

Corruption et mensonge – Un nécessaire recours à la morale

La corruption a toujours été un véritable moyen de gouverner ou de conserver le pouvoir et les privilèges mais c'est un phénomène ancien et évolutif : ce qui était corruption à une époque peut ne plus l'être à une autre et réciproquement. C'est un phénomène de société qui bénéficie, comme chacun peut s'en rendre compte, d'un traitement prioritaire par tous les médias et pourtant on ne dispose d'aucune donnée objective sur son ampleur réelle.

La corruption se définit comme un abus de pouvoir ou une improbité dans le processus de décision. Pour le Conseil de l'Europe et, notamment le GRECO¹, elle "comprend les commissions occultes et tous autres agissements qui impliquent des personnes investies de fonctions publiques ou privées, qui auront violé leurs devoirs découlant de leur qualité de fonctionnaire public, d'employés privés, d'agents indépendants ou d'une autre relation de ce genre, en vue d'obtenir des avantages illicites de quelque nature que ce soit, pour eux-mêmes ou pour autrui."

DE LA CORRUPTION

Le phénomène est apparu dès la plus haute Antiquité² et il a toujours été considéré comme l'une des plus répandues et l'une des pires formes de comportement qui pervertit l'administration des affaires publiques lorsqu'elle est le fait d'agents publics ou des élus. C'est ce qu'affirme Cicéron quand il écrit, dans "Plaisir et Vérité" : *"il y a des hommes à qui tout sens de la mesure est inconnu : argent, honneur, pouvoirs, plaisirs sensuels, plaisir de gueule, plaisirs de toutes sortes enfin ; il n'ont jamais assez de rien. Leur malhonnête butin, loin de diminuer leur avidité, l'excite plutôt : hommes irrécupérables à enfermer plutôt qu'à former"*.

En France, l'un des premiers textes officiels dans lequel il est expressément fait référence à la lutte contre la corruption est l'ordonnance du 23 mars 1302 sur la réforme du royaume prise par Philippe le Bel. Il y indique clairement à ses baillis, sénéchaux et prévôts les règles à respecter pour que leurs décisions ne puissent être entachées d'irrégularités ou de favoritisme.

En Europe, c'est l'adoption du Code Napoléon en 1810, qui a mis définitivement en place les lourdes peines visant à lutter contre la corruption, qu'il s'agisse d'actes n'interférant pas avec les devoirs de la charge d'un individu ou d'actes interférant avec ces devoirs.

Plus récemment, la prise de conscience et l'intérêt de plus en plus marqué pour ces questions ont suscité, un peu partout, des réactions nationales et internationales : le Conseil de l'Europe a élaboré un programme d'action pour lutter contre la corruption, l'Organisation pour la coopération et le développement économique (O.C.D.E.) tente, grâce à une convention, d'éliminer la corruption dans les transactions commerciales internationales, l'Union Européenne (U.E.) a mis au point une législation destinée à protéger ses intérêts fondamentaux, l'Organisation des Nations Unies (O.N.U.) a élaboré une convention contre la corruption signée à MERIDA (Mexique) le 9 décembre 2003.

Il faut noter que la nature même de la corruption a évolué et qu'elle est encore en train d'évoluer. Jadis, seule importait la corruption émanant d'agents de la fonction publique

¹ GRoupement des États contre la COrruption

² On en connaît, notamment, des exemples dans la Bible et en Egypte, à l'époque de Ramsès II.

(membres de l'exécutif, du législatif ou du judiciaire). De même, l'évolution des mœurs a modifié la sensibilité de l'opinion publique à l'égard de la corruption. C'est ainsi que des pratiques, considérées en certaines époques comme des manifestations de la corruption, ont pu être jugées, en d'autres temps, comme parfaitement licites et même recommandées, tels les "épices" et les "pots-de-vin" qui, sous l'Ancien Régime, étaient offerts aux magistrats pour faire avancer les affaires et qui sont aujourd'hui parfaitement prohibés. Au cours des cent dernières années, la corruption en est venue à englober des comportements relevant de la sphère purement privée. Le délit d'initié, qui est, dans certains pays du moins, considéré comme une forme de corruption, en est un exemple typique. Choisir sa conduite en fonction d'informations confidentielles communiquées par un dirigeant d'entreprise sur le cours boursier des actions de cette société constituée, de nos jours, un acte passible de sanctions pénales. En effet, le type d'information obtenu est réputé entraîner une distorsion grave et inéquitable du marché.

La corruption ressemble à un prisme aux multiples facettes, que l'on peut regarder sous divers angles. On peut l'appréhender comme un phénomène social ou sous l'angle des sciences politiques, de la théorie économique et organisationnelle, ou du point de vue du droit pénal et du droit civil. Une approche trop restrictive risquerait de ne faire apparaître qu'une facette du prisme. A l'inverse, une définition trop large conduirait à englober sous le qualificatif de corruption, des infractions générales commises dans l'exercice d'une activité professionnelle : vol, malversation, fraude et autres actes préjudiciables à l'employeur. Or il n'y a rien de tel dans la corruption. La corruption relève non du chapardage, mais de l'abus de pouvoir ou de l'absence de probité dans le processus de la prise de décision. De surcroît, la corruption, tout comme le crime organisé, est l'expression d'une même attitude vis-à-vis de la morale, de l'éthique et de la fonction publique. C'est ce qui explique, pour beaucoup, la multiplicité de ses formes et la diversité du vocabulaire employé pour la décrire : commission occulte, pot-de-vin, cadeau, ristourne, caisse noire, pratique commerciale déloyale, mesure d'accompagnement, facilitation, etc...

En outre, même s'il est vrai que la corruption a toujours eu des accointances avec le monde du crime, il ne faut pas assimiler automatiquement corruption et corruption criminelle. Le concept de corruption est plus large que la notion de corruption criminelle ou de crime organisé. Cette distinction a son importance, tout simplement parce qu'il serait impossible d'arrêter une stratégie globale et exhaustive de lutte contre la corruption si ces mesures se limitaient aux seules activités criminelles. En effet, un système et une pratique corrompus, mais non criminels, pourraient ne pas être considérés comme des infractions sur le plan du droit, ce qui n'enlèverait rien à leur caractère pervers, mais interdirait seulement de les faire sanctionner par la justice pour y mettre un terme car, aussi longtemps qu'un acte n'est pas considéré comme une infraction, la justice ne peut pas le sanctionner.

La corruption peut être considérée comme un phénomène de société et l'on parlera alors de la corruption systématique des systèmes juridiques, de la gestion économique, de la fourniture des services publics et de la prise des décisions politiques. Pareille corruption aura pour effet de pervertir dangereusement les motivations, d'ébranler la soumission volontaire à des règles, de dissuader les investisseurs, et de rendre la démocratie inefficace. Ses répercussions sont aussi bien économiques que politiques et sociales, puisque la redistribution des richesses se fait au profit des nantis et des privilégiés. Lorsque la corruption sape le droit de propriété, le principe de l'État de droit et les encouragements à l'investissement, elle compromet le développement économique et politique.

La corruption, quelle que soit sa forme et à quelque niveau qu'elle intervienne, affaiblit gravement les valeurs fondamentales d'une société. Elle anéantit, ainsi, la bonne foi indispensable au fonctionnement correct des institutions gouvernementales, politiques et commerciales. En outre, la corruption débouche sur l'arbitraire et l'incertain ; elle revient à nier foncièrement et à mépriser la primauté du droit.

Compte tenu de l'engouement (réel ou supposé ?) du public pour la révélation des affaires, les faits découverts bénéficient de la part des organes d'information d'un traitement de faveur : préférence de la presse qui est d'ailleurs, bien souvent, le contraire de ce que l'on pourrait qualifier de traitement "fouillé". Ils sont mis en exergue, servent à réaliser des enquêtes, suscitent des discussions, voire des polémiques. A cet égard, aux yeux des médias de plusieurs pays, c'est l'année 1993 qui aura été, en Europe, celle où la corruption n'a cessé de faire les grands titres, au point de tourner parfois à l'obsession. L'opération "*mani pulite*" en Italie, le contrat de vente d'hélicoptères par la société "*Agusta*" en Belgique, les députés britanniques soupçonnés d'avoir accepté de l'argent pour poser des questions au parlement, les accusations de corruption en Espagne, les dessous du contrat pour la distribution d'eau à Grenoble, sont autant de témoignages de cette invasion de la corruption dans les médias. Notons d'ailleurs que le fait que la corruption soit un phénomène largement évoqué dans certains pays et totalement passé sous silence dans d'autres, ne signifie aucunement qu'elle n'y existe pas. Elle peut effectivement y être inexistante (ce qui paraît plutôt relever d'un vœu pieux), mais surtout y être à ce point efficace et organisée qu'elle n'éveille aucun soupçon, ou être tellement entrée dans les mœurs que l'on n'y prête même plus attention. Aucun système de gouvernement ou d'administration ne paraît aujourd'hui être à l'abri de la corruption exercée par ceux que l'abus de pouvoir attire.

Le traitement de faveur dont jouit le phénomène de la corruption - qui est tout de même inégal selon les médias - attire l'attention sur le comportement délictueux de quelques-uns et contribue à déconsidérer toute une profession, toute une catégorie socioprofessionnelle, toute une classe sociale. En effet, comme seuls ces comportements malhonnêtes font l'objet d'une information et que plus personne ne parle aujourd'hui de devoir, de morale ou d'honnêteté, le comportement qui est dénoncé vient à être considéré comme normal et habituel pour toutes les personnes du groupe mis en cause. L'exception devient la règle. L'opprobre est jeté successivement sur l'un, puis sur l'autre et, finalement, toute la société est atteinte. Il y a des corrompus, il y a des corrupteurs ; il y a des responsables, mais il n'y a plus de coupables puisque c'est la Société qui est la cause de ce comportement, dont on ne peut plus dire qu'il s'agit d'une dérive tant il est parfois considéré comme normal.

Il existe d'ailleurs des nuances dans cette appréciation puisque certains groupes ont, plus facilement que d'autres, le droit de se livrer à la corruption. Ainsi, mieux vaut être corrompu que corrupteur, mieux vaut être élu qu'entrepreneur. Tout se passe donc comme s'il valait mieux succomber à une tentation trop forte que d'être le tentateur. Or, les choses ne sont pas aussi simples, car bien souvent c'est le corrompu qui est l'initiateur du pacte, l'entrepreneur étant réduit au rôle de victime d'une forme particulière de racket. Une victime qui ne se plaint pas d'ailleurs puisqu'elle a, en quelque sorte, profité de ce pacte, ne serait-ce qu'en obtenant un contrat. Les véritables victimes sont ailleurs. Souvent, elles ne savent même pas qu'elles le sont. Elles se trouvent parmi ceux qui subissent et qui se retrouvent, d'une manière ou d'une autre exclus : exclus des bénéfices du pacte, exclus de l'attribution d'un contrat, condamnés à payer très cher des biens, des services ou des fournitures auxquelles ils pourraient prétendre pour moins cher, si ce n'est gratuitement.

Peut-on mesurer l'ampleur de la corruption ? Il semble que non. Ainsi, dire qu'elle augmente ou qu'elle diminue relève de la "profession de foi" ou de la voyance, car cette information n'est fondée sur aucune donnée chiffrée qui permettrait d'aider à la faire partager. En effet, la corruption étant, par définition, cachée, dissimulée, souterraine, dire à un instant donné qu'elle augmente ou qu'elle diminue par rapport à une période antérieure, relève plus de la croyance que de l'analyse de données objectives, puisque celles-ci n'existent pas. On ne peut même pas dire que la multiplication des "révélations" ou des "affaires" soumises à la justice indique une tendance puisqu'on peut l'analyser aussi bien comme un signe de l'augmentation du phénomène, que comme un témoignage de l'efficacité de la lutte contre les corrupteurs et les corrompus. Cette absence totale de données objectives est fondamentale, quoi que puissent prétendre aussi bien les hommes politiques, que les entrepreneurs ou les journalistes.

Non seulement la corruption ne peut être chiffrée mais elle repose fondamentalement sur un pacte entre deux personnes qui n'ont aucun intérêt à le révéler, d'autant que la procédure dite du "repenti" qui se développe progressivement dans notre droit, ne s'applique pas à cette infraction. Celui qui la révélerait s'exposerait donc aux mêmes poursuites que celui qui resterait dans la discrétion. On dit d'ailleurs généralement que la corruption repose sur un pacte secret. C'est donc une infraction qui reste dans l'ombre et qui, indissociablement liée au blanchiment, se caractérise comme lui par la dissimulation. Elle trouve son fondement dans le mensonge. Il convient à cet égard d'observer que l'un et l'autre sont des phénomènes très anciens. Ne dit-on pas que la corruption serait-elle aussi le plus vieux métier du monde ?

C'est sans doute parce que le mensonge est inscrit dans nos gènes que nous mentons tous effrontément comme nous le rappelle opportunément un livre récent et ce, dès notre plus jeune âge. Et si l'on ne veut pas l'admettre, c'est que nous commettons un nouveau mensonge, ce qui prouve bien que nous vivons dans le mensonge³.

DU MENSONGE

Le mensonge peut prendre plusieurs formes :

- le mensonge proprement dit, bien sûr, c'est-à-dire l'altération volontaire de la vérité,
- mais aussi le mensonge par abstention, en quelque sorte, c'est-à-dire l'omission volontaire de faire état d'une circonstance qu'on garde sous silence, en se donnant la bonne conscience de n'avoir pas menti puisqu'on ne nous a rien demandé.

Le mensonge peut tout aussi bien être positif que négatif :

- on va cacher une circonstance à une personne pour éviter de lui faire de la peine
- mais on peut aussi révéler à une autre un fait inexact pour justement lui faire de la peine.

C'est ainsi que le mensonge peut être un parasite dans la quête de la vie bonne mais qu'il peut tout autant favoriser celle-ci.

Le théâtre s'est souvent emparé du mensonge pour construire des situations compliquées qui prêtent plus souvent à rire qu'à pleurer. Il est ainsi curieux de constater que Corneille qui n'est pourtant pas classé parmi les auteurs drôles, est sorti du drame pour écrire "Le menteur" (1642), à savoir l'aventure parisienne d'un jeune étudiant qui vient de terminer ses études de droit et s'invente un passé militaire glorieux pour séduire une jeune femme. Il dérive alors vers la mythomanie et préfère la vie qu'il voudrait avoir à celle qu'il a. Le mensonge le fait vivre ; "il ment comme il respire", selon l'expression bien connue. Et comme si tout cela ne suffisait pas, Corneille écrit une autre pièce, "La suite du menteur", avant, de façon symptomatique de refermer définitivement cette parenthèse dédiée à la comédie et au mensonge pour revenir au genre dramatique.

Le mensonge n'est pas l'apanage de la vie privée et du théâtre de boulevard. Il est parfois érigé en système de gouvernement et pas seulement dans les régimes totalitaires comme le soutient Alexandre KOYRE dans ses "Réflexions sur le mensonge". Même si ceux-ci ont effectivement été fondés sur le mensonge, les régimes démocratiques n'ignorent pas cette technique de gouvernement comme on peut le craindre en analysant par exemple les motifs invoqués pour justifier le déclenchement de la seconde guerre en Irak. Le mensonge envahit aussi l'économie ; on peut citer, à titre d'exemple, les manipulations auxquelles se livrent certains pays candidats à une adhésion à l'Union européenne pour masquer la réalité de leur situation économique. Le mensonge envahit encore le monde du spectacle, celui du

³ Claudine BILAND – "Psychologie du menteur" – Odile Jacob - 2004

sport, le dopage en étant une flagrante et désespérante illustration. Bref, comme l'affirme un autre livre⁴ récent, "Nous sommes tous cernés par la carabistouille".

Le mensonge renvoie également au secret qui est l'abstention volontaire de révéler un fait. Cette abstention devient un devoir lorsque la nécessité de respecter un secret ou de l'enfreindre résulte d'une obligation légale. Cette étude ne peut être éludée au regard des infractions de corruption (qui reposent sur un pacte secret entre le corrupteur et le corrompu) et de blanchiment (qui nécessitent pour être détectées des atteintes au secret professionnel pour permettre à ceux à qui cela incombe de se soumettre à l'obligation de déclaration de soupçon).

Il faut distinguer secret et simple silence. Le silence peut se teinter d'hermétisme et d'absolu comme le mystère, mais sa véritable nature est tout autre. Sauf lorsqu'il est complaisant, courtisan⁵ ou simplement prudent, il n'est pas construit et peut être lourd de sens. Ne dit-on pas que certains silences sont éloquentes ? Le silence est avant tout une pause soustraite au bruit perpétuel du fond sonore, dont la simplicité s'oppose à la complexité du secret. Ne faudrait-il pas ajouter que le silence peut constituer le premier degré d'un secret de groupe ? Lien d'une complicité solide, il est un moyen de structurer les relations avec autrui. Il en est ainsi des franc-maçonneries et autres confréries ou amicales. Mais il peut, au même instant, servir de paravent aux pires turpitudes : *"La chape de plomb aide au crime en laissant le malheur tranquille"*⁶. L'*omerta* jette alors un pont entre le secret et le mensonge, qu'empruntent volontiers bandits et conspirateurs.

Au-delà de son apparente simplicité, le secret est donc fuyant, garant de la plus grande pureté comme capable d'exploiter toutes les formes du faux et les ressources du mensonge. Ainsi est-il donc plus facile d'envisager les situations de secret par lesquelles des initiés décident par convention, par obligation ou par intérêt, de le préserver des indiscretions ou de la divulgation. *"Le secret est une énigme ponctuelle (...), une mise à l'écart provisoire"*⁷ qui s'applique à des situations sporadiques et concrètes à propos desquelles on discute toujours et on légifère parfois : secrets d'être, secrets d'avoirs, secrets d'État, secrets de Polichinelle.

Mais il n'y a pas que le secret ; il y a aussi le mystère. *"Il y a le mystère et il y a le secret"* écrit Vladimir JANKELEVITCH⁸, liant intimement et définitivement le caché, l'inconnu et l'incompréhensible.

Le secret et le mystère ont l'opacité en commun. Mais le mystère est considéré comme universel, indéchiffrable et incompréhensible pour tous. Tandis que, si compliquée et obscure qu'elle soit, la chose tenue secrète peut toujours être percée à jour. Si le mystère apparaît hors d'atteinte, le secret est à la portée de l'homme, il lui est consubstantiel. Les deux notions peuvent se rejoindre parfois. C'est le cas de la religion qui prétend généralement - mais par pure intuition ou conviction - dévoiler le mystère, tout en imposant le secret à ceux qu'elle appelle, l'étendant parfois aux rites et aux cultes qui la servent. Plus prosaïquement, faux prophètes, charlatans, escrocs, fraudeurs en tout genre jouent des arcanes du secret et du mystère pour se draper d'une apparence convenable, dissimuler leur immoralité ou leurs mauvaises intentions. Le secret (du latin *secretus*, à part, placé de façon à n'être pas vu) est donc caché, caché à d'autres, mais pas à tous les autres, soit qu'il soit dévoilé par inattention ou trahison, soit qu'il soit surpris par ruse ou par inadvertance.

⁴ Philippe ELIAKIM – "Menteurs !" – Robert Laffont

⁵ Abbé DINOUART, "L'art de se taire" publié en 1771, Ed. Jérôme Millon. L'abbé y dresse la liste des figures du mutisme, toutes liées à l'art de gouverner ou à l'art courtisan. Le mutisme s'inscrit selon lui dans un jeu cynique de rapports en demi-teinte dans lesquels l'art de se taire exprime un souci de neutralité généralement coupable.

⁶ A. CHALANSET, Je n'en veux rien savoir, in "La curiosité" - Editions AUTREMENT n°12

⁷ Y.-H. BONELLO, "Le secret", Coll. Que sais-je ?, P.U.F.

⁸ V. JANKELEVITCH, "Debussy et le mystère de l'instant", PLON

Construit par l'homme pour être dissimulé, l'apanage du secret, c'est d'être humain, donc déchiffrable, tandis que le mystère est d'ordre divin, donc insondable, impalpable.

Silence, secret, mystère, le mensonge est décidément une notion plus complexe qu'il n'y paraît au premier abord. C'est pourquoi il ne s'agit pas d'un concept purement littéraire. Il renvoie au droit mais révèle aussi les limites de celui-ci et impose le recours à la morale.

MENSONGE ET DROIT

Si la Justice ne devrait être que le royaume de la vérité, elle n'en est pas moins aussi celui du mensonge. La négation des faits par le présumé coupable est un système de défense qui peut se révéler efficace et laissera toujours place au doute, qu'il y ait condamnation ou relâche (dite au bénéfice du doute). L'aveu lui-même peut être un mensonge et il n'est pas rare qu'une personne, soit pour en protéger une autre, soit au nom d'un cheminement psychologique voire psychiatrique complexe, s'accuse de faits qu'elle n'a pas commis. Elle peut aussi le faire sous la pression d'enquêteurs zélés mais généralement de bonne foi car convaincus de sa culpabilité, d'où la nécessité d'une grande vigilance des magistrats, qu'ils soient du parquet ou du siège, pour que le système procédural délivre les garanties au nom desquelles il a été élaboré au fil du temps ou ... des dérapages.

Le mensonge n'est pas présent qu'au stade de la procédure. On le trouve aussi dans le droit, spécialement le droit pénal, même s'il ne dit pas vraiment son nom.

En droit, et spécialement en droit civil, le mensonge apparaît à travers la théorie du dol qui est vice du consentement, cause de nullité du contrat, et qui suppose des manœuvres, des machinations, des mises en scène favorisant la tromperie, mais aussi un simple mensonge, une réticence, un silence.

En droit pénal, le mensonge en lui-même n'est pas punissable pénalement. L'infraction d'escroquerie en est une illustration. En effet, le mensonge à lui seul ne saurait qualifier l'infraction. Il doit être accompagné de manœuvres frauduleuses. Seules l'utilisation d'une fausse qualité ou d'un faux nom suffisent à caractériser l'infraction.

D'autres infractions reposent purement et simplement sur une altération de la vérité : le faux, proprement dit, conçu dans l'article 441-1 du code pénal comme "une altération frauduleuse de la vérité", mais aussi les différentes falsifications prévues et réprimées par le même code, le faux témoignage, la subornation de témoin, le faux serment, la publicité mensongère, la tromperie sur les qualités substantielles de la marchandise vendue, la diffamation et la divulgation de fausses nouvelles, les fausses alertes et les fausses informations⁹, le délit d'initié... Cette liste ne saurait être exhaustive.

D'autres infractions reposent, plus que sur une altération de la vérité, sur la dissimulation de faits réels, ce qui fait d'ailleurs la différence parfois difficile à percevoir entre mensonge, simulation et dissimulation. Il en va ainsi d'un certain nombre d'infractions financières telles celles de banqueroute ou de présentation de faux bilan. Ces dernières ont dans l'actualité récente revêtu une importance considérable et concernent la sincérité des comptes des entreprises : affaires ENRON, PARMALAT, WOLDCOM, pour ne citer que les plus connues et les plus récentes, étant observé qu'il s'agit d'activités beaucoup trop courantes qui mettent en cause les professions intermédiaires : auditeurs, experts comptables, commissaires aux comptes. Il convient ici de se référer, pour les saluer, aux efforts actuels de ces professions pour se moraliser.

Une place à part doit être faite à l'infraction de blanchiment dont l'un des éléments, l'empilage, vise à brouiller les pistes pour faire disparaître l'origine des fonds. D'ailleurs le

⁹ des articles 224-8 (sécurité des aéronefs), 322-14 (menaces de destructions et de dégradations), 411-10 (fourniture à une puissance, entreprise ou organisation étrangère) du code pénal

texte lui-même de l'article 324-1 du code pénal vise "le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus".

Les infractions de dénonciation, même si elles ne visent pas expressément le mensonge s'y rattachent. Tel est le cas de la non dénonciation de crime qui s'apparente à un mensonge par l'abstention d'informer, en vue d'en prévenir ou limiter les effets, les autorités judiciaires ou administratives d'un crime dont on a connaissance (article 434-1 du code pénal). Mais plus directement liée au mensonge, de façon active, doit être mentionnée la dénonciation calomnieuse que l'article 226-10 du code pénal analyse comme concernant un "fait que l'on sait totalement ou partiellement inexact".

Cette dernière dénonciation mérite quelques développements à une époque où l'on souhaite la mise en place de systèmes que certains appellent pudiquement "déclenchement d'alerte"¹⁰, plus généralement connus dans les pays anglo-saxons sous le vocable de "whistleblowing"¹¹, et plus généralement dénoncés par le terme de délation par ceux qui y sont opposés ou (et) qui restent traumatisés par une certaine période de notre histoire.

Les systèmes d'alerte

Le système mis en place aux Etats-Unis d'Amérique par le Sarbanes-Oxley¹² Act de juillet 2002, (conséquence des affaires ENRON et autres) fait de plus en plus d'émules en Europe, et plus particulièrement en France.

L'innovation américaine consiste en un dispositif anti-fraude reposant pour une large part sur la dénonciation. Cette dernière est réalisée par un salarié qui peut saisir, directement et de façon confidentielle, un responsable de l'organisation afin de révéler le phénomène de fraude. Notons qu'aux Etats-Unis ce procédé était, antérieurement à la loi Sarbanes-Oxley, déjà appliqué à la prévention de la corruption. On saisit d'emblée le caractère à la fois intéressant, mais complexe, d'une telle procédure.

De nombreux responsables et experts européens, observateurs de ce dispositif américain baptisé «whistleblowing», s'interrogent quant à sa transposition sur notre continent. Notons que d'ores et déjà, les sociétés américaines et leurs filiales implantées à l'étranger, ainsi que les sociétés étrangères (donc françaises) cotées aux bourses américaines, mettent en œuvre le «whistleblowing». On observera que dans le cas où un système de dénonciation serait introduit en France, ce dernier n'épargnerait vraisemblablement pas le secteur public compte tenu du poids du «bloc institutionnel» sur notre système juridique.

En France, toutefois, les émules du Sarbanes-Oxley Act souhaitent en priorité lutter contre les fraudes et les corruptions à l'intérieur de sociétés et entreprises privées, et, peut-être, subsidiairement, introduire aussi dans l'administration des systèmes de gestion et de contre-pouvoir issus de la logique du secteur privé.

S'agissant des grandes sociétés qui se sont trouvées involontairement à l'origine de la légalisation du système du "whistleblowing" (Enron, Worldcom...), l'ampleur des malversations constatées conduit nécessairement à la mise en place de systèmes de prévention (d'alarme, de dénonciation...) et de répression des fraudes commises. Certes, personne ne pense qu'un système de "whistleblowing", non plus qu'un autre dispositif de lutte anti-fraude et anti-corruption, ne constituerait une solution miracle. Cependant, outre le fait que ce procédé entend contribuer à la transparence des très grandes sociétés, il atteste la volonté des pouvoirs publics américains de remédier à une situation de fraude exceptionnellement développée. Il s'agit donc d'un puissant indicateur, pour le citoyen américain, qui comprend que le gouvernement ne renonce pas.

Outre l'exemplarité américaine, une réelle pression s'exerce sur l'Europe du fait de l'entrée en vigueur de conventions internationales. Celles-ci reposent de plus en plus sur les protections et garanties accordées aux personnes, la plupart du temps salariées (compromises ou non dans la commission

¹⁰ Transparency international – La lettre de la transparence – n° 23 – octobre 2004 – page 6

¹¹ "Coup de sifflet" donné par le "whistleblower", qui déclenche l'alerte et dénonce la fraude ou la corruption.

¹² Du nom des parlementaires américains à l'origine de cette loi nouvelle.

d'un délit ou d'un crime), et qui acceptent spontanément, ou contre récompense, de livrer des informations aux enquêteurs, aux magistrats ou à des services spécialisés. Cela s'est traduit récemment en France par l'introduction dans notre droit de la procédure dite du repenti.

De tels dispositifs, dans la mesure où la France y adhère, s'ajouteraient aux obligations liant déjà (au plan national) des professions privées soumises au secret professionnel : huissiers de justice, commissaires-priseurs, commissaires aux comptes, notaires, agents immobiliers, conseillers fiscaux, banquiers, agents de change, dirigeants de casinos, commerçants ou vendeurs de pierres précieuses, antiquaires et marchands d'œuvres d'arts, établissements financiers selon la liste étendue par les récentes mesures législatives, intermédiaires, démarcheurs immobiliers, et avocats¹³.

Certains de ces professionnels sont en effet soumis au régime de la déclaration de soupçon en direction de la cellule de Traitement du renseignement et d'action contre les circuits financiers clandestins (Tracfin), d'autres doivent porter à la connaissance du Parquet les infractions constatées. Cette évolution très intéressante découle d'une série de lois promulguées dans les années quatre-vingt-dix (notamment la loi du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiants). Cette tendance s'est encore accentuée dernièrement avec le vote de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE), et celle du 1^{er} août 2003 dite de sécurité financière.

Par ailleurs, et s'agissant cette fois du secteur public, les autorités constituées, les officiers publics ou fonctionnaires (et par conséquent les magistrats eux-mêmes) sont tenus de «donner avis» donc de dénoncer au Procureur de la République les crimes et délits qui viendraient à leur connaissance. Cette obligation est inscrite de longue date dans la loi (article 40 du Code de Procédure Pénale).

Il convient donc de s'interroger sur l'opportunité de doubler les procédures existantes, tant à la charge des responsables publics que des responsables privés, par un dispositif français transposé du «whistleblowing» américain. On ne saurait l'écarter a priori dans la mesure où la loi Sarbanes-Oxley constitue une réponse à l'effondrement de grandes sociétés (déstabilisées par des fraudes), et par conséquent de l'actionnariat, des bourses, et, en définitive, de la confiance. La nécessité d'une telle riposte s'est en effet clairement imposée aux Etats-Unis d'Amérique au gré de la confirmation des comportements destructeurs de hauts dirigeants d'entreprises et de leurs conseillers, avec ou sans la complicité du système des participants au système de "reporting" ou/et d'audit, interne ou externe.

En quoi le "whistleblowing" peut-il intéresser la France ? Serait-il opportun qu'un «french whistleblower», au sein de l'entreprise où il exerce, alerte la hiérarchie même de la structure, voire une «autorité indépendante» interne, ou encore (à son initiative personnelle ou à celle de l'autorité interne saisie par lui) dénonce des faits aux services judiciaires ou administratifs ?

Un tel processus "d'alerte" peut répondre au souci du respect de la loi ou de l'éthique professionnelle, mais il peut constituer aussi le support de l'arrière-pensée de négocier, de discréditer, de nuire, de manipuler qui peut être le cadre d'une opération d'intelligence économique dévoyée. La dénonciation, potentiellement généralisée, comporte ainsi des limites et des risques certains.

La saisine interne est surtout de l'intérêt de l'entreprise dans la mesure où elle permet à la direction de détecter plus facilement les faits de corruption commis par des subordonnés, et d'éviter elle-même les poursuites judiciaires, toujours risquées. La saisine externe, si les faits sont graves, est de l'intérêt public dans la mesure où elle apporte la transparence et la garantie de l'autorité judiciaire à un processus de sanction, puis de normalisation.

Dans les deux cas, le salarié dénonciateur sera particulièrement exposé à des représailles, même s'il réussit à se protéger dans un premier temps (garantie spécifique accordée par la loi, voire par un syndicat, par la presse...ou par la direction elle-même). Le problème est encore aggravé dans le cas où la hiérarchie donne l'instruction au salarié d'exécuter des opérations illégales : que doit, que peut faire ce dernier ? Encore lui restera-t-il à découvrir si cette instruction ne masque pas une manipulation, certaines entreprises intégrant parfois cette dimension dans la gestion des ressources humaines par la pratique des «rotations» périodiques. Celles-ci consistent à remplacer une partie de leur personnel selon des choix officieux déterminés à l'avance. Des protections qui seraient inscrites au code du travail au bénéfice de salariés intervenant dans les secteurs comptable, juridique et de

¹³ Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 - JO du 12 février 2004- réformant le statut de certaines professions judiciaires au juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques.

gestion, s'avéreraient dans la plupart des cas insuffisantes pour défendre les intéressés sur le moyen terme.

L'apport des «whistleblowers» à l'assainissement des pratiques des sociétés cotées en bourse aux Etats-Unis est qualifié de performant par la SEC («Security exchange committee») équivalent de l'Autorité des marchés financiers (qui a succédé récemment à la Commission des opérations de bourse) en France. L'appréciation des experts qui ont fait la relation de ce bilan dans les media français est identique. Ces spécialistes s'accordent toutefois à reconnaître que les garanties accordées par le dispositif Sarbanes-Oxley aux salariés américains ne sont pas plus protectrices pour les dénonciateurs que ne l'est actuellement notre droit positif pour leurs homologues français. Les intéressés perdent leur emploi à court ou moyen terme. Les valeurs de respect du droit affichées au sein de l'entreprise se doublent en effet du nécessaire (et prioritaire) respect des objectifs centraux relatifs à la conquête des marchés, à la rentabilité, à la construction d'une vie sociale rythmée par des influences de nature purement commerciale. Ces influences, durement conquises sur la clientèle par les grandes sociétés productrices de biens et de services, et toujours remises en cause par la concurrence, s'accommodent mal des interrogations éthiques ou professionnelles de tel salarié qui constaterait un détournement de fonds, des malversations, des faits de corruptions...

Au regard de notre tradition juridique latine, de notre procédure pénale inquisitoire, de notre cadre institutionnel où pouvoirs exécutif, législatif, autorité judiciaire, conservent chacun la possibilité d'équilibrer les autres sans que leurs initiatives et responsabilités puissent se paralyser les unes les autres ; au regard également des libertés civiles, civiques, locales qui sont garanties, tout comme la liberté d'entreprendre ou l'exercice du droit syndical, l'introduction de procédures de dénonciation à l'américaine pourrait être destructrice ; dans un pays comme la France où l'ensemble des activités, des professions, des associations, des familles peuvent exprimer leur point de vue d'une façon institutionnellement reconnue, où la libre pratique des cultes est garantie par l'État, l'introduction d'une pratique générale de dénonciation (anonyme ou non) pose d'importantes questions au regard des convictions traditionnelles et des références éthiques des Français.

Ceux-ci, pour des faits dont ils ne perçoivent pas nécessairement ni précisément la nature ou dont la gravité ne leur paraît pas établie, peuvent avoir tendance à «fermer les volets» vis-à-vis des services de police et plus largement à l'égard des autorités publiques elles-mêmes. Dans les pays anglo-saxons, ce serait plutôt l'inverse.

Le Français, comme témoin, dénoncera spontanément des faits graves à ses yeux (danger pour les personnes, crime de sang, atteinte à l'honneur). En revanche, le salarié, témoin d'une fraude, aura rarement tendance à effectuer une démarche simple et directe, retenant plutôt l'aspect complexe de la situation et les risques qu'il encourrait personnellement. On peut même constater que l'opinion, les élus, les citoyens, les chefs d'entreprises, manifestent de longue date une compréhension marquée pour les «approximations» de procédure qui auraient pour justification affichée la défense de l'emploi. Chacun aura un exemple à l'esprit, tiré de son expérience professionnelle ou de l'observation de son milieu de vie local.

Aux Etats-Unis d'Amérique, la culture des citoyens et la pratique des entreprises semblent dans une large mesure converger, sur la base d'une association de valeurs : belle réussite personnelle s'accordant à celle de l'entreprise, directement liée à une éthique puritaine, ont permis l'innovation, de réelle portée, de la loi Sarbanes-Oxley.

Il nous semble qu'une telle transposition en France serait en définitive peu réaliste. En effet, introduire un semblable dispositif dans l'entreprise nous paraît risqué : outre l'extrême difficulté à protéger in fine le salarié dénonciateur (même entièrement justifié dans son acte), cela aboutirait à créer une concurrence malsaine, conflictuelle, avec les professions soumises à l'obligation de vigilance et de déclaration, et à favoriser les manœuvres déloyales ou diffamatoires, au sein d'une même entreprise ou entre sociétés différentes. Cela aurait ensuite pour effet de confirmer aux yeux des citoyens la carence des administrations et juridictions de droit commun de l'État, dans leur responsabilité de prévention et de répression des malversations, au lieu de les réinvestir pleinement de la légitimité de leurs missions au service de tous.

A ce risque de «démission» des services s'ajouterait celui d'un possible détournement de procédure, la délation étant utilisée dans des buts invouables. Cependant, il peut être envisagé de renforcer les obligations et diligences imposées aux professionnels du secteur privé, en établissant de façon plus précise leurs responsabilités, et en les protégeant des rétorsions de leurs clients ou employeurs. La

charge de dénoncer des faits répréhensibles pourrait être étendue à des professions non encore concernées dont les codes de référence éthique pourraient être approfondis, et pour celles qui ne disposent pas encore d'une semblable référence, tout simplement élaborés.

Du reste, la question se pose de savoir si les facilités offertes à la répression par les caractéristiques du délit de blanchiment (pour lequel l'absence de curiosité peut valoir culpabilité du délit lui-même), permettront encore longtemps d'éviter de créer une obligation de dénoncer à la charge des professionnels concernés. Mais l'essentiel réside peut-être dans la possibilité d'utiliser les relais que constituent les commissions de contrôle des assurances, des commissaires aux comptes, des experts-comptables..., véritables intermédiaires entre les professionnels et les autorités nationales de prévention et d'enquête, afin de faire comprendre la nécessité de la déclaration de soupçon ou de dénonciation de fraude et de corruption, autant que l'importance de la dimension déontologique. Les récentes mesures législatives prises en matière de sécurité financière trouveraient là un prolongement et un approfondissement logiques.

De même, s'agissant du secteur public, les fonctionnaires devraient, à l'occasion de l'instruction de dossiers présentant des indices laissant présumer la commission de délits ou de crimes, recourir à l'article 40 du code de procédure pénale. Ce texte, qui crée pour tout fonctionnaire ou magistrat, et notamment pour les préfets, l'obligation de saisir le Procureur de la République est dépourvu de toute sanction pénale en cas de non transmission. De fait, il est peu utilisé. Il pourrait donc être modifié, et comporter une obligation de saisine, sous peine de sanction à réaliser par la voie hiérarchique la plus courte, c'est-à-dire sur proposition du fonctionnaire (qui constate un fait clairement délictueux) à son supérieur détenteur d'une délégation de signature. Le défaut de transmission au parquet serait sanctionné par la nouvelle rédaction de l'article 40. Cette sanction (sans préjudice de la constitution de l'infraction de non-dénonciation de crime) serait prévue pour des infractions limitativement énumérées parmi les plus graves, ou pour des infractions moins lourdes mais réitérées par les auteurs présumés, particuliers ou personnes morales. La mise en œuvre d'une telle proposition s'accompagnerait des précautions utiles à protéger suffisamment le recours à l'article 40 modifié du risque de dénonciation calomnieuse.

Une évolution de cette nature, introduisant ou renforçant des procédures de type "whistleblowing" en France, nous semble souhaitable et praticable. Par contre, toute introduction d'une dénonciation d'usage général, réalisée à l'initiative du "citoyen salarié" (ou "du salarié citoyen !") se déduisant d'un constat d'incapacité à mettre en œuvre une pratique anti-fraude et anti-corruption au sein des institutions existantes, serait destructrice.

Génératrice d'un climat délétère, privilégiant la médiatisation des «affaires» au détriment de l'analyse et de la connaissance des faits par des professionnels, réactifs et soucieux de déontologie, une semblable modification de notre droit mettrait tout d'abord fin à la garantie que l'autorité judiciaire apporte in fine au bon fonctionnement des entreprises, des collectivités locales, des administrations. Une semblable réforme révélerait rapidement sa nature de simple alibi. En dernier lieu, elle multiplierait l'intervention de cabinets de conseil nouvellement spécialisés, dont la vocation serait de tirer des avantages abusifs ou de masquer la réalité dénoncée, lors de multiples négociations ou procès d'avant scène, nourrissant par la même la désillusion de nos concitoyens et affaiblissant l'ancrage démocratique de notre système juridique.

Cette longue digression sur le "whistleblowing" démontre que le droit a ses limites et que la lutte contre certains phénomènes de délinquance qui reposent sur des notions telles que le mensonge, la dénonciation, la délation, impose une référence à d'autres principes que ceux qui sont purement juridiques, en particulier à la morale.

MENSONGE ET MORALE

Le mensonge est stigmatisé par certaines religions, en particulier la religion catholique qui a largement inspiré notre culture, voire notre droit, et qui en a fait le huitième de ses dix commandements : "Tu ne mentiras pas". Et cette ligne de conduite inspire l'humanité depuis toujours, ce qui indique bien que le mensonge est dans la nature humaine, depuis le "commencement".

L'Église distingue plusieurs formes de mensonges : le joyeux (pour plaisanter ou moquer), l'officieux (pour rendre service à autrui ou à soi-même) et le pernicieux (ou malicieux, pour nuire à autrui). Dans les deux premiers cas, il s'agit d'un péché véniel mais dans le troisième, qui véhicule des sentiments comme le mépris, l'orgueil, la jalousie, la haine, l'égoïsme, l'appât du gain, etc..., il constitue un péché mortel, qui ne peut donc être pardonné. Même si le mensonge est, quelle que soit sa nature, banni, il apparaît néanmoins qu'une certaine tolérance est admise. Dans certains cas, même s'ils ne sont pas les plus graves, il est conditionné par des dispositions mentales pathologiques ou anormales comme la débilité mentale, le déséquilibre, la paranoïa, la perversité, la mythomanie...

On discerne dès lors que le mensonge n'est plus du seul ressort des religions mais qu'il entre dans le champ de la morale dont elles n'ont d'ailleurs été à une époque que les relais.

Chacun d'entre nous, parce que nécessairement, il travaille, consomme, voire épargne, ne peut que s'interroger sur la morale, à plus forte raison dans le monde de l'entreprise. Comme le souligne André COMTE-SPONVILLE¹⁴, dans tous les domaines, "le bien (au sens moral du terme) et les biens (au sens économique) ne font pas toujours bon ménage". Il voit également dans la multiplication de ce que l'on a appelé dans les années 90 "les affaires" (d'ailleurs à l'origine de la création du Service Central de Prévention de la Corruption), un retour en force de la morale qui tranche avec l'immoralisme de la génération des années 60 et en particulier de celle qui a vécu les événements de mai 1968. La morale était alors considérée comme une idéologie servile et judéo-chrétienne, répressive, culpabilisatrice. En fait, elle apparaissait comme ... immorale. Aujourd'hui, elle se manifeste concrètement dans le développement des actions humanitaires ou de celles en faveur des droits de l'homme, de la protection des victimes, etc.... Elle paraît liée, et coïncide dans le temps, avec l'effondrement du bloc communiste qui donnait au capitalisme une sorte de justification négative. Aujourd'hui, les tenants de l'économie libérale doivent trouver des justifications positives qui expliquent le recours à un certain nombre de valeurs, d'idéaux, de principes moraux. Ils doivent le faire car nous ne sommes plus dans la situation où pendant vingt siècles, la question morale a finalement été éludée car c'est Dieu qui y répondait par ses commandements, son Église, ses prêtres. C'est l'effet de la séparation de l'Église et de l'État en 1905 et donc de la laïcisation de la société qui explique de ce fait le nécessaire recours à la morale elle-même.

Morale et droit sont intimement liés, la première inspirant ou complétant souvent le second. C'est ainsi que le droit se réfère aux bonnes mœurs, comme cela résulte des articles 6 ("On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs") et 1133 ("La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public") du code civil qui sont un instrument de moralisation des contrats. En droit pénal, outre ce qui a déjà été dit ci-dessus, les références aux bonnes mœurs sont évidemment nombreuses (viol, atteinte aux bonnes mœurs), de même que le droit commercial interdit la concurrence déloyale, que le droit de la consommation stigmatise les clauses abusives et, qu'en toutes matières, la fraude est condamnée, selon la célèbre maxime : "Fraus omnia corrumpit". Enfin, la vieille morale marchande et des marchés débouche sur une véritable éthique des affaires et ce d'autant plus qu'elle est la version managériale du retour en force de la morale dans notre société. Mais il ne faudrait pas que cette éthique ne soit dévoyée à son tour et ne devienne immorale. Certains dénoncent le "markéthique", c'est-à-dire l'utilisation de l'éthique au service du profit.

La morale vient aussi suppléer le droit. On peut s'en étonner à une époque où tout le monde s'accorde pour dénoncer l'inflation législative (la "logorrhée législative" pour reprendre une expression de Françoise CHANDERNAGOR) en redoutant que "les lois inutiles ne viennent affaiblir les lois nécessaires" ainsi que l'écrivait déjà Montesquieu à son époque. Enfin, la

¹⁴ Le capitalisme est-il moral – Albin Michel - 2004

morale peut venir compléter l'application du droit ; c'est une des justifications du pouvoir d'opportunité des poursuites des parquets.

Parallèlement, une morale d'État se développe, pour lutter par exemple contre les pratiques discriminatoires. C'est alors le droit qui vient créer une morale nouvelle comme en témoignent les mesures prises pour répondre au développement de la bioéthique qui, après s'être limitée à la déontologie des médecins et des laboratoires, concerne désormais la société tout entière en matière d'avortement, de prélèvements d'organes, de manipulations des gènes, de clonage humain, de réglementation de la fin de vie.

La lutte contre la corruption n'échappe pas à ce mouvement, d'autant que sa prévention nécessite beaucoup plus un recours à la morale qu'à la loi dont le domaine d'élection est plutôt celui de la répression. De plus, la corruption peut générer l'exclusion alors que celle-ci gangrène déjà la société.

Corruption et exclusion

Dans l'opinion populaire, en effet, la corruption ne fait pas de victimes¹⁵. Dans la mesure où elle ne conduit pas à un enrichissement personnel, certains pensent même que la corruption pourrait être acceptable. C'est la raison pour laquelle, même lorsque l'on apprend que des sommes d'argent importantes ont été détournées par certains privilégiés dans leur intérêt, celui de leur parentèle ou de leurs amis, notamment politiques, personne ne se plaint. Il est, en effet, encore fréquemment admis que le prix de la corruption est uniquement payé par le corrupteur, qui peut être une personne privée ou une personne morale, en échange d'un avantage que lui accorde le corrompu. Aucun des deux protagonistes de ce "pacte" n'a intérêt à parler de cet accord secret¹⁶. Il n'y a pas de victime apparente puisque les travaux prévus sont réalisés.

Comment un tel système pourrait-il conduire à l'exclusion ? Celle-ci vient du fait que dans le pacte corrupteur, il n'y a pas seulement deux acteurs en présence mais, au moins, trois : le corrupteur, le corrompu et tous les autres (concurrents, usagers, contribuables...) qui ne sont pas partie prenante dans le pacte. En effet, le pacte a pour seul objectif de favoriser celui qui offre une "compensation" au décideur lorsque celui-ci prend sa décision. On peut ainsi éliminer des concurrents dans un marché, sélectionner ceux qui pourront bénéficier d'un permis de travail, d'un domicile, d'une aide... C'est, en quelque sorte, parce que l'on va "vendre" un droit ou une décision a priori gratuite, que l'on peut dire que des formes d'exclusion individuelle, économique et politique peuvent être favorisées ou accélérées par la corruption.

L'exclusion individuelle :

La corruption individuelle est la forme la plus répandue de la corruption. Elle existe dans tous les pays, mais elle est probablement plus visible dans les pays les moins développés. Elle consiste, pour un fonctionnaire, un agent public ou un employé du secteur privé, à exiger ou à accepter une rémunération (sous quelque forme que ce soit) pour effectuer ou ne pas effectuer le travail pour lequel il est régulièrement rémunéré. C'est la gratification que l'on glisse au fonctionnaire chargé de délivrer une autorisation, une pièce d'identité, un document de travail..., l'argent que l'on remet à la personne chargée d'instruire un dossier pour qu'elle donne une réponse favorable ou pour qu'elle effectue son travail avec plus de célérité..., le billet que l'on remet au douanier pour importer un produit illégalement..., l'enveloppe que l'on confie au chirurgien de l'hôpital pour être sûr que c'est lui-même qui vous opérera..., le présent que l'on fait à celui dont la lettre de recommandation a permis une embauche..., le cadeau que fait le fournisseur à un acheteur qui vient de le référencer... Cette forme de "remerciement obligé" s'apparente au racket quand l'initiateur du système est celui qui détient le

¹⁵ Tout au plus, peut-on constater que l'opinion publique est de plus en plus sensibilisée au phénomène d'enrichissement personnel, non pas à cause des moyens illégaux utilisés (ce qui aurait une connotation morale), mais plus parce qu'il contribue à supprimer l'égalité entre les citoyens et fait naître un sentiment de frustration et de colère contre "ces puissants qui peuvent tout se permettre".

¹⁶ C'est le caractère secret de cet accord qui rend difficile sa découverte. En outre, comme la prescription s'applique 3 ans après que les faits ont été commis et non pas 3 ans après leur découverte, la Justice ne peut que rarement poursuivre les coupables pour corruption et remplace cette incrimination par celle d'abus de biens sociaux et de recel, qui sont loin d'avoir le même caractère "infamant" aux yeux de l'opinion publique.

pouvoir de décision : fonctionnaire chargé de faire respecter la loi ou de contrôler son application, policier, douanier ou militaire de certains pays pauvres qui ne laisse passer le convoi humanitaire que contre le détournement d'une partie des aides destinées aux plus démunis, fonctionnaire qui impose à ceux auxquels il doit délivrer un document de le leur remettre plus rapidement ou de ne le leur accorder que s'il reçoit un cadeau, négociateur qui exige pour lui-même une "compensation" si l'entreprise qui vient le voir veut être référencée par la centrale d'achat qu'il représente...

Dans ce type de corruption, il est souvent question d'argent. Ceux qui n'en ont pas ou qui en possèdent peu, ne peuvent donc pas bénéficier, dans un délai normal, du traitement auquel ils ont droit. Ils doivent attendre le bon vouloir de ceux qui sont en charge de leur dossier pour que leur demande soit instruite, pour qu'on leur délivre le document qu'ils réclament et dont ils ont besoin, pour que le référencement de leur produit soit accordé... A priori, la conclusion d'un tel pacte ne devrait pas créer de victime, mais seulement accélérer les choses pour quelques privilégiés. Cela est peut-être vrai lorsque l'on est certain que toutes les demandes seront satisfaites. Il en va rarement ainsi ; on se trouve dans l'obligation de sélectionner les bénéficiaires, quelle que soit la raison de la pénurie : manque de moyens financiers, matériels, humains, de temps... Un seul contrat doit être passé, un seul produit doit être référencé, le nombre des autorisations est réduit, l'enveloppe financière correspondant à l'aide sollicitée est limitée, les emplois offerts sont peu nombreux, seuls quelques logements sont vacants... Ainsi, toutes les parties non prenantes au pacte se trouvent ramenées au rang de victimes, car elles sont exclues de droits ou de biens dont elles auraient dû bénéficier par priorité. L'exclusion se fait ici au détriment des plus pauvres et des plus démunis. Du haut en bas de l'échelle sociale, on voit ainsi tous ceux qui disposent d'une parcelle d'autorité, de pouvoir ou de force, exploiter ceux qui en ont moins qu'eux et deviennent leurs victimes. Dans nombre de pays émergents, la corruption la plus difficile à supporter par la population n'est pas celle des plus hauts dirigeants qui accaparent les richesses de leur pays, mais celle qu'exercent des pauvres (souvent des petits fonctionnaires peu ou pas payés, qui profitent de leur maigre pouvoir pour tenter de survivre) au détriment de plus pauvres qu'eux. On voit alors se créer des hiérarchies parmi les exclus. Dans tous les cas, cette forme élémentaire de corruption, d'individu à individu, contribue à créer l'exclusion sous sa forme la plus dure, car son seul objectif est souvent la survie des personnes concernées, tour à tour oppresseurs et victimes.

L'exclusion économique :

La corruption permet à certaines entreprises d'obtenir des marchés qu'elles ne pourraient jamais espérer gagner dans un système ouvert et transparent, le plus souvent parce que leurs performances économiques sont insuffisantes vis-à-vis, notamment, de celles de leurs concurrents. Plutôt que de s'efforcer d'améliorer leur compétitivité, elles tendent de se faire attribuer des marchés, en offrant des "commissions" aux décideurs afin que, leur complicité acquise, elles puissent reconstituer une marge suffisante pour, d'une part, payer cette commission et, d'autre part, survivre. Les moyens utilisés (fausses factures, surfacturation, travail clandestin...) leur permettent de se constituer une marge occulte pour alimenter la "caisse noire" avec laquelle des rémunérations secrètes seront versées au décideur ou à ses amis, généralement politiques.

Dans notre pays, pour justifier cette forme de favoritisme, il est souvent fait appel à la notion de sauvegarde de l'emploi local. Or, ce discours clientéliste est erroné, économiquement parlant au moins. En effet, attribuer un contrat à une entreprise locale de préférence à une entreprise extérieure à la circonscription électorale du décideur, permet certes, pour un temps, de maintenir l'emploi dans la circonscription. Mais, si l'entreprise est régulièrement favorisée, elle n'a ni le besoin, ni souvent la possibilité de rechercher une meilleure rentabilité grâce à des investissements puisque, d'une part, elle est assurée de bénéficier de contrats en nombre suffisant pour assurer sa survie et, d'autre part, elle ne dégage qu'une marge bénéficiaire faible, insuffisante pour investir, puisque ses véritables profits sont, pour l'essentiel, occultes et réinvestis en "pots-de-vin" qui servent exclusivement à maintenir son activité. Les entreprises concurrentes, plus performantes au moment de l'attribution du marché, n'obtiennent pas la récompense de leurs efforts en matière d'investissements et d'innovation. La perte de ces contrats, pour l'obtention desquels elles ont parfois beaucoup investi, peut alors les contraindre à un dépôt de bilan, risque d'autant plus grand que le favoritisme du décideur perdure. Ce type de favoritisme entraîne donc, généralement, la disparition d'entreprises dynamiques dont les marges réduites (parce que normales¹⁷) et l'honnêteté de leurs dirigeants (refusant d'utiliser des moyens frauduleux pour obtenir des contrats) leur interdisent de rémunérer les décideurs indéliçables. Mais, à moyen terme, les entreprises locales favorisées se trouvent, un jour ou l'autre, confrontée à une

¹⁷ Dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, par exemple, la marge bénéficiaire moyenne, après impôts et taxes, est de l'ordre de 2 à 5%.

concurrence externe d'autant plus vive qu'elles n'ont réalisé aucun effort d'innovation et ont des coûts de production trop élevés. Il en est ainsi, notamment, lorsque le décideur habituel est remplacé (à la suite d'une élection ou de sa mutation, par exemple). Le nouveau décideur lance un appel d'offre et l'entreprise autrefois favorisée est écartée car tous ses concurrents "survivants" sont beaucoup plus performants. Perdant son monopole, elle perd sa source principale de bénéfices et doit rapidement déposer son bilan.

Ainsi, le coût, à moyen terme, de l'attribution de contrats par favoritisme est, d'abord, la disparition d'entreprises économiquement viables, faute de marchés, et, dans un deuxième temps, la faillite de l'entreprise anciennement favorisée. Au total, le bilan est très lourd : sous prétexte de le sauver, le décideur corrompu a réussi à faire disparaître la totalité de l'emploi local et il a ouvert la porte à l'exclusion. En effet, avec cette perte d'emplois, le chômage fait son apparition, puis la mise à l'écart (pas de travail, pas de ressources, pas de logement, dettes, exclusion).

Notons que la situation n'est pas différente quand le décideur corrompu impose à l'entreprise attributaire d'un marché, le paiement d'une commission. Dans ce cas, le plus fréquent d'ailleurs, on peut parler de racket. Si, avant d'établir leurs propositions, les entreprises savent qu'elles vont être "taxées" elles s'organisent pour aménager leurs offres en conséquence (majoration de prix). Si elles ne le savent pas, elles font des offres estimées au plus juste, car le prix est important pour obtenir le marché et elles se trouvent, par la suite, obligées de frauder pour éviter le dépôt de bilan (leur marge bénéficiaire étant trop faible pour supporter le coût de la corruption, elles sont obligées de trouver des artifices¹⁸ pour en payer le prix).

Dans tous les cas les victimes sont le citoyen et le contribuable. En effet, le marché est payé à l'aide de fonds publics. Si la dépense est plus forte, il faut augmenter les prélèvements donc les impôts ou effectuer moins de réalisations. Comme, par ailleurs, les entreprises locales finissent par disparaître, le citoyen paye davantage et voit, en même temps, sa situation se dégrader. Nous sommes dans un système qui semble beaucoup plus pervers que le versement d'une "enveloppe" à un fonctionnaire corrompu, car il ne produit ses pleins effets qu'à un terme suffisamment long pour que le décideur n'ait pas à en gérer les conséquences. Le plus souvent c'est son successeur qui doit faire face aux coûts induits par ces pratiques en accroissant les dépenses de solidarité sociale et en ponctionnant davantage ceux des électeurs qui peuvent encore payer des impôts ainsi que les entreprises "survivantes" : la commune est donc de moins en moins attractive, ce qui est loin de favoriser la création d'emplois nouveaux et ne permettra guère de restaurer le lien social.

L'exclusion politique :

La corruption d'un élu a une incidence certaine sur le développement ou le non-développement économique de sa circonscription électorale. Aussi est-il intéressant de souligner que lorsqu'un élu est convaincu de corruption, l'attitude de ses administrés peut, parfois, être surprenante. En effet, dans un certain nombre de cas, devenus parfois célèbres, on a pu voir la population prendre fait et cause pour l'élu corrompu¹⁹ contre les juges ou contre les accusateurs et le réélire triomphalement, si bien que l'on a même pu parler, à ce sujet, d'une sorte de "prime à la casserole" pour les candidats lors de certaines élections. Même si la morale en souffre, ce type de situation témoigne, au moins, de l'existence d'une relation quasi sentimentale entre un élu et ses administrés.

Pourtant, généralement, la découverte du fait qu'un élu a abusé de ses fonctions pour s'enrichir ou favoriser ses amis, rompt le "pacte moral" qui le lie à ses administrés, pacte conclu lors de son élection. Cette rupture est due à la perte de confiance des uns envers l'autre. Or, la confiance entre élus et administrés est fondamentale dans toute société qui se veut démocratique. La rupture de ce pacte témoigne donc obligatoirement d'une perte pour la démocratie, puisque l'élu n'est plus le représentant de ses administrés, mais seulement celui de ses intérêts propres. Il met la loi à son service au lieu de la mettre au service de ses administrés.

La perte de confiance qui résulte de cette situation est très grave, car elle entraîne une désaffection profonde des électeurs vis-à-vis des affaires de la cité : n'ayant plus confiance les électeurs laissent faire et se désintéressent de tout : ils s'excluent eux-mêmes de la vie politique. Ils pensent que tous

¹⁸ Grâce à des artifices tels que la réduction des prestations, la baisse de la qualité, l'utilisation de main-d'œuvre non déclarée lorsque c'est possible, les entreprises peuvent alimenter une "caisse noire" qui leur sera utile pour verser au décideur les "avantages" qu'il réclame.

¹⁹ Le plus souvent, mais cela n'est pas systématique, ils ont été soutenus car ils ont bénéficié du fait que les magistrats n'ont pas pu prouver l'existence d'un enrichissement personnel.

les élus sont corrompus et que rien ne changera jamais puisque, dans les médias, on ne parle que d'élus malhonnêtes. Ils le pensent d'ailleurs d'autant plus que, bien souvent, la justice est impuissante à prouver l'existence du délit de corruption et doit recourir à des artifices (abus de biens sociaux et recel, notamment). La corruption contribue à donner à la population une vision désabusée de la classe politique qui engendre à son tour l'apathie électorale. La désillusion de nombreux citoyens les conduit à ne plus voter, non pas parce qu'ils sont satisfaits du système, mais parce qu'ils ne pensent pas pouvoir le changer. C'est une explication du fait que, lorsqu'elle en a l'occasion, la partie de la population qui fréquente encore régulièrement les bureaux de vote (entre un tiers et la moitié des inscrits selon les scrutins) peut parfois se rendre aux arguments d'extrémistes ou de démagogues qui s'autoproclament "plus blancs" que les autres. Des groupes qui ne représentent souvent pas plus du cinquième ou du quart de la population peuvent ainsi réussir à accaparer la direction de la commune, de la région, voire de l'Etat. La majorité des citoyens se trouve, de la sorte, exclue du fonctionnement de la vie publique parce que les dérives de la corruption ont conduit à sa démobilisation.

Ces exemples montrent que la corruption conduit à l'exclusion, aussi bien sur le plan politique que sur le plan économique ou même individuel. Elle n'y conduit pas directement, mais progressivement par la perte d'un emploi, d'un logement, de droits fondamentaux... L'impact de la corruption ne se fait sentir qu'à long terme sur l'exclusion mais pour être pernicieux, il n'en est pas moins efficace. En effet, l'augmentation du nombre des exclus, quelle que soit la cause de leur exclusion, conduit à l'existence dans toute société (tous les pays sont concernés) de sous-catégories d'individus qui n'ont de citoyens que le nom, car ils sont dans l'incapacité de faire valoir leurs droits les plus élémentaires. Quand ils le peuvent, ils se révoltent contre tout ce qui, de près ou de loin, ressemble à l'ordre établi : l'Etat, la police, la justice, les bourgeois... ils sont les nouveaux "gueux" du XXIème siècle. Il leur arrive de s'organiser en bandes qui survivent en rackettant parfois des riches, mais, le plus souvent, ceux qui les entourent et qui sont aussi pauvres qu'eux. Parfois aussi, ils trouvent des ressources dans des activités illégales ou illicites : trafics en tous genres (notamment drogue et armes), prostitution (y compris pour les mineurs), vente d'organes... La corruption leur permet de trouver des appuis et des alliés parmi les fonctionnaires chargés de les combattre. Elle devient un moyen indispensable de survie pour le groupe. C'est pourquoi lutter contre la corruption, c'est aussi lutter contre l'une des formes les plus pernicieuses de l'exclusion.

Ainsi, la corruption, réprimée par les textes du code pénal et réprouvée par la morale car entre autres, facteur d'exclusion, se trouve à l'épicentre du droit et de la morale. C'est la meilleure façon de situer le Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC) au sein de l'administration française, véritable instrument de synthèse de ce qui peut parfois apparaître comme un challenge difficile à atteindre car résultat d'une construction purement intellectuelle.

LE SERVICE CENTRAL DE PRÉVENTION DE LA CORRUPTION

La corruption est un phénomène ancien, à géométrie variable selon les pays et l'époque, qui a suscité dans les années 90 l'intérêt de la presse et par voie de conséquence de l'opinion publique.

L'opération "mani pulite" en Italie, le contrat de vente d'hélicoptères par la société "Agusta" en Belgique, les députés britanniques soupçonnés d'avoir accepté de l'argent pour poser des questions au Parlement, les accusations de corruption en Espagne, les dessous du contrat pour la distribution d'eau à Grenoble, sont autant de témoignages de cette invasion de la corruption dans les médias.

C'est dans ce contexte qu'a été créé le Service Central de Prévention de la Corruption par la loi du 29 janvier 1993 et le décret du 22 février 1993.

Placé auprès du Garde des Sceaux, Ministre de la justice, il est dirigé par un magistrat hors hiérarchie de l'ordre judiciaire, nommé pour quatre ans par décret du Président de la République, et par un secrétaire général, nommé dans les mêmes formes. Il doit établir un

rapport annuel qu'il remet au Premier ministre et au Garde des sceaux, ministre de la Justice.

Le SCPC est composé au 1^{er} janvier 2005 de deux magistrats de l'ordre judiciaire (dont le chef du service), d'un conseiller de chambre régionale des comptes, de trois administrateurs civils (dont l'un est secrétaire général, l'autre issu du corps préfectoral et le troisième de la direction générale de la concurrence et de la consommation), d'un représentant des administrations des impôts, de l'équipement, des douanes, d'un commissaire de police et d'un officier de gendarmerie.

Très vite, il s'est démarqué du contexte des affaires politico-financières dans lequel il se situait puisque, dès son premier rapport, il s'est intéressé aux systèmes de corruption dans le sport. En effet, ce n'est pas nier l'importance du secteur politico-financier que d'affirmer qu'il est l'arbre qui cache la forêt et que la corruption touche de très nombreux autres secteurs qui, au fil des années, ont été étudiés, parmi lesquels le lobbying, la santé, la publicité, les sectes, les professions intermédiaires, la grande distribution, la formation professionnelle, l'adoption et les situations de détresse, la sécurité privée, les entreprises de nettoyage, les associations, le secteur caritatif, etc... Il y a fort à parier que si le SCPC n'existait pas, aucun de ces secteurs n'aurait été étudié et signalé de façon aussi approfondie.

En prenant pour principe de base que les affaires ne l'intéressent pas mais que seuls les systèmes de corruption retiennent son attention, le SCPC a fait le lien entre les fraudes, la corruption et leur corollaire incontournable : le blanchiment, sujet principal, lié à une étude sur le secret professionnel, de son rapport 2003.

Le service s'est attaché à démontrer que les fraudes, la corruption et le blanchiment ne sont pas l'apanage de la seule grande criminalité mais que sont également concernés des secteurs comme le sport ou l'économie souterraine, celle-ci étant souvent évoquée dans nos banlieues sans être vraiment définie. En fait, les systèmes, souvent relativement simples et peu nombreux, sont toujours les mêmes. Il suffit de les adapter au type de criminalité considérée, quelle que soit son importance.

Outre ses missions de base (centralisation des données – avis à certaines autorités limitativement énumérées – recommandations aux autorités investies du pouvoir de décision), le SCPC a nécessairement développé, dans le cadre de sa mission de prévention une importante activité de formation et de sensibilisation dans les grandes écoles (École Nationale d'Administration – École Nationale de la Magistrature – HEC – Écoles d'application de la police, de la gendarmerie ou des douanes, etc...), ainsi que dans plusieurs universités.

Le traitement de la corruption ne peut se concevoir à l'intérieur de nos seules frontières :

- en raison du fait qu'il touche à des degrés divers tous les pays ;
- en raison du phénomène de la mondialisation ;
- en raison de la complexité des circuits financiers qui ne peuvent, compte tenu des impératifs de dissimulation des sommes servant à la corruption, qu'être internationaux ;
- en raison de l'avènement des pays de l'Europe de l'Est à la démocratie et de leur désir d'intégrer l'Europe ;
- en raison de la nécessité de s'assurer que les aides accordées aux pays en voie de développement ne sont pas détournées ou que celles qui l'ont été pourront retourner à leur but initial.

Cette circonstance implique donc la participation du SCPC aux travaux :

- de l'ONU, dans le cadre de la préparation puis de l'application de la convention sur la corruption signée à MERIDA (Mexique) le 9 décembre 2003, actuellement en cours de ratification,

- de l'OCDE (un membre du service a été nommé évaluateur du Royaume Uni dans le cadre de la phase II de l'évaluation de la mise en œuvre de la convention de 1997 et le service a participé activement à l'évaluation de la France en 2003).
- du Conseil de l'Europe (trois membres du service sont évaluateurs pour le GRECO et le SCPC a également été abondamment sollicité lors de l'évaluation de la France en 2004)
- des instances de l'Union européenne (un conseiller du service est désigné expert de la Commission dans le cadre des travaux destinés à lutter contre la corruption dans les marchés publics. Par ailleurs, un partenariat durable avec l'Office européen de lutte contre la fraude (OLAF) a été initié).

En outre, plusieurs membres du service interviennent en Europe de l'Est, en Amérique latine, en Asie et en Afrique, ce qui témoigne d'une reconnaissance internationale de son action.

Le service a signé des conventions avec un certain nombre de grandes entreprises, exposées en raison de la nature de leur activité, aux risques de corruption, notamment sur le plan international dans le cadre de l'application de la convention OCDE de 1997, relative à la corruption active de fonctionnaire public étranger. Il se propose de développer cette action en faveur des petites et moyennes entreprises dont certaines sont elles-mêmes très exposées. Outre l'aide à la rédaction ou à l'amélioration des codes d'éthique, ces conventions sont essentiellement consacrées à la formation ou à la sensibilisation des personnels les plus exposés ainsi que des services d'audit ou du contrôle général chargés de détecter les pratiques déviantes.

Ces formations ont donné lieu à l'élaboration de modules et sont adaptées à chaque demande qui est faite au service.

A ce jour, cette action fondamentale et recherchée du SCPC ne s'était concrétisée par aucun diplôme d'université dédié à la matière qui est la sienne. C'est désormais chose faite et sa mise en place à STRASBOURG à l'Université Robert SCHUMAN n'est pas anodine lorsqu'il s'agit de matières dont le caractère transnational nécessite de dépasser, dans le cadre des investigations comme de la prévention, les limites étroites de nos frontières.

La rédaction ou l'amélioration des codes d'éthique doit retenir l'attention, de même que la participation aux travaux des comités d'éthique de ces différents groupes ou entreprises. En effet, elle atteste que la seule existence de textes pénaux relatifs à la corruption est insuffisante pour lutter contre ce phénomène, notamment au stade de la prévention. Elle concerne aussi les administrations au sein desquelles les mêmes instruments se développent.

Les codes d'éthique, de déontologie ou de bonne conduite

Il est intéressant de voir comment le fonctionnaire ou l'employé d'une entreprise privée peuvent, chacun à leur niveau, s'impliquer ou être impliqués dans cette lutte. Le combat à livrer est de tous les instants dans lequel tous les acteurs doivent être convaincus que le succès est à leur portée et que la victoire dépend d'abord et avant tout de leur propre attitude. Ils ne doivent plus se résigner à être toujours considérés comme des corrompus ou des corrupteurs en puissance.

Pour les aider, les entreprises et les administrations ont élaboré pour leurs employés, des règles, des codes, des guides destinés à préciser les comportements à observer suivant les circonstances, les attitudes recommandées et celles qui sont inacceptables... L'objectif premier de ces documents est de permettre au public d'avoir, à nouveau, confiance en ses entreprises et en ses fonctionnaires. Si cet objectif est toujours mis en avant, souvent, il en cache d'autres, moins avouables : contrôle, guerre commerciale, protection de certaines

catégories de personnel... Les "codes", puisqu'on les appelle généralement ainsi, ont toujours des objectifs multiples et aussi de très nombreuses appellations. Qu'ils soient de conduite, d'éthique, de déontologie..., on s'aperçoit qu'ils se ressemblent et qu'ils ne cherchent, en fait, qu'à trouver une solution au problème que pose la responsabilité personnelle de l'agent vis-à-vis de ses subordonnés, de ses collègues ou de ses supérieurs, celle de sa hiérarchie par rapport à l'entreprise, celle de l'entreprise avec ses clients, ses fournisseurs et ses actionnaires ou de l'administration avec l'ensemble des citoyens.

Mettre en évidence ces conflits internes de responsabilité, découvrir les objectifs cachés des « codes » afin d'identifier les moyens qui peuvent être utilisés pour protéger efficacement les employés contre toute dérive, qu'il s'agisse de l'arbitraire de leurs supérieurs ou des menaces de leurs clients, tel est l'enjeu. Mais, avant de s'intéresser aux conflits de responsabilité, il est indispensable de savoir ce que recouvrent les différents vocables utilisés pour qualifier les "codes"²⁰.

Codes de conduite, d'éthique, de déontologie, principes moraux, guides de responsabilité, statuts... les documents fleurissent. Chaque organisation, chaque profession tient, aujourd'hui, à posséder le sien. Si en langue anglaise, il est relativement facile de fondre toutes ces appellations sous le vocable de "codes d'éthique"²¹, en français, en revanche, chaque nom recouvre une réalité différente. Ainsi, avant toute chose, il est indispensable de faire une mise au point lexicographique car ces différentes dénominations font appel à des notions que l'on ne doit pas confondre les unes avec les autres.

Morale - La morale est un ensemble de normes et de règles qui s'imposent à tous. "La morale a une valeur instrumentale, elle est formelle et impérative : elle fixe les règles de conduite des hommes en société. La morale se définit par rapport à la loi et à l'organisation sociale. Elle se différencie selon les groupes sociaux, puisqu'elle est dictée par l'édifice social lui-même et se réactualise selon les mutations de l'histoire et les problèmes nouveaux qui se posent »²². La morale est donc fondamentale dans la réflexion et elle ne prend tout son sens que lorsqu'elle s'incarne dans l'action de chacun pris comme individu. Mais il s'agit alors d'un individu faisant partie de la société et travaillant dans une entreprise ou une administration, d'où son rôle dans l'éthique, la déontologie et, plus largement, la responsabilité.

Ethique²³ - L'éthique recouvre l'ensemble des principes moraux qui sont à la base du comportement de l'individu ; c'est la recherche personnelle d'une sagesse de l'action : c'est donc une prise de position personnelle, un acte autonome de volonté. D'après le philosophe Max Weber²⁴, il existe une éthique de conviction (fondée sur des principes intangibles, sur les valeurs morales propres à l'individu : celle du savant) et une éthique de responsabilité (qui tient compte des conséquences possibles des décisions que l'on prend ou des actes que l'on effectue, qui laisse donc la place au compromis et à la négociation : c'est l'éthique de l'homme politique ou du fonctionnaire). Ainsi, tout fonctionnaire, tout employé, peut être amené à agir en fonction de l'intérêt général ou de celui de son entreprise et non en tenant

²⁰ On trouvera un développement de certaines de ces notions dans *Responsabilité et Déontologie : un guide de référence pour les chefs de services et l'encadrement*, janvier 1998, ministère de l'équipement, des transports et du logement, édition des Presses de l'École Nationale des Ponts et Chaussées et dans un article de la revue *Cadres* de la CFTD n°401-402 Novembre 2002, *Responsabilité, déontologie, éthique : une distinction nécessaire*, par François Fayol (qui avait été le principal rédacteur de l'ouvrage précité).

²¹ "codes of ethics"

²² Véronique RICHARD, *Incidence des changements de l'organisation du travail et du management par les pratiques de l'éthique relationnelle*, Thèse d'habilitation à diriger des recherches, Université de Paris IV – Sorbonne, CELSA, 1994, p. 35-36.

²³ du grec *éthikon*, morale

²⁴ Distinction développée lors d'une conférence donnée en 1919 « *Politik als Beruf* » dont la traduction, sous le titre "*Le métier et la vocation d'homme politique*" est publié dans "*le savant et le politique*", Bibliothèque 10/18, Paris, p. 123 et suiv.

compte seulement de ses convictions personnelles (philosophiques, morales, religieuses, culturelles, politiques...). Ce conflit entre éthique de conviction et éthique de responsabilité peut parfois aboutir à une crise, qui ne se résoudra que par le retrait, l'opposition ou la démission dans la mesure où tout compromis est devenu impossible, sauf à se compromettre soi-même.

Déontologie²⁵ - La déontologie est l'ensemble des règles qui régissent une profession et la conduite de ceux qui l'exercent. Elle est basée sur des droits et obligations définis, notamment par la loi, faisant référence à une "morale professionnelle". Elle comporte un cadre commun mais elle doit être adaptée à chaque entreprise ou administration, à chaque métier et aux conditions d'exercice du métier. C'est un véritable mode de régulation de la profession (avocats, médecins, par exemple) qui permet de créer un autocontrôle collectif. Elle n'est pas obligatoirement formalisée dans un "code", mais peut aussi figurer dans des textes législatifs ou réglementaires, dans des instructions, dans des règlements internes. Elle ne dit pas toujours ce qui doit être fait mais indique ce qu'il est interdit de faire. Le non-respect de ces prescriptions est qualifié de faute et est toujours sanctionnable, disciplinairement ou pénalement. C'est ce que précise Christian Vigouroux, conseiller d'État, lorsqu'il écrit : *"l'éthique relève du facultatif alors que la déontologie est, sinon toujours obligatoire, du moins toujours sanctionnable. L'éthique mène à l'interrogation identitaire d'une personne et aussi d'un métier. La déontologie est sociale, pratique et appuyée par le disciplinaire collectif."*²⁶

Conduite - La conduite, pour un individu, c'est sa propre manière d'agir, son comportement, son attitude dans une circonstance déterminée, mais c'est aussi l'art de diriger les autres, de commander, pour assurer la bonne marche d'une entreprise ou d'une administration. Elle se définit par rapport à la morale : avoir une « bonne conduite », c'est se comporter selon les principes moraux qui régissent la vie en collectivité ou en société au moment où l'on agit : loyauté, honnêteté, impartialité, compétence, courtoisie, intégrité... sont quelques uns des principes à respecter. La conduite c'est donc, en quelque sorte, un moyen de juger une action par rapport à la morale. Le « code de conduite » est alors un manuel qui définit des normes comportementales personnelles et collectives.

Comme on peut l'imaginer, les règles de comportement associées à ces différents termes et que l'on retrouve dans les nombreux « codes » en usage dans les entreprises ou les administrations, ne peuvent pas être identiques. Chacun d'entre eux correspond à un système de référence particulier. Chacun se distingue plus ou moins de l'autre. Il n'est donc pas indifférent de parler de "Code de conduite", "Code de déontologie", "Code d'éthique", "préceptes moraux"... Or, ces différences fondamentales sont souvent gommées parce que nous ne faisons plus assez attention au vocabulaire employé et parce que nous sommes tous presque exclusivement préoccupés par l'action, l'efficacité, le pragmatisme et une certaine forme d'universalité du langage qui tend à nous faire employer des mots anglo-saxons ayant un sens précis que n'ont pas leurs homonymes français, et réciproquement. Cela étant, tous ces "codes" n'ont d'autre but que d'encadrer une autre notion fondamentale : la responsabilité. Ils tendent à orienter le comportement professionnel dans le sens des devoirs de l'individu.

La mesure du risque, si elle est suivie par la mise en place de procédures définissant les conditions d'exercice du métier et du contrôle de l'application de ces procédures, permettent de réduire, sans les exclure, le nombre de cas dans lesquels la responsabilité personnelle peut être invoquée plutôt que la responsabilité morale de l'organisation.

²⁵ du grec *deon*, -*ontos*, ce qu'il faut faire et -*logia*, théorie. Ce terme est utilisé pour la première fois par Jeremy BENTHAM, juriste et moraliste anglais (1748-1832), dans une œuvre posthume "*Déontologie ou science de la morale*" publiée à Londres en 1834.

²⁶ Christian VIGOUROUX, "*Déontologie des fonctions publiques*", Connaissance du droit – Droit public, Dalloz, Paris, 1995, p. 7.

Exercer ses responsabilités, prendre ses responsabilités, sont des tâches nobles que les codes peuvent aider à assumer. Toutefois, le plus important facteur reste l'éthique individuelle et l'on peut dire que la vie en société n'est possible que si l'individu réussit à accorder les principes moraux universels, la déontologie de sa profession et son éthique personnelle. Les conflits naissent toujours de l'impossibilité de concilier ces trois domaines fondamentaux, aussi bien sur le plan personnel que sur le plan plus général des nations.

Il est impossible de décrire tous les types de codes qui peuvent exister mais on se focalisera seulement sur ceux des entreprises privées et ceux des administrations en montrant que, malgré une origine différente, les codes ont des contenus assez voisins.

1. LES CODES DES ENTREPRISES PRIVÉES

C'est là que l'on trouve la plus grande variété de dénominations : codes de conduite, d'éthique, charte de management, principes d'action... La liste est longue, mais ces documents ont pour unique objet et pour point commun de fixer les règles du comportement collectif (celui de la société, aujourd'hui moralement responsable) et du comportement individuel (celui des agents qui la composent, du bas en haut de l'échelle) qui doivent répondre aux exigences du monde dans lequel nous vivons (donc fondé sur des bases morales).

Ils sont l'aboutissement d'une tradition ancienne de paternalisme, recyclée dans les années 70 dans deux grands types d'intervention qui étaient censées mobiliser, d'une part, les employés et les ouvriers sur la qualité (charte qualité) et, d'autre part, les cadres sur les valeurs (le projet d'entreprise). Plus tard sont arrivés les anglo-saxons avec leurs "*codes of ethics*" fondés sur le principe qui dit que l'on fait de meilleures affaires si on les fait de manière honnête. Aujourd'hui, enfin, le développement durable, le commerce équitable et l'entreprise socialement responsable sont les trois grands thèmes à la mode. C'est cette évolution qui explique d'une part les disparités existantes dans les dénominations et d'autre part, celles qui existent dans les contenus de tous les "codes" concernant des entreprises privées.

Tous ces "codes" comportent des engagements : engagements de l'entreprise vis-à-vis de ses clients, de ses fournisseurs, de ses sous-traitants, des entreprises associées, mais aussi vis-à-vis des employés et des actionnaires. Le code est donc un message adressé à tous ceux qui sont en contact avec l'entreprise ainsi qu'à tous les salariés. Cela implique qu'il soit clair et concis et que tous les salariés puissent facilement s'y référer (ils doivent non seulement connaître son existence mais aussi certifier qu'ils l'ont lu et... compris). Dans le cadre de la lutte contre la corruption, outre l'interdiction faite aux agents de corrompre ou de se laisser corrompre, ils doivent mettre l'accent sur les risques courus et sur les moyens de prévenir et de détecter les cas de corruption.

2. LES CODES DES ADMINISTRATIONS

Dans les administrations, la situation est différente selon les pays. Dans les pays qui se sont dotés d'un "statut de la fonction publique", le code n'existe que pour préciser les spécificités d'un métier, les risques supplémentaires que courent certains agents par rapport à l'ensemble des fonctionnaires. On a donc des codes pour les policiers, les douaniers, les agents des impôts... Ces documents sont de véritables codes de déontologie, même si parfois leur champ est un peu plus vaste que la profession elle-même. Pour les policiers, par exemple, on pourrait avoir différents codes correspondant aux différentes missions de la police, donc insistant plus dans un cas sur un aspect de la déontologie et plus sur un autre aspect quand les policiers exercent un autre type de mission. L'existence du statut n'a pas rendu nécessaire la multiplication des codes puisqu'il prenait en compte la plupart des situations habituelles et indiquait les droits, mais aussi les devoirs du fonctionnaire et précisait, en outre, les sanctions qui pourraient le guetter en cas de non-application des dispositions figurant dans le statut.

Si cette situation est valable pour la plupart des pays occidentaux de droit latin, il n'en est pas de même ailleurs. Dans presque tous les pays de l'Est, il n'existe pas de statut général de la fonction publique. Le code qui est élaboré tend alors à combler ce vide. Il s'agit d'un "code de conduite" bâti sur le modèle de celui qui a été adopté en 2000 par le Conseil de l'Europe et qui est applicable à l'ensemble des agents publics. Le code doit être adapté aux spécificités locales et, si nécessaire, décliné entre les différentes administrations, entre les différents métiers exercés par les fonctionnaires et agents de l'Etat. Le "code modèle" (sic) élaboré par le Conseil de l'Europe énonce des principes très généraux : neutralité politique, comportement vis-à-vis du public, impartialité et respect de la loi, responsabilité par rapport aux supérieurs hiérarchiques et confidentialité. Il prévoit aussi que l'agent doit rendre compte de ses actes à ses supérieurs hiérarchiques, éviter les conflits d'intérêts, ne pas se laisser tenter par des cadeaux, des avantages indus, être intègre et ne pas divulguer d'informations confidentielles...

Tous ces projets répondent à un manque et à un besoin : besoin pour chacun de savoir où se situer dans un environnement qui se modifie très vite et dans lequel les enjeux eux-mêmes évoluent ; manque de directives précises, d'instructions sur la conduite à tenir dans des circonstances particulières où les risques de voir sa responsabilité mise en cause ne cessent de s'accroître. Ils correspondent aussi à un besoin de tous ceux qui sont en contact, soit avec l'administration, soit avec les entreprises de savoir quels sont les principes à respecter et quelles sont les conditions dans lesquelles elles sont amenées à travailler.

Cette situation qui peut paraître nouvelle tant on voit les "codes" se multiplier aujourd'hui, est pourtant liée à un besoin récurrent dont un exemple historique est l'ordonnance (jointe en annexe) du 23 mars ...1302 de Philippe le Bel. Ce document reprend, en effet, nombre de recommandations ou d'obligations figurant dans les codes actuels :

Principes d'action à respecter : impartialité des fonctionnaires, proportionnalité dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, existence du pouvoir hiérarchique et affirmation du droit à réparation, traitement préventif des risques de conflit d'intérêt...

Obligations faites aux agents : vérification de l'authenticité de l'ordre avant de l'exécuter et respect des procédures, rapidité de la réponse aux usagers, réparation rapide des erreurs de l'administration, refus des dons et des cadeaux, refus du cumul des emplois, droit à un juste salaire...

Comme on peut le voir avec cet exemple, rien n'a vraiment changé en l'espace de 700 ans !

Claude MATHON
Magistrat
Chef du Service Central de Prévention de la Corruption

ANNEXE

ORDONNANCE SUR LA REFORME DU ROYAUME

PRISE PAR PHILIPPE LE BEL LE 23 MARS 1302

Paris, lundi après la mi-carême, 1302

1. L'intention du Roi est que les églises, les monastères, les prélats et toutes les personnes ecclésiastiques soient sous sa protection royale, (...).
2. Les églises jouiront des libertés, des franchises et des immunités qu'elles avaient sous le règne de Saint Louis, aïeul du Roi. Et défenses sont faites aux officiers royaux de les y troubler, ainsi que dans l'exercice de leur juridiction spirituelle ou temporelle.
3. S'il y avait ordre de la part du Roi de saisir ou de confisquer les biens des églises ou des personnels ecclésiastiques, le bailli auquel un tel ordre sera adressé ne les mettra à exécution, qu'après s'être informé si ce qui a été mandé au Roi est véritable, ou à moins que la cause exprimée dans le mandement ne soit notoire.
4. Cette disposition d'ordonnance aura son exécution dans les terres des ducs, des comtes et des barons. Et le Roi enverra des personnes sages et habiles dans les sénéchaussées et les bailliages du royaume pour s'informer des anciennes coutumes, et pour savoir comment on les pratiquait du temps de Saint Louis, afin de rétablir les bonnes, et supprimer les mauvaises.
5. Si le Roi ordonnait de saisir les biens de quelque prélat ou d'autre personne ecclésiastique, on ne pourra, en exécution du premier mandement, mettre leurs meubles en main du Roi, ni découvrir ou détruire leurs maisons, et l'on ne saisira de leurs biens que jusqu'à concurrence de l'amende qu'ils devront.
11. Les gardiens des régales, qui ont été commis au temps passé, seront condamnés sommairement à payer tous les dommages qu'ils ont faits et seront punis selon la qualité du délit.
12. Les arrêts rendus par la Cour seront exécutés sans appel et, s'il y a quelque ambiguïté ou erreur, la correction en appartiendra au Roi ou à la Cour (...).
13. Les enquêtes portées en la Cour seront au moins expédiées et jugées dans deux années.
16. Les sénéchaux et les baillis ne pourront être du Conseil du Roi, tant qu'ils seront sénéchaux et baillis ; et s'ils ont été du Conseil auparavant, ils s'abstiendront d'y aller, tant que leur office durera.
17. Aucun conseiller du Roi ne pourra recevoir pension d'aucune personne ecclésiastique et séculière, ni d'aucune ville ou communauté (...).
18. Nul sénéchal, ni bailli ne pourra avoir pour prévôt, lieutenant ou juge, aucun qui lui soit parent, ou avec qui il ait affinité, ou en liaison par la nourriture, de crainte qu'ils soient hors d'état de rendre des jugements justes dans les appellations interjetées de ces sortes de personnes.

23. Les prévôtés n'exigeront rien de leurs justiciables, et quand même leurs justiciables leur offriraient quelque chose, ils ne pourront la prendre. Ils ne vexeront pas les églises, sous le prétexte de subventions et d'aides ; ils n'exigeront pas des personnes d'église des repas et des gîtes, et ne traiteront pas avec elles de leurs amendes.
27. Aucun ne sera sénéchal, bailli, prévôt, juge ou viguier, dans le lieu de sa naissance.
28. Les sergents ne feront aucun ajournement, que par l'ordre des sénéchaux et des baillis, etc. Et si le prévôt faisait faire quelque ajournement, injuste ou faux, il en dédommagerait la partie.
30. Les sergents royaux ne pourront demeurer dans les terres où les prélats et les barons ont toute justice, à moins qu'ils n'y soient nés ou mariés et, dans ces deux cas, ils n'y pourront faire aucune fonction de leurs offices, même en cas de ressort.
31. Les sergents qui demeureront en ces deux cas dans les terres des seigneurs seront soumis à leur juridiction, tant spirituelle que temporelle, excepté en ce qui concernera la fonction de leurs offices.
34. Les sergents à cheval ne prendront que trois sous par jour, et les sergents à pied dix-huit deniers de monnaie courante, quand ils sortiront des villes, quelques ajournements qu'ils fassent pour différentes affaires et pour des personnes différentes. Et où la Coutume sera de donner moins, elle sera suivie.
35. S'il y a contestation pour des terres, et si les officiers du Roi les saisissent et en accordent la possession à l'une des parties, les fruits intermédiaires lui en seront restitués.
37. Les notaires auront de salaire, pour trois lignes, un denier, depuis quatre lignes jusque à six deux deniers de monnaie courante, et si leurs écritures excèdent six lignes, ils n'auront qu'un denier pour trois lignes, etc.
38. Les sénéchaux, les baillis, les viguiers, etc. jureront qu'ils feront justice aux grands et aux petits, et à toutes personnes de quelque condition qu'elles soient, sans acceptation.
39. Qu'ils conserveront les droits du Roi, sans faire préjudice à personne.
40. Qu'ils ne recevront or, ni argent, ni aucun autre don quel qu'il soit, si ce n'est de choses à manger ou à boire.
41. Qu'ils ne souffriront pas que l'on fasse aucun présent à leurs femmes, leurs enfants, leurs frères, leurs neveux, leurs nièces, ni qu'on leur donne aucun bénéfice.
42. S'ils reçoivent du vin en présent, ce ne sera qu'en barils ou bouteilles.
43. Ils ne pourront rien recevoir à titre de prêt des personnes de leurs bailliages, ni de ceux qui auront ou seront sur le point d'avoir des causes devant eux.
44. Ils jureront qu'ils ne feront aucun présent à ceux qui seront du Conseil du Roi, à leurs femmes ni à leurs enfants (...).
45. Qu'ils n'auront pas de part dans les ventes des bailliages, des prévôtés, des revenus du Roi, ni dans les monnaies.

46. Qu'ils ne soutiendront pas les fautes, les injures, les exactions, les usures et les vices des officiers qui leur seront soumis, mais qu'ils les puniront.
47. Les prévôts, les viguiers, les baillis et les officiers qui leur seront soumis jureront qu'ils ne donneront rien à leurs supérieurs, à leurs femmes, leurs enfants, leurs domestiques, leurs parents, leurs amis, ni qu'ils ne seront pas à leur service.
48. Les sénéchaux et les baillis jureront qu'ils ne recevront des baillis inférieurs, des vicomtes, etc., aucun gîtes, ni aucun repas (...).
49. Qu'ils ne recevront aucun présent des personnes religieuses qui seront domiciliées dans le lieu de leur administration, pas même des choses à boire ou à manger, si ce n'est des personnes riches, et une fois ou deux l'année, au plus.
50. Qu'ils ne feront aucune acquisition d'immeubles dans leurs bailliages, tant que leur office durera.
51. Qu'ils ne contracteront pas mariage dans le lieu de leur administration, et qu'ils ne permettront pas que leurs enfants, leurs sœurs, leurs nièces, leurs neveux, etc. s'y marient.
52. Qu'ils ne mettront ou ne tiendront aucun en prison pour dettes, à moins qu'il ne se soit obligé par corps, par lettres passées sous le sceau royal.
53. Qu'ils ne confieront ou ne donneront à ferme les prévôtés du Roi, ses autres offices et revenus, qu'à des personnes capables.
54. Il en sera de même des écritures des sergenteries et des vigueries (...).
55. Qu'ils ne feront rien en fraude de tout ce qui a été marqué ci-dessus.