sherpa, une seconde plainte simple devant le procureur de la République de Paris. Cette plainte reprend exactement les mêmes faits que ceux dénoncés seize mois plus tôt par Sherpa et n'a pour objet que de respecter les conditions de recevabilité des demandes de constitution de partie civile posées par l'article 85 du Code de procédure pénale (modifié par la loi du 5 mars 2007 afin de limiter les plaintes avec constitution de partie civile). C'est donc sans surprise que cette plainte a également fait l'objet d'un classement sans suite le 3 septembre 2008.

Le 2 décembre 2008, ces mêmes associations déposent une nouvelle plainte avec constitution de partie civile dans l'espoir d'obtenir l'ouverture d'une information judiciaire – initiative contre laquelle le procureur de la République manifeste ouvertement son hostilité dans un communiqué de presse.

Le débat sur la recevabilité de la plainte

Avant même de se prononcer sur l'ouverture ou non d'une information judiciaire, la première question que le doyen des juges d'instruction se devait de trancher concernait la recevabilité de TI France en sa demande de constitution : cette association a-t-elle un intérêt à agir dans cette affaire ?

Le droit des associations à se constituer partie civile

Dérogeant au dogme suivant lequel l'action civile devant les juridictions répressives est « un droit exceptionnel strictement enfermé dans les limites de l'article 2 du Code de procédure pénale », le législateur a progressivement multiplié les habilitations au profit d'associations défendant des intérêts collectifs pour leur permettre de poursuivre certaines infractions ayant un lien avec leur objet social.

Quelles sont-elles ? Il s'agit principalement des associations visées aux articles 2-1 et suivants du Code de procédure pénale, mais également de toutes celles visées dans d'autres codes ou lois spéciales. Sont notamment couverts par ce dispositif la lutte contre les discriminations, la lutte contre les violences familiales, sexuelles, ou contre les mineurs, la lutte contre le terrorisme, les infractions en matière de stupéfiants, ou les dérives sectaires, la lutte contre les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre, la préservation de l'environnement, la lutte contre le tabagisme... Or aucun de ces textes n'habilite les associations de lutte contre la corruption.

Pourquoi le ministère public mérite-t-il d'être doublé en ce qui concerne les infractions en cause ? Sans doute, ces atteintes à l'ordre social sont-elles jugées

tellement graves qu'il est apparu nécessaire de faire corroborer l'action du ministère public par des associations à but désintéressé. Mais alors pourquoi les infractions de corruption ne relèvent-elles pas de ce dispositif d'habilitation ? La lutte contre la corruption serait-elle moins impérieuse ?

Il convient de préciser que la question avait été posée à l'occasion de la discussion du projet de loi relatif à la lutte contre la corruption (devenu L. n° 2007-1598, 13 novembre 2007). Le Parlement avait repoussé l'amendement proposé par le rapporteur de la Commission des lois visant à permettre à toute association reconnue d'utilité publique et régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans qui se propose, par ses statuts, de lutter contre la corruption de se constituer partie civile (et ce, alors même que l'amendement en question n'envisageait que la possibilité de se constituer partie civile à l'audience).

Faute de bénéficier d'un texte spécial l'habilitant à agir, Sherpa a fait valoir le statut de victime de TI France, en se fondant sur la jurisprudence applicable en la matière.

La Cour de cassation admet en effet, depuis plusieurs années, sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale, la recevabilité de la constitution de partie civile d'une association lorsque l'infraction dénoncée porte atteinte aux intérêts collectifs que celle-ci a statutairement pour mission de défendre. Les exemples sont désormais légion.

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser récemment qu'une association non agréée de protection de l'environnement était recevable à se constituer partie civile¹.

Pour rejeter l'exception d'irrecevabilité de la constitution de partie civile de l'association demanderesse, la cour d'appel avait énoncé que ladite association ayant pour objet statutaire la protection de l'environnement, du cadre de vie, de la faune et de la flore d'un village, la construction d'une toiture contraire aux prescriptions du plan d'occupation des sols portait effectivement atteinte aux intérêts collectifs qu'elle défendait.

Confirmant cette décision, la chambre criminelle considère que la cour d'appel a ainsi caractérisé l'existence d'un préjudice direct et personnel, distinct de celui de ses membres, subi par l'association en raison de la spécificité du but et de l'objet de sa mission et elle ajoute qu'« en effet, la possibilité offerte par l'article L. 480-1, alinéa 5 du Code de l'urbanisme, aux associations agréées de protection de l'environnement d'exercer les droits de la partie civile, en ce qui concerne les infractions en matière de permis de construire qui portent un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre, n'exclut pas le droit pour une association non agréée qui remplit les conditions prévues par l'article 2 du Code de procédure pénale de se constituer partie civile à l'égard des mêmes faits ».

Depuis cette importante décision, il faut considérer que les associations non habilitées par le législateur peuvent se constituer partie civile pour défendre leurs intérêts collectifs dès lors qu'elles remplissent les conditions posées par

l'article 2 du Code de procédure pénale, à savoir l'existence d'un préjudice personnel et direct.

C'est précisément cette double caractéristique du préjudice que nous avons fait valoir dans l'affaire des BMA.

L'application de cette jurisprudence au cas des BMA

Le préjudice doit être personnel, c'est-à-dire distinct de l'intérêt général dont la défense appartient au ministère public. La corruption relève-t-elle des infractions d'intérêt général ?

Suivant les réquisitions prises par le procureur général à l'appui de l'irrecevabilité de la constitution de partie civile de TI France, le « préjudice invoqué par TI France n'est pas distinct du trouble causé aux intérêts généraux de la société dont la réparation est assurée par l'exercice de l'action publique par le ministère public ».

La corruption relèverait donc des infractions d'intérêt général, de cette catégorie particulière d'infractions insusceptibles de causer un dommage personnel à quiconque. Le recours à la théorie des infractions d'intérêt général est bien commode puisqu'elle a pour effet de neutraliser l'action civile et, corrélativement, de conférer au ministère public le monopole en matière de poursuites. Seule la loi est à même d'autoriser les constitutions de partie civile en la matière, en habilitant certaines personnes ou groupements de personnes à s'adresser aux juridictions répressives pour la défense de l'intérêt général.

Depuis lors, la chambre criminelle admet en pareille hypothèse la recevabilité des constitutions de partie civile émanant de personnes physiques, mais aussi de personnes morales, qu'elles relèvent du droit privé, telle une fédération sportive, ou du droit public, tel un office public d'HLM ou encore la personne de l'État.

Le préjudice doit être direct, c'est-à-dire qu'il doit exister une correspondance exacte entre les faits dénoncés et « la spécificité du but et l'objet de la mission » de l'association demanderesse. Existe-t-il une corrélation entre les allégations de recel de détournement de fonds publics commis visées dans la plainte et le combat contre la corruption mené par TI France ?

Suivant les réquisitions du procureur général, « l'association ne saurait être touchée par les faits dénoncés ». Ce qui signifie *in fine* qu'à supposer que l'association ait pu se prévaloir d'un préjudice personnel distinct du trouble causé aux intérêts généraux de la société, elle ne saurait pour autant établir un lien de cause à effet entre le préjudice invoqué et l'infraction dénoncée.

Suivant la jurisprudence applicable en la matière, pour caractériser la nature directe du préjudice allégué par une association avec l'infraction dénoncée, il convient de déterminer s'il y a ou non une correspondance exacte entre les faits dénoncés et l'objet de l'association demanderesse.

Or la Cour de cassation, pour apprécier s'il y a une « adhérence » entre les

faits dénoncés et l'objet d'une association, ne s'en tient pas à une lecture strictement faciale. Ainsi, a-t-elle jugé que l'objet social d'une association tendant à la « défense des droits et de la dignité de la femme » comprend nécessairement la défense du droit des femmes à accéder à la contraception et à l'avortement.

De même, si cette correspondance a été évidente pour la construction d'une toiture contraire au code d'urbanisme et à l'objet d'une association de protection de l'environnement (précitée), comment pouvait-il en être autrement s'agissant de faits de détournement de fonds publics et de recel et de la lutte contre la corruption menée par TI France ?

Contrairement aux Anglo-Saxons qui distinguent en effet l'infraction de corruption (*bribery*) du phénomène criminel (corruption), les Français utilisent indifféremment le mot « corruption » qui recouvre ainsi deux acceptions distinctes :

- entendue strictement, la corruption désigne l'acte par lequel deux personnes détournent de son objet le pouvoir conféré à l'une d'elle. Cette conception renvoie à l'infraction prévue et réprimée par divers articles du Code pénal (corruption active/passive ; corruption dans le secteur public/privé ; corruption interne/internationale) ;

- entendue largement, la corruption vise un phénomène criminel susceptible de prendre des formes multiples : « pot-de-vin », extorsion, concussion, favoritisme, soustraction et détournement de fonds, prise illégale d'intérêts...

Cette seconde acception est celle retenue par les divers instruments internationaux existant en la matière, au premier rang desquels la Convention de Mérida.

Or nous avons opposé au parquet de Paris qu'eu égard à l'objet et aux actions menées par TI France depuis sa création en 1996, il ne faisait aucun doute que l'association n'avait pas entendu restreindre son objet à la seule infraction visée par le Code pénal sous la qualification de corruption. Elle a en effet pour objet de lutter contre la corruption sous toutes ses formes. Dès lors, il ne faisait aucun doute que les faits de recel et de blanchiment dénoncés dans la plainte allaient directement à l'encontre des campagnes qu'elle a menées depuis sa création.

Par ordonnance en date du 5 mai 2009, la doyenne des juges d'instruction au tribunal de grande instance de Paris a admis TI France en sa demande de constitution de partie civile malgré les réquisitions contraires prises par le parquet. Cette décision aurait pu permettre l'ouverture d'une information judiciaire si le parquet ne s'était pas empressé d'y faire appel...

L'acharnement dont a fait preuve le parquet aux fins d'empêcher l'ouverture d'une instruction a été tel qu'il a suscité l'interrogation d'un député socialiste. C'est ainsi que le 12 mai 2009, lors des questions au gouvernement, le député a interpellé la ministre de la Justice : « Êtes-vous intervenue auprès du parquet de Paris dans cette affaire ? Si oui, dans quel sens ? Sinon, d'autres autorités de l'État sont-elles intervenues dans cette affaire ? »

Par un arrêt rendu le 29 octobre 2009, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a infirmé l'ordonnance du doyen des juges d'instruction. Suivant en cela les réquisitions prises par le procureur général, les magistrats ont en effet considéré que TI France n'était pas recevable à se constituer partie civile dans cette affaire.

L'association s'est pourvue en cassation. Dans une décision historique rendue le 9 novembre 2010, la Cour de cassation a cassé, au visa de l'article 2, l'arrêt rendu un an plus tôt par la cour d'appel en considérant que les faits dénoncés étaient de nature à causer à TI France un préjudice direct et personnel en raison de la spécificité du but et de la mission de cette association. Décision historique en effet car, pour la première fois, le mur de l'impunité dressé par les dirigeants africains et leurs complices semblait pouvoir s'effriter.

Les suites de cette décision

À la suite de cette décision de la Cour de cassation, à l'automne 2011, les investigations se sont accélérées et promettent, en 2012, l'ouverture d'un nouveau chapitre sur l'identification des auteurs et des complices des infractions dénoncées.

Ce sont les peuples arabes qui, sans aucun soutien, ont su briser les chaînes de la tyrannie et rappelé au monde entier que l'exigence de voir punis les criminels de sang est escortée par celle de voir punis les criminels en col blanc. Ils nous ont rappelé à quel point la corruption était un cancer pour l'État de droit et la démocratie.

Sherpa et TI France ont, très rapidement après l'éviction des tyrans, saisi le parquet de Paris d'une plainte sur les mêmes fondements que celle déposée en 2007 contre certains chefs d'État africains et leur clan.

Avant l'été 2011, de nouvelles informations judiciaires ont été ouvertes visant Zine el Abidine Ben Ali, Hosni Moubarak, leur clan et leur famille ; elles ont été confiées aux mêmes juges d'instruction² que ceux qui instruisent sur les faits visant les trois chefs d'État africains évoqués précédemment.

Le parquet de Paris a refusé de déclencher une enquête préliminaire le 30 août 2011, s'agissant des avoirs susceptibles d'être détenus par Bachar Al Assad, président de la République syrienne, et son clan. Le moins que l'on puisse dire est que cette décision est surprenante tant il est de notoriété publique, à tout le moins, que des membres de la famille du despote syrien et notamment son frère, Rifat Al Assad, ont fait des acquisitions en France.

Il n'y a pas eu une ouverture d'information s'agissant de l'ancien despote libyen. La France semble surtout être un territoire d'investissement pour les fonds souverains libyens, aucune trace à notre connaissance n'ayant été recueillie concernant la détention par des banques d'avoirs détournés ou d'un patrimoine immobilier.

À l'automne 2011, les investigations se poursuivent, marquées notamment par la saisie, à l'initiative des magistrats instructeurs, de seize voitures luxueuses appartenant à Teodoro Obiang, fils du chef d'État de la Guinée équatoriale.

Des commissions rogatoires ont été lancées pour permettre aux juges d'instruction de tracer l'infraction source, c'est-à-dire les moyens de paiement qui à l'origine ont pu, au prix de détour dans le maquis de différentes sociétés *offshore*, permettre l'acquisition du patrimoine immobilier luxueux qui, lui, a été identifié. Cette traque se poursuit, qu'il s'agisse des trois chefs d'État africains, de Ben Ali ou de Moubarak.

Au-delà des avancées juridiques évoquées ci-dessus, les procédures que nous avons initiées ont ainsi contribué à mettre au centre de gravité du débat public la question centrale de la restitution des avoirs détournés aux peuples aujourd'hui essentiellement d'Afrique, mais d'autres continents demain sans doute.

Peut-on aussi voir un jour se dessiner une politique étrangère, notamment en direction de l'Afrique, qui ne soit pas simplement sécuritaire et marchande ? Bref, une politique de la dignité et non une politique constamment hypothéquée par la logique de la France Afrique restée intacte. En dépit de l'affichage des déclarations de nos décideurs publics, notre pays est à la traîne.

C'est en visitant les enseignements de toutes ces péripéties judiciaires que l'on peut préfigurer les conditions qui permettraient au message universaliste de la France si dévoyé de se traduire par une politique transparente et efficace de lutte contre la corruption.

LES ENSEIGNEMENTS DES AFFAIRES DES BMA

La décision de la Cour de cassation rendue le 9 novembre 2010 est d'une importance majeure qui dépasse la seule affaire des BMA et, plus généralement, la seule lutte contre la corruption internationale.

Premier enseignement concernant la corruption internationale : les faits de recel et de blanchiment sont distincts de ceux visés par l'article 433-6 du Code pénal, fussent-ils commis par des agents publics étrangers.

Dans ses conclusions au soutien du rejet du pourvoi, le ministère public avait fait valoir que les faits de recel et de détournement de fonds publics dénoncés par la plainte relevaient de la corruption d'agents publics étrangers ; qu'en conséquence, et suivant les termes de l'article 435-6 du Code pénal, leur poursuite ne pouvait être engagée qu'à la requête du ministère public.

Pour mémoire, avec la loi du 30 juin 2000, l'incrimination de la corruption, longuement limitée au cadre national, a été étendue aux agents publics étrangers.

Cependant, l'incrimination était circonscrite aux seules transactions commerciales internationales et surtout, la loi réservait au parquet le monopole des poursuites. La loi de 2007, qui étend le champ d'application de l'infraction, maintient le monopole du parquet pour la poursuite des délits de corruption d'agents publics étrangers³.

Le débat tel que le ministère public l'a ouvert devant la Cour de cassation n'était dès lors plus de savoir si TI France avait subi un préjudice personnel et direct en raison des faits dénoncés dans la plainte, mais si l'article 435-6 qui réserve au parquet le monopole des poursuites en matière de corruption d'agents publics étrangers devait être étendu aux faits de recel et de blanchiment d'avoirs criminels impliquant de tels agents.

Dans son arrêt rendu le 9 novembre 2010, la Cour de cassation a répondu négativement et a jugé que même s'ils sont favorisés par des pratiques de corruption, les délits de recel et de blanchiment de biens financés par des détournements de fonds publics en France sont distincts de cette infraction.

La solution est d'autant plus heureuse que la France avait déjà été sévèrement critiquée par le groupe de travail de l'OCDE contre la corruption : recommandation 8 du rapport OCDE (phase II). Le monopole du parquet en matière de corruption d'agents publics étrangers ouvre en effet la voie à d'éventuelles violations de l'article 5 de la Convention OCDE, selon lequel « les enquêtes et les poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger [...] ne seront pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause »⁴.

En réponse, la France avait pris soin d'adresser aux parquets une circulaire de présentation des évaluations de la France par l'OCDE et le GRECO (Groupe d'États contre la corruption) et fixant des orientations de politique pénale⁵.

Dans cette circulaire, il est en effet clairement indiqué, s'agissant de la poursuite de faits de corruption, que : « Un classement sans suite d'une procédure du chef de corruption (qu'il s'agisse d'un agent public français, d'un fonctionnaire communautaire, d'un autre État membre, ou d'un agent public étranger au sens de la Convention OCDE) ne saurait reposer sur des critères autres que techniques tenant, d'une part, à l'appréciation de la gravité des faits et, d'autre part, à la consistance des éléments de preuve recueillis en préliminaire, ainsi qu'à l'absence de possibilité raisonnable de les conforter dans le cadre d'une information judiciaire. Dès lors, un classement sans suite d'une procédure initiée du chef de corruption ne saurait être motivé par des considérations tenant à la qualité de l'agent public français ou, s'agissant d'une corruption de fonctionnaire communautaire, d'un autre État membre, ou d'un agent public étranger, par des considérations tirées de l'intérêt économique national ou des effets possibles sur les relations avec un autre État. La prise en compte de tels critères constituerait en effet une violation des engagements internationaux souscrits par la France (cf. notamment l'article 5 de la Convention OCDE). »

Et de poursuivre : « J'appelle votre attention sur l'exigence d'examiner avec la plus grande attention les plaintes simples qui pourraient vous être adressées du chef de corruption active d'agents publics étrangers et d'exercer l'action publique avec détermination dès lors qu'il vous apparaîtrait que les circonstances sur lesquelles elles s'appuient permettent d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction de corruption active d'agents publics étrangers. »

Cependant, à la lumière de l'affaire des BMA, force est de constater que ces orientations de politique pénale sont très loin d'être scrupuleusement appliquée.

Conforme aux engagements internationaux de la France, la décision rendue par la Cour de cassation est par ailleurs fidèle à la jurisprudence en la matière. Ainsi, une fois écarté l'argument invoqué par le parquet, la Cour de cassation n'avait plus qu'à appliquer la règle précédemment dégagée en matière d'actions civiles d'associations non privilégiées et, partant, ne pouvait que reconnaître l'intérêt à agir de TI France.

Un deuxième enseignement s'impose : il n'y aura pas de véritable politique de lutte contre la corruption sans une autorité judiciaire d'enquête indépendante.

En effet, si le droit résultant de l'arrêt rendu par la Cour de cassation venait à être consacré, il s'agirait d'un contrepoids à l'inertie « coupable » du parquet, inertie qui, dans bien des dossiers sensibles, accentue la double conviction d'une violation du principe de la séparation des pouvoirs par le pouvoir politique en France depuis des années et d'une autre violation, soit celle du principe d'égalité devant la loi, principe ô combien républicain.

Il appartiendra bien entendu au juge du fond d'être à l'écoute des critères fixés par la Cour de cassation pour éviter l'instrumentalisation du juge pénal par des associations opportunistes. Ce risque existe, mais c'est la responsabilité du juge de le contenir.

Reste que cette grande saga des BMA rappelle à quel point, dès lors que l'identification des auteurs d'infractions pénales se télescope avec un agenda politique, il est absolument essentiel de préserver l'institution du juge d'instruction, seul outil d'enquête impartial, indépendant, à l'heure où le parquet de Paris dans les affaires sensibles a montré sa dépendance vis-à-vis des pouvoirs politiques.

D'aucuns disent que les Pouvoirs publics ont voulu rompre avec les pratiques clientélistes de la France Afrique. Le moins que l'on puisse dire est que la résistance obstinée du parquet à voir des investigations s'engager contre ces chefs d'État africains est la signature du contraire.

Les investigations n'ont pas aboli – c'est assez singulier pour être souligné – le sentiment d'impunité arrogant qui caractérise les chefs d'État et leur famille. Il suffit de rappeler qu'après le dépôt de la plainte avec constitution de partie civile

à l'automne 2008, les acquisitions de véhicules luxueux ont continué ; Tracfin les a signalées au parquet de Paris qui l'a signalé au juge d'instruction et pourtant, le parquet de Paris a continué obstinément, en dépit des demandes du magistrat instructeur et contre tout bon sens, à l'heure où ce chapitre se termine, à refuser d'élargir la saisine des juges d'instruction.

Troisième enseignement : la France doit être pionnière dans la mise en œuvre d'une meilleure harmonisation entre les mécanismes de saisie résultant d'une logique administrative et donc politique (c'est-à-dire en exécution des résolutions du Conseil de sécurité et/ou de l'Union européenne) et les mécanismes de saisie propres à l'autorité judiciaire, qu'il s'agisse du parquet ou du juge d'instruction.

Cette fragmentation des lieux de pouvoir et de décision est non seulement une source de déperdition d'énergie et de rationalité, mais aussi nuit à la lisibilité et à la cohérence de la politique pénale.

À cela se rajoutent les demandes d'entraides judiciaires émanant de différents pays arabes, parfois, en tous les cas dans un premier temps, approximatives et qui visent toutes à la demande de gel des mêmes avoirs que ceux qui font l'objet des logiques administratives et judiciaires.

Quatrième enseignement : une grande banque internationale, en charge de gérer les avoirs saisis.

Un long sentier se dessine à l'horizon. Cela doit nous inviter à penser à l'institution d'une grande banque internationale, peut-être adossée à la Banque mondiale, dont l'objet serait de gérer les avoirs saisis et de les restituer aux États.

Souvenons-nous des polémiques au moment de la restitution de BMA au Nigeria. De nombreuses ONG (organisations non gouvernementales) avaient stigmatisé le fait que ceux-là mêmes qui espéraient devenir vertueux à Abuja, lorsqu'ils étaient demandeurs de cette restitution, semblaient bien emprunter finalement le même chemin que leurs prédécesseurs vers des paradis fiscaux.

Ces impostures nous conduisent à penser qu'une telle institution financière *ad hoc* devrait fonctionner sous la supervision internationale, c'est-à-dire sous le contrôle d'une entité composée des plus grandes associations internationales de lutte contre la corruption. Ainsi, les grands mandataires des victimes que constituent les ONG les plus professionnelles devraient, porte-voix des opinions publiques concernées, veiller à ce que ces avoirs ne soient pas restitués dans la précipitation pour des raisons strictement politiques et sans un minimum garanti de ce qu'ils seront affectés au seul intérêt général.

En septembre 2011, une partie des fonds souverains libyens saisis a été restituée immédiatement au bénéfice du CNT (Conseil national de transition) à Tripoli. Cette décision était sans doute légitime, mais elle suscite des interrogations.

Imaginons le scénario suivant : l'État gabonais s'est constitué partie civile dans l'affaire des BMA. Nous ne l'avions pas contesté car, au fond, cette constitution était une façon de reconnaître l'existence d'un préjudice. Peut-on imaginer le patrimoine saisi à Paris restitué, après avoir été vendu, à Omar Bongo qui est visé comme l'un des auteurs principaux dans la plainte initiale ?

Peut-on imaginer si l'État libyen devenait un État contrôlé par Al Qaïda de lui restituer la totalité des avoirs saisis à travers le monde ? Autant de questions qui restent en suspens.

Reste que l'obligation de restitution par l'interception à l'échelon de la planète tout entière des avoirs détournés est maintenant une question centrale et constitue un défi essentiel qui pèse sur la communauté internationale.

Il y va de la crédibilité de la France et des grands pays européens qui ont bien besoin de restaurer une crédibilité perdue tant les attermoissements et les tergiversations, voire les complaisances synonymes de complicité, ont été de mises pendant des années au profit des despotes, de leurs affidés, parfois français et autres, et au détriment des populations concernées.

Cinquième enseignement : l'immunité de juridiction des chefs d'État en exercice doit être remise en cause.

Un dernier enseignement de taille doit être évoqué : celui qui nous convainc du fait que l'immunité des chefs d'État, y compris en exercice s'agissant des grandes infractions financières, doit demain ne plus être un obstacle aux poursuites.

L'immunité de juridiction des chefs d'État en exercice devant les autorités d'un autre État ne résulte d'aucun texte écrit, mais est issue de la coutume internationale. Si l'existence d'une telle coutume ne fait aucun doute⁶, le caractère absolu de cette dernière est en revanche sujet à caution. En particulier, l'auteur de cet article estime que l'immunité pénale n'a pas vocation à agir en l'espèce puisque nous sommes en présence d'une procédure visant au recouvrement d'avoirs illicites⁷.

De nombreux arguments viennent au soutien de la présente analyse.

Les poursuites judiciaires visant au recouvrement des avoirs illicites font partie des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice. Il est acquis que ce principe peut souffrir d'exceptions en vertu du droit international. La chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler ce point à l'occasion de l'affaire Kadhafi : « Attendu qu'en se prononçant ainsi, alors qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé [c'est-à-dire le terrorisme], quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice, la chambre d'accusation a méconnu le principe susvisé. »⁸

Or nous sommes de l'avis que depuis l'adoption en 2003 de la Convention de Mérida, les procédures visant au recouvrement des avoirs illicites relèvent des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en

exercice. Cette convention consacre en effet un chapitre entier au recouvrement d'avoirs illicites (chapitre V)⁹ et ¹⁰.

Ces dispositions sont nées de la volonté de la communauté internationale de financer le développement¹¹. À l'occasion de la chute des régimes prédateurs de Ferdinand Marcos aux Philippines, du général Suharto en Indonésie ou encore de Joseph-Désiré Mobutu au Zaïre (ex-République Démocratique du Congo), le recouvrement des avoirs illicites des dirigeants corrompus est en effet progressivement apparu comme un enjeu majeur de développement.

Cette volonté se retrouve expressément dans l'avant-propos de la convention : « Ces dispositions – les premières du genre – établissent un nouveau principe fondamental et posent les bases d'une coopération plus étroite entre les États en vue de la prévention et de la détection de la corruption, ainsi que de la restitution des biens volés. À l'avenir, les fonctionnaires et autres responsables politiques auront plus de mal à dissimuler leurs gains illicites. C'est particulièrement important pour de nombreux pays en développement où de hauts responsables ont pillé les richesses nationales et où les nouvelles autorités ont grand besoin de ressources pour la reconstruction et la remise sur pied de la société » (Kofi A. Annan, secrétaire général des Nations unies).

Elle se retrouve également dans les différents travaux qui ont précédés l'adoption de ce texte¹².

À la lumière de ce qui précède, il ne fait aucun doute que l'immunité de juridiction du chef d'État en exercice n'a pas vocation à agir lorsque la procédure engagée contre lui vise au recouvrement d'avoirs illicitement acquis.

Cette analyse est partagée par l'Institut de droit international qui est, soulignons-le, la principale source doctrinale pour établir le contenu du droit international¹³. En préambule de la résolution sur « les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international » (session de Vancouver, 2001)¹⁴, on peut en effet lire : « Rappelant que les immunités reconnues à un chef d'État ou de gouvernement n'impliquent aucunement qu'il soit en droit de ne pas respecter les règles en vigueur sur le territoire du for. Soulignant que ces immunités ne devraient pas lui permettre de s'approprier frauduleusement des avoirs de l'État qu'il représente et que tous les États doivent se prêter mutuellement assistance en vue de la restitution de ces avoirs à l'État auquel ils appartiennent. »

L'article 4 de la résolution prévoit quant à lui : « Lorsque la légalité de l'appropriation d'un bien ou de tout autre avoir détenu par ou pour le compte d'un chef d'État prête sérieusement à des doutes, les dispositions qui précèdent n'empêchent pas les autorités de l'État dans le territoire duquel ces biens ou ces avoirs sont localisés de prendre à leur égard les mesures provisoires jugées indispensables pour en conserver le contrôle tant que la légalité de leur appropriation n'est pas établie à suffisance de droit. »

Signalons également que dans son rapport sur le recouvrement des avoirs,

le groupe de travail du Commonwealth note que : « À ce jour, cette exception [à l'immunité pénale des chefs d'État en exercice] a des applications limitées aux crimes conventionnels tels que la torture ou les crimes de droit international coutumiers. Cependant, il se peut qu'il s'agisse d'un domaine où le droit international soit amené à évoluer pour étendre cette exception aux crimes de corruption, eu égard aux effets dévastateurs des actes de corruption et de l'existence de la Convention de Mérida. Le Commonwealth, en tant que groupe de cinquante-trois États, pourrait peut-être par le biais de ses recommandations et actions, encourager un mouvement dans le droit international de manière à ce qu'à l'avenir, une exception à l'immunité attachée à la fonction soit reconnue pour les cas d'infractions de corruption. » (traduction libre)¹⁵.

Il a fallu plus de cinquante ans pour que, s'agissant des plus grands criminels de sang, l'immunité des chefs d'État et des ministres cède, en tous les cas, dans le cadre des poursuites engagées par la Cour pénale internationale et le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie.

La lutte contre la corruption est considérée par l'essentiel des décideurs publics de la planète comme une cause de l'humanité. Le droit international incarne maintenant cette conviction qu'aucun statut, aucune position légale ne sauraient être un obstacle à des poursuites, s'agissant notamment du pillage délibéré des ressources publiques d'un pays.

Nous pensons ainsi que le jour où il y aura un grand procès des BMA à Paris, aux côtés des complices se tiendront dans le box les chefs d'État visés dans les plaintes que nous avons déposées.

CONCLUSION : PLUSIEURS ÉVIDENCES S'IMPOSENT

La société civile internationale s'est de plus en plus universalisée et professionnalisée. Elle supporte de moins en moins le décalage, qui parfois est saisissant, entre la morale et l'action internationale. En d'autres termes, la résignation n'est plus de mise et les discours pour habiller le cynisme et la raison d'État sont de plus en plus systématiquement démystifiés par les ONG et les médias.

Cette exigence d'éthique s'exprime de façon universelle et l'exigence de restitution des avoirs détournés aux populations appauvries du fait du pillage par un clan doit en être une illustration spectaculaire.

D'aucuns soulignent par ailleurs que le monde devient de plus en plus marchand et se marchandise. Organiser de façon transparente et universelle le dépistage et la restitution des avoirs détournés est aussi une façon de replacer au centre de gravité des décisions publiques l'exigence de respecter l'intérêt général et les biens publics.

Il ne faudrait pas non plus que cette exigence soit instrumentalisée pour mieux masquer les freins qui continuent à exister dans la lutte contre la corruption en France et ailleurs. Se féliciterait-on de restituer des avoirs détournés aux peuples arabes ? Et simultanément, continuerait-on à fermer les yeux sur des logiques de collusion entre l'argent et le politique ?

Beaucoup reste à faire, après un printemps arabe, peut-être un printemps africain ? En tous les cas, un réveil des consciences publiques en Europe qui peut laisser entrevoir que le pire ne soit pas forcément sûr.

NOTES

1. Cass. crim. 12 septembre 2006 Juris-Data n° 05-86.958.
2. Roger Le Loire et René Grouman.
3. Code pénal, art. 435-6.
4. Rapport sur l'application de la convention et de la recommandation de 1997, janvier 2004.
5. CRIM 2004-06 G3/21-06-2004.
6. CIJ 14 février 2002 ; RDC c/ Royaume de Belgique.
7. Voir également en ce sens : Sherpa (2007).
8. Cass. crim., 13 mars 2001.
9. Il s'agit de la principale innovation de ce texte par rapport aux autres instruments de lutte contre la corruption.
10. La convention contient des provisions portant tant sur le recouvrement direct des biens (article 53) que sur la coopération internationale aux fins de confiscation (articles 54 et 55). L'article 51 érige par ailleurs le recouvrement d'avoirs illicites en « un principe fondamental ».
11. Cf. le Consensus de Monterrey, adopté par la Conférence internationale sur le financement du développement tenue à Monterrey (Mexique) du 18 au 22 mars 2002. Disponible sur le site : www.un.org/esa/ffd/monterrey/MonterreyConsensus.pdf.
12. Voir notamment : le rapport du secrétaire général (A/56/403 et Add.1, 25 septembre 2001), *Prévention de la corruption et du transfert illicite de fonds* :
 - point 89 : « Les affaires de corruption à grande échelle, en particulier quand des responsables sont compromis, concernent communément de vastes sommes et le transfert ou le détournement, au détriment du pays concerné, de vastes richesses. Bien souvent, les sommes détournées représentent une proportion notable des ressources du pays et leur détournement porte une atteinte très sensible à sa stabilité politique et à son développement économique et social. » ;
 - point 90 : « S'assurer que ce type de crime ne paie pas serait un important moyen d'en réduire l'ampleur. » ;
 - point 121 : « Ces dernières années, il est clairement apparu que la corruption de haut niveau constitue un obstacle de taille à la réalisation des objectifs de la communauté internationale, y compris le développement économique et social et l'instauration de l'État de droit, d'un climat de confiance entre les gouvernants et les gouvernés et de relations stables et pacifiques entre les pays. Il est également apparu que la solution à ce problème doit passer par le recouvrement des avoirs détournés et transférés à l'étranger. Le recouvrement des fonds peut faire toute la différence, sur le plan économique et social, pour les pays qui ont eu à pâtir de la corruption ; par ailleurs, dans une perspective plus large, il doit servir de facteur dissuasif en montrant que les coupables n'auront pas le loisir de profiter du produit de leurs crimes. » ;

– point 126 : « Quelles que soient sa difficulté et sa complexité, le problème requiert, du fait de son ampleur, une action commune déterminée de la part de la communauté internationale. ».

13. L'Institut de droit international a pour but de favoriser le progrès du droit international depuis 1873 et se compose d'au moins 130 juristes éminents venant de divers pays. Ses avis expriment l'opinion d'une grande partie de la doctrine sur des points techniques du droit international.

14. Texte disponible sur le site : www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2001_van_02_fr.PDF.

15. Paragraphe 22, *Report of the Commonwealth Working Group on Asset Repatriation*, août 2005. Disponible sur le site : www.thecommonwealth.org/Shared_ASP_Files/UploadedFiles/E6642A80-04E0-4848-A2FE-0397BADBC2DE_LMM05_AssetRepatriationReport.pdf.

BIBLIOGRAPHIE

BOURDON W. (2010), *Face aux crimes du marché : quelles armes juridiques pour les citoyens ?*, La Découverte, février.

CUTAJAR C. (2009a), « Affaire des biens mal acquis, un arrêt qui ne clôt pas le débat », *JCP édition générale*, n° 51, 14 décembre, p. 563.

CUTAJAR C. (2009b), « L'affaire des biens mal acquis ou le droit pour la société civile de contribuer judiciairement à la lutte contre la corruption », *JCP édition générale*, n° 22, act. 277, 27 mai.

CUTAJAR C. (2010), « Affaire des biens mal acquis : la chambre criminelle ordonne le retour de la procédure au juge d'instruction », *JCP édition générale*, n° 48, 29 novembre, p. 1174.

CUTAJAR C. et PERDRIEL-VAISSIÈRE M. (2010), « Réforme de la procédure pénale : l'action citoyenne, nouvel outil de lutte contre la corruption transnationale ? », *Dalloz*, p. 1295.

DE VAUPLANE H. (2011), « Les banques et les biens mal acquis », *Revue banque*, n° 738, juillet-août, p. 79.

LAVRIC S. (2010), « Affaire des biens mal acquis : recevabilité de la constitution de partie civile de l'association Transparence International France », *Dalloz*, act. 2707.

PERDRIEL-VAISSIÈRE M. (2010), « La restitution des avoirs illicites », in *Garantir que le crime ne paie pas – Stratégie pour enrayer le développement des marchés criminels*, Cutajar C. (sous la direction de), Presses universitaires de Strasbourg.

PERDRIEL-VAISSIÈRE M. (2011a), « How to Turn Article 51 into Reality », in *Non-State Actors in Asset Recovery*, Basel Institute on Governance.

PERDRIEL-VAISSIÈRE M. (2011b), « La poursuite des faits de corruption à la lumière de l'affaire des biens mal acquis », *Dalloz*, p. 112.

ROME F. (2009), « Cousu de fil blanc », *Dalloz*, p. 1265.

ROME F. (2010), « Noirs délire... », *Dalloz*, p. 2641.

ROUJOU DE BOUBÉE G. (2009), « Compétence française pour des détournements de fonds publics commis au préjudice d'États africains », *Dalloz*, n° 22.

ROUJOU DE BOUBÉE G. (2010), « Affaire dite des biens mal acquis (suite) », *Dalloz*, p. 2760.

SHERPA (2007), *L'immunité des chefs d'État en exercice et les infractions économiques et financières*, novembre. Disponible sur le site : http://asso-sherpa.org/sherpa-content/docs/programmes/FFID/publications/2_Immunité_et_infractions_economiques_et_financieres.pdf.

WORLD BANK et UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) (2007), *Stolen Assets Recovery (StAR) Initiative : Challenges, Opportunities and Action Plan*, rapport.