

RAPPORT ANNUEL

du SERVICE CENTRAL

***DE PREVENTION DE LA
CORRUPTION***

1 9 9 5

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION p. 8

SECTION I : LA PARTICIPATION DU SCPC, EN TANT
QU'EXPERT, AUX TRAVAUX DU CONSEIL
DE L'EUROPE, DE L'OCDE et des COMMUNAUTES
EUROPEENNES SUR LA LUTTE CONTRE
LA CORRUPTION p. 10

**I - LES PRELIMINAIRES DE LA LUTTE ANTI-CORRUPTION
A L'ECHELLE EUROPEENNE (Conseil de l'Europe)** p.11

**II - LA MISE EN OEUVRE DE LA RECOMMANDATION RELATIVE
A LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION DANS LES
TRANSACTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES (OCDE)** p.19

**III - LA PROTECTION DES INTERETS FINANCIERS DE L'UNION
EUROPEENNE ET LA LUTTE ANTI-CORRUPTION (Commission
des Communautés Européennes)** p.24

SECTION II: LA PREVENTION DU RISQUE DE CONCUSSION,

PRISE ILLEGALE D'INTERET ET FAVORITISME
DANS LA GESTION DES COLLECTIVITES
LOCALES

. - 3

p.25

SECTION III: LES RECHERCHES SUR LES PHENOMENES DE
CORRUPTION

p.31

III - 1 LES MARCHES PUBLICS

p.32

Conclusion

1- Constats

2- Pistes de réflexion

III - 2 LE SECTEUR DE LA SANTE :

LES ANTICHAMBRES DE LA CORRUPTION p.94

Introduction

1ère partie :

Identification de plusieurs facteurs de risque

p.97

- 1 - Un enjeu majeur
- 2 - Les offreurs de produits et de soins médicaux en compétition sévère
- 3 - Des organisations professionnelles influentes
- 4 - Imbrication du secteur public et du secteur privé
- 5 - Des activités très administrées

./ :
./ .

2ème partie :*Des pratiques déviantes*

p.108

- 1- Les pratiques impliquant la participation d'entreprises et de fonctionnaires
- 2- Les pratiques impliquant la participation d'entreprises et d'élus
- 3- Les pratiques impliquant la participation d'entreprises et de professionnels de la santé
- 4- Les pratiques impliquant la participation de professionnels de la santé et de patients
- 5- Les pratiques impliquant la participation d'entreprises, de professionnels de la santé et d'organismes caritatifs
- 6- Pratiques impliquant la responsabilité administrative

3ème partie :*Comment mieux prévenir les risques de ces pratiques déviantes*

p.119

- 1- Mieux connaître les associations oeuvrant directement ou indirectement dans la santé
- 2- Renforcer les contrôles de l'activité sanitaire
- 3- Rendre plus difficile la rémunération de travaux fictifs
- 4- Les objectifs de santé publique ne doivent pas organiser la rareté
- 5- Pourchasser la publicité médicale déguisée

Conclusion

p.125

III-3 LE COMMERCE INTERNATIONAL

p.127

1ère partie :*Types de marchés et risques corrupteurs*

- 1- Les marchés d'importation
- 2- Les marchés de service
- 3- Les marchés d'exportation

4- Les financements de projets de développement et d'action régionales

2ème partie :

La place de l'agent public dans la transaction commerciale internationale
p.132

- 1- Les préalables à la transaction
- 2- La réalisation de la transaction
- 3- Les suites de l'opération commerciale stricte

3ème partie :

Typologie de la fraude et mécanismes de corruption p.136

- 1- Transactions commerciales, contrats et marchés
- 2- Mécanismes corrompeurs et profils frauduleux
- 3- Vers la création d'instruments anticorruption autonomes

SECTION IV: PREVENTION DE LA CORRUPTION : DE LA PRISE
DE CONSCIENCE DES RISQUES A L'ETHIQUE
DE LA RESPONSABILITE p.140

I - L'éthique entre la rhétorique et la didactique p.141

II- Ethique et critique p.141

- 1- Avantages d'une approche critique en termes de mise en évidence des risques
- 2- Suggérée par le bon sens, l'approche en termes de risques doit être clairement définie
- 3- L'inventaire des risques
- 4- Risques objectifs
- 5- Risques subjectifs

III-Déontologie en général et prévention de la corruption
en particulier
p.148

IV- Préconisations
p.149

- 1- Evaluer les limites des instruments classiques
- 2- Examiner les implications concrètes d'une stratégie fondée sur les délits-obstacles
- 3- Opposer au réseau corrupteur un maillage préventif
- 4- Articuler au devoir de probité le devoir de prudence
- 5- Fonder, et non pas simplement décréter, une éthique de la responsabilité
- 6- Conjuguer approche philosophique, juridique et gestionnaire

Conclusion

**V- Situations et cas de figure illustrant l'éthique de la
responsabilité**
p.164

- 1- Les emprunts obligataires des collectivités locales
- 2- Les commissaires aux comptes
- 3- Les bureaux d'études
- 4- Le secteur de la grande distribution
- 5- Le secteur associatif et les SEM (Sociétés d'Economie Mixte)
- 6- Inversion de la charge de la preuve
- 7- Droit des affaires et affairisme

CONCLUSION

p.170

INTRODUCTION

Le deuxième rapport d'activité du Service Central de Prévention de la Corruption couvre la période du 1er juillet 1994 au 30 juin 1995.

Le précédent rapport évoquait dans son préambule la décision du Conseil Constitutionnel du 20 janvier 1993 qui a déclaré contraire à la Constitution les dispositions de l'article 5 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 conférant au service certains pouvoirs d'enquête : droit d'obtenir communication de tout document et droit de convocation et d'audition de toute personne.

Il soulignait que la suppression de ces prérogatives rendait malaisée l'exploitation des informations centralisées, notamment leur vérification afin de transformer de simples soupçons en véritables présomptions avant de saisir les autorités judiciaires compétentes.

L'incapacité juridique du service à mener effectivement des enquêtes à la suite de la décision du Conseil Constitutionnel l'a conduit à réorienter peu à peu ses activités en consacrant l'essentiel de ses travaux à la recherche et à l'étude des pratiques corruptrices ainsi qu'à la proposition de mesures susceptibles de les prévenir.

En d'autres termes le service est désormais bien davantage une cellule d'experts en matière de corruption et d'infractions voisines (trafic d'influence, concussion, prise illégale d'intérêt et favoritisme dans les marchés publics) qu'un organisme d'enquête et de renseignement participant à l'action répressive contre la corruption.

A ce titre, il a été appelé à participer aux travaux des groupes de travail qui ont été mis en place par le Conseil de l'Europe, l'OCDE et l'Union Européenne sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales. L'intérêt manifesté par nos partenaires étrangers pour une approche préventive invite à donner à celle-ci toute sa portée au plan national, en faisant que le Service soit au service des autres administrations. Tel est le but poursuivi avec les premiers pas d'un comité permanent de liaison, regroupant SCPC, représentants des corps d'inspection et de contrôle et représentants des administrations opérationnelles. La coopération étant indispensable pour faire pièce à la corruption, il convient de privilégier l'échange d'informations, qui n'ont pas à être nominatives puisque le propos dépasse le cas d'espèce pour s'attacher plutôt aux pratiques corruptrices qui en sont le ressort. Les préconisations ne pouvant se limiter aux quelques pages d'un rapport, il a semblé utile d'assurer un suivi par des groupes de travail.

Au cours de la période écoulée les recherches sur les phénomènes de corruption ont concerné les secteurs suivants : les marchés publics, la santé, le commerce international.

Par ailleurs, le S.C.P.C. a entrepris une action de prévention de l'ingérence ou prise illégale d'intérêt à l'intention des élus.

Enfin, une réflexion a été conduite sur la place de l'éthique dans la prévention de la corruption.

Le présent rapport comporte donc quatre sections :

Section I :

La participation du SCPC en tant qu'expert aux travaux du Conseil de l'Europe, de l'OCDE et des Communautés Européennes sur la lutte contre la corruption.

Section II :

La prévention du risque de concussion, prise illégale d'intérêt et favoritisme dans la gestion des collectivités locales.

Section III :

Les recherches sur les phénomènes de corruption.

Section IV :

Prévention de la corruption : de la prise de conscience des risques à l'éthique de la responsabilité.

SECTION I

*LA PARTICIPATION DU SCPC
EN TANT QU'EXPERT
AUX TRAVAUX DU CONSEIL DE L'EUROPE,
DE L'OCDE ET DES COMMUNAUTES EUROPEENNES,
SUR LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION*

I- LES PRELIMINAIRES DE LA LUTTE ANTICORRUPTION A L'ECHELLE EUROPEENNE (Conseil de l'Europe)

Lors de la 19ème Conférence des Ministres européens de la Justice à MALTE en juin 1994, ceux-ci ont recommandé au Conseil de l'Europe de mettre en place un Groupe Multidisciplinaire sur la corruption (G.M.C.) sous la responsabilité du Comité Européen de Coopération Juridique (CDCJ) et du Comité Européen pour les problèmes criminels (CDPC) afin d'élaborer un programme d'action au niveau international contre la corruption.

De façon plus précise il a été demandé au Conseil de l'Europe de :

- tenter de donner une définition légale de la corruption acceptable par tous les membres du Conseil de l'Europe ;
- faire, avant la fin de l'année 1995, des propositions au Comité des Ministres sur les priorités d'action et sur la mise en place de structures de lutte contre la corruption;
- concevoir des procédures administratives de suivi des mesures anti-corruption proposées par les experts et adoptées par les ministres.

Il apparaît en effet, que le souci des ministres de la justice est d'harmoniser au plus vite des réglementations administratives ou pénales disparates.

Dans cette perspective, chaque Etat de l'Union Européenne a dépêché des experts ; la délégation française est composée de magistrats et de fonctionnaires du Service des Affaires Européennes et Internationales (SAEI), de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces (DACG) et du Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC).

L'enjeu de tels travaux est la nécessaire mise en place, au niveau international, d'un dispositif législatif anti-corruption qui doit se superposer aux règles économiques et commerciales. L'OCDE, étant déjà convaincue de la nécessité de fixer au plus vite les limites "éthiques" en ce domaine, a rédigé une recommandation, le 27 mai 1994, approuvée par les instances dirigeantes de cette organisation, sur le thème de la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales.

Les travaux à dominante plus économique qui se poursuivent encore à l'OCDE et ceux à dominante plus juridique qui se sont engagés au Conseil de l'Europe, doivent permettre à terme d'éviter les incidences néfastes de la corruption sur les relations commerciales internationales mais aussi, par effet subséquent, sur l'activité commerciale, le cadre juridique et la vie politique de chaque Etat importateur et exportateur.

Il apparaît en effet que le principe du versement de commissions est devenu une composante de la politique commerciale internationale, difficilement justifiable au regard des règles de concurrence. La perversité de cette situation a conduit, en outre, les Etats exportateurs à favoriser le versement de ces commissions parce que de telles opérations ont un impact sur la balance commerciale, l'emploi et le développement des entreprises sur les marchés extérieurs. Aussi, un grand nombre d'Etats ont adopté des procédures administratives et surtout fiscales

permettant à l'entreprise exportatrice de répondre favorablement à la requête "corruptrice" du décideur étranger, voire à proposer elle-même le pacte corrupteur, pour ne pas être défavorisée par rapport aux entreprises étrangères se livrant à de telles pratiques.

Cet état de fait est bien évidemment, déontologiquement et juridiquement critiquable, à cause des distorsions qu'il introduit dans le système économique international.

Ainsi, dans le pays du bénéficiaire de la commission, les fonds reçus et souvent déposés dans les caisses d'une banque d'un pays tiers servent les intérêts personnels du corrompu mais peuvent aussi, au cas où il s'agit d'une autorité politique, permettre de s'assurer le pouvoir en faussant le jeu démocratique normal, notamment à l'occasion des élections. La corruption engendre la corruption et l'exemple de nombreux pays économiquement et politiquement peu développés en est la malheureuse démonstration.

Dans le pays résidence de l'entreprise "corruptrice", il apparaît tout d'abord que le principe de déductibilité fiscale de la commission versée à l'étranger repose sur un système déclaratif c'est-à-dire que l'entreprise atteste seule, auprès de l'administration fiscale, de la réalité du versement. Dès lors, n'est-il pas tentant, pour les dirigeants d'entreprises travaillant à l'exportation, de majorer le montant de la commission réellement sollicitée et de dégager comptablement, de la sorte, une trésorerie occulte sur un compte à l'étranger susceptible d'utilisations diverses ?

La première d'entre elles permet l'enrichissement personnel du ou des dirigeants de l'entreprise. Ces versements sont, au sens pénal, constitutifs d'un abus de bien social, dans la mesure où la somme extraite de la trésorerie de l'entreprise ne l'est pas dans l'intérêt de celle-ci, contrairement à la commission versée au décideur étranger qui a le singulier mérite, si l'on peut dire, de permettre l'obtention d'un marché.

La seconde utilisation possible de cette trésorerie occulte, (qui peut se cumuler à la première), est de contribuer à la réalisation de pactes corrupteurs au niveau interne. En effet, lors de négociations d'un marché dans le cadre national, il sera très facile, financièrement, comptablement et fiscalement, à la même entreprise, de proposer ou d'accepter le versement d'une commission occulte puisque des fonds, sortis de la trésorerie à l'occasion d'une opération commerciale antérieure, sont disponibles.

Dès lors, trois remarques s'imposent :

- Il sera tout d'abord difficile, du fait de cette "mécanique" financière, d'apporter la preuve du pacte corrupteur dans le cadre d'une éventuelle procédure judiciaire, faute de pouvoir établir un lien de cause à effet entre les flux financiers (liés au versement d'une commission dans un contexte international) et un marché passé au niveau national à une période $n + x$.

- Il y aurait en conséquence des pratiques anti-concurrentielles au niveau interne. En effet, si, comme nous l'avons évoqué, une entreprise à rayonnement international peut très aisément utiliser la technique des commissions à l'étranger pour pervertir l'obtention de marchés par le biais de la corruption, il n'en va pas de même pour les entreprises travaillant exclusivement sur un marché national. Pour celles-ci, la "gymnastique" comptable et financière en cas de sollicitation corruptrice risque d'être insurmontable et,

partant, de lui faire perdre le marché.

- Enfin, au regard de la réglementation française sur l'interdiction de financement de la vie politique par les entreprises (loi du 19/1/1995), il y a, par le biais du mécanisme des commissions versées à l'étranger, un risque grave de contournement de la loi avec un retour potentiel aux dérives antérieures.

Soulignons enfin que ces déviances possibles, telles qu'évoquées à propos de commissions dans le cadre du commerce international, peuvent difficilement faire l'objet d'une quelconque intervention judiciaire, faute pour la justice d'être informée d'éventuelles malversations, comme le prévoit l'article 40 du code de procédure pénale. En effet, l'administration se doit, au regard de ce texte, de révéler au Procureur de la République des faits susceptibles d'une qualification pénale qu'elle peut rencontrer à l'occasion des divers contrôles qu'elle opère. Dans le cadre du versement de commissions (en France ou à l'étranger) l'administration fiscale qui applique la règle de la déductibilité est tenue d'admettre le principe de déduction de la charge dès l'instant où la preuve est apportée qu'elle a été versée dans l'intérêt direct et exclusif de la société. Le paradoxe repose sur cette notion d'intérêt de l'entreprise dont la jurisprudence administrative précise les caractéristiques en s'appuyant sur une certaine logique et réalité économique, alors que le mobile du versement qui peut s'avérer être contraire aux règles du droit pénal révélera les qualifications de corruption et/ou de trafic d'influence.

L'administration fiscale qui sera parfois confrontée à la gestion de ce paradoxe aura une tendance naturelle à s'appuyer sur la cohérence de sa mission fiscale en éludant le caractère pénal du versement de la commission. Soulignons dès lors que l'action de cette administration cantonnée à la lutte contre les infractions fiscales ne peut être perçue qu'occasionnellement comme un outil de lutte contre la corruption, ce que l'on peut certainement regretter en terme d'efficacité mais admettre en terme institutionnel.

Plus encore, la réticence des Commissaires aux Comptes à dénoncer à l'autorité judiciaire les éventuelles suspicions de faits de corruption relevées au travers de versements de commissions qui, de toute évidence, apparaissent infondés, est fort préjudiciable à une politique de lutte contre la corruption. L'ambiguïté de leur position au sein de l'entreprise ne les incite pas, il est vrai, à exercer des investigations susceptibles de nuire à la réputation et à l'image de l'entreprise.

La problématique actuelle du versement des commissions dans le cadre des marchés internationaux ainsi exposée, nous indique que l'intention politique des ministres européens de la Justice de réglementer en ce domaine est un geste de première importance. La lutte contre la corruption ne doit pas rester enfermée dans la sphère de compétence territoriale de chaque Etat ; elle doit également servir de modèle aux actions à mener sur le plan international. La liberté du commerce, la libre circulation des biens et des capitaux, facteurs de prospérité économique pour les puissances industrielles exportatrices ne peuvent qu'être encouragées mais les règles du commerce international ne peuvent laisser cette dynamique commerciale engendrer des maux dont les conséquences se traduisent par des déviances sans cesse plus nombreuses avec l'accroissement des échanges.

Les travaux qui ont débuté en mars 1995 se déroulent, dans un premier temps, dans le cadre d'une analyse juridique sectorielle à savoir droit pénal, droit administratif et droit civil; ils se poursuivront, dans un second temps, par une réflexion commune des experts.

Pour affronter la problématique de la corruption et délits voisins (trafic d'influence, ingérence ou prise illégale d'intérêts, concussion, délit de favoritisme) les experts du Conseil de l'Europe peuvent recourir à deux types de techniques différentes. Soit ils incriminent certains faits par le biais d'instruments juridiques internationaux tels que les accords cadres, les conventions, les recommandations, etc..., ayant force obligatoire et garantissant l'uniformité de l'interprétation ainsi que le règlement des conflits de compétence des juridictions ; soit les pays membres concluent des traités bilatéraux ou multilatéraux de coopération internationale, en matière pénale par exemple, qui couvrent le champ d'infractions punissables réciproquement par les droits nationaux. Cette seconde technique pose le problème de la double incrimination, c'est-à-dire la nécessité de qualifier pénalement dans les mêmes termes un comportement en vue de pouvoir régler les problèmes d'entraide judiciaire, de transfert de procédure et d'extradition. L'objectif du Conseil de l'Europe est d'aboutir à la rédaction de dispositions à insérer dans un instrument international ayant force obligatoire (projet de convention, convention-cadre susceptible de garantir au mieux l'efficacité de la coopération internationale dans la lutte contre la corruption et ce, à partir des références législatives des pays membres de l'Union Européenne et de l'expérience et de la pratique des experts présents à ces travaux).

Dans cet esprit, il a été procédé à une approche comparative des droits et des techniques juridiques permettant de faire avancer la lutte contre la corruption afin de trouver le dénominateur commun acceptable par tous les Etats de l'Union.

Nous exposerons les points les plus marquants susceptibles de faire évoluer la réglementation internationale au regard des impératifs fixés par les ministres européens de la justice. Deux rubriques peuvent être distinguées, à savoir celle relative à des dispositifs répressifs (I) et celle relative à des mesures administratives ou recommandations susceptibles d'influer positivement en terme de prévention dans les échanges commerciaux internationaux (II).

1- Les points les plus marquants entrant dans un dispositif répressif de lutte contre la corruption internationale

Il convient tout d'abord, et c'est l'une des tâches assignées au Conseil de l'Europe, de donner une définition de la corruption. Cette question a déjà, par le passé, fait l'objet de nombreuses discussions sans que la communauté internationale ait pu convenir d'une définition universelle. Compte tenu de l'avancée actuelle des travaux, le Conseil de l'Europe a arrêté la définition provisoire suivante "la corruption est tout paiement de commissions occultes ou toute autre conduite de personnes chargées de responsabilités dans les secteurs public ou privé, qui violent les devoirs inhérents à leur statut de personnage officiel, d'employé privé, d'agent indépendant ou de tout autre lien semblable, dans le but d'obtenir des avantages indus de toute nature pour eux-mêmes ou pour d'autres".

L'objectif d'une rédaction assez large de cette définition est de veiller à ce qu'aucun aspect de la corruption ne puisse être exclu du champ infractionnel. Malgré tout, il apparaît qu'au regard du droit pénal il serait nécessaire d'avoir une approche plus précise des faits susceptibles d'incrimination. Les termes tels que "toute autre conduite" ou "qui violent les devoirs inhérents à leur statut" doivent dans une optique pénale, être explicités ou retirés. La répression de la

corruption d'employés avait été initialement incluse dans la définition. Toutefois, la nécessité d'obtenir un consensus entre les Etats pourrait amener à ne plus retenir cette incrimination car elle ne trouve pas place dans les législations de nombreux pays. Rappelons qu'en droit français le principe de la poursuite en cas de corruption de salariés ou d'employés a été maintenu dans notre législation pénale, même si le texte répressif se trouve désormais placé dans le code du travail (art. L 152-6).

Concernant, en outre, le problème de la responsabilité administrative des fonctionnaires ou des élus en cas de corruption, il est apparu au cours des travaux qu'un certain nombre d'éléments plaident en faveur d'une responsabilité de l'administration. Il apparaît en effet, pour bon nombre d'experts, qu'elle permettrait plus aisément et plus sûrement la réparation des dommages résultant de cette infraction et provoquerait par ailleurs une prise de conscience des fonctionnaires tout en stimulant les contrôles internes nécessaires.

En cas de défaillance pour motif de corruption d'un fonctionnaire public se pose la question, dans certaines législations européennes, du cumul des sanctions de nature administrative (disciplinaire) et judiciaire. En effet, au regard du principe énoncé par la règle "non bis in idem" selon laquelle une même personne ne peut être sanctionnée deux fois pour les mêmes faits, certaines législations considèrent que, si sanction administrative il y a, il ne peut y avoir sanction judiciaire ou inversement. Cette règle, appliquée en France dans le cadre judiciaire, ne s'oppose pas au principe d'une double sanction de nature différente, c'est-à-dire judiciaire et administrative.

Dans ce volet lié à la responsabilité des fonctionnaires pour faits de corruption, le Conseil de l'Europe a soulevé le délicat problème de l'incrimination de la corruption des fonctionnaires étrangers ainsi que celle des fonctionnaires internationaux.

Concernant tout d'abord la responsabilité des fonctionnaires étrangers, il est nécessaire de fixer le contexte du débat déjà évoqué dans notre introduction, à savoir la mise en place dans de nombreux pays exportateurs de mesures fiscales de déductibilité des commissions versées à l'étranger. Si l'impératif de réussite économique guide l'adoption par les Etats de ce type de mesures administratives, il faudrait toutefois que ces mêmes Etats prennent conscience de ce que la distorsion des échanges internationaux et de la concurrence, du fait de la corruption, ne peut que se révéler ruineuse à long terme. Dans cette optique, l'incrimination du paiement de commissions occultes au titre de la corruption (ou de délits voisins) impliquant des fonctionnaires étrangers peut sembler une solution appropriée pour décourager les sociétés et les fonctionnaires corrompus à recourir à de telles pratiques.

La difficulté technique majeure est, en ce domaine, que le champ d'application du droit pénal (en ce qu'il touche au droit fondamental des libertés publiques) est normalement limité aux frontières nationales sur la base du principe de territorialité. Ce n'est, en fait, que dans certains cas où un intérêt national est menacé par des agissements à l'étranger, que les Etats étendent dans leur législation le domaine d'application de leur droit pénal national aux infractions commises en tout ou en partie à l'étranger. Concernant la corruption, rares sont les pays qui ont opté pour l'incrimination des délits de corruption commis pour partie par des ressortissants étrangers. Il faut donc rechercher une solution au niveau international, car des mesures législatives internes ne semblent pas offrir l'efficacité nécessaire pour atteindre le but poursuivi.

Si l'on considère plus particulièrement les fonctionnaires des organisations internationales,

ils sont susceptibles, par leurs activités et leurs décisions, d'affecter gravement les intérêts économiques des Etats. Ainsi, les fonctionnaires qui ont des missions financières au travers de la BERD ou du FMI, voire encore de la Commission Européenne, et qui décident de l'attribution de sommes importantes, peuvent devenir la cible de tentatives de corruption. Or, les actes passés par un fonctionnaire international dans l'exercice de ses fonctions ne sont pas pris en compte, dans la plupart des cas, par le droit pénal, dans la mesure où le droit pénal des pays qui accueillent les institutions internationales n'a pas prévu de dispositions relatives à la corruption des fonctionnaires internationaux qui opèrent sur leur territoire. En outre, la plupart des droits pénaux nationaux n'envisagent pas la corruption de leurs ressortissants qui occupent un poste de fonctionnaire international à l'étranger. Enfin, de nombreux fonctionnaires internationaux bénéficient d'un statut diplomatique ou assimilé. Le problème posé est donc techniquement et politiquement très délicat.

Dès lors, le Conseil de l'Europe considère que, pour avancer efficacement en ce domaine, il serait d'abord utile de faire un inventaire exhaustif des lois nationales ainsi que des règlements intérieurs des principales organisations internationales. Ce préalable permettrait ensuite la rédaction d'une recommandation afin que soient élaborées des règles juridiques internes à chaque Etat, sans exclure, là encore, la possibilité d'insérer des dispositions dans une convention future.

Le Conseil de l'Europe a souhaité en outre apporter une contribution dans le débat qui s'est engagé dans un grand nombre d'Etats sur le thème de la corruption publique touchant les élus. Est ainsi posé en filigrane le problème du financement de la vie politique. La confusion qui a régné en France, durant des années, entre des versements de commissions à titre personnel ou dans l'intérêt du parti politique auquel appartenait l'élu, a débouché sur la loi du 19/1/1995 interdisant de manière absolue tout versement de fonds par les entreprises. Dans les Etats où le financement privé est autorisé, la transparence devient une nécessité, seule parade permettant de lutter contre la corruption. On doit ainsi pouvoir accéder à l'information permettant de déterminer quel parti, ou quel homme politique pris individuellement, a reçu telle ou telle somme attribuée par telle ou telle entreprise. Ce préalable étant posé, les experts réunis au Conseil de l'Europe ont constaté que la législation interne de chaque Etat membre prévoyait que soient sanctionnés les élus acceptant des commissions occultes. Les modalités d'exercice de cette responsabilité, tant au regard des règles de fond que des règles de procédure judiciaire, feront peut-être l'objet d'éventuelles modifications. Celles-ci s'opéreront nécessairement dans le cadre législatif interne à chaque Etat, car la responsabilité pénale des élus ne peut se concevoir indépendamment du principe de souveraineté.

Dans le cadre d'une lutte accrue contre la corruption, le groupe de travail en charge de la matière pénale a plus particulièrement mis l'accent sur la nécessité d'incriminer le blanchiment des produits de la corruption. Le constat posé par les experts sous l'angle du droit comparé a mis en évidence qu'un grand nombre d'Etats ont déjà adopté des mesures législatives plaçant au rang de délit autonome l'infraction de blanchiment, notamment lorsque l'infraction initiale qui nécessite une opération de blanchiment touche à l'équilibre social, voire à celui des institutions (trafic de stupéfiants ou actes de terrorisme).

En France, un projet de loi devrait être adopté très prochainement, étendant le délit de blanchiment à d'autres délits que ceux découlant du trafic de stupéfiants et de terrorisme, notamment le délit de corruption et infractions voisines. C'est un point important dans un dispositif de lutte, car l'autonomie de la répression de cette infraction permettrait de saisir

judiciairement les fonds placés en dépôt sur des comptes à l'étranger et paralyser de la sorte leur réemploi sur le territoire national.

Dans le cadre des techniques et artifices utilisés par les auteurs de faits de corruption, il a été évoqué au cours des travaux le problème des sociétés "coquilles", surtout dans les pays dits "off shore". Ces sociétés, qui servent d'écran entre la société mère qui verse la commission et le bénéficiaire, participent grandement au phénomène de corruption en ce qu'elles assurent une forme d'impunité à ses auteurs. Soulignons qu'en France, dans le cadre du nouveau code pénal, le principe de la responsabilité pénale des personnes morales a été adopté dans un certain nombre d'infractions dont celles de corruption et délits voisins. Cette responsabilité qui est peu connue dans d'autres législations européennes permet de poursuivre, en dehors des dirigeants eux-mêmes, la société personne morale qui se livrerait sur notre territoire à des agissements corrupteurs ou en serait complice.

Ayant exposé les points les plus marquants des travaux relatifs aux aspects répressifs de lutte contre la corruption, il convient à présent d'évoquer ceux relatifs à des mesures administratives ou de simples recommandations éthiques susceptibles de moraliser les échanges économiques internationaux.

2- Mesures administratives et recommandations susceptibles d'influer sur la moralisation des échanges économiques internationaux

Il a tout d'abord été mis en évidence la nécessité d'adopter, et surtout de mettre en pratique, des codes de conduite qui incitent les membres d'une entreprise ou d'une administration à respecter dans leur environnement professionnel les préceptes que la loi impose. Les codes de conduite comblent le fossé qui sépare souvent les dispositions réglementaires abstraites et le besoin de trouver une référence de comportement dans les situations difficiles auxquelles ces personnes sont confrontées. Concernant l'élément incitatif d'élaboration et de suivi de ces codes de conduite, certains experts s'appuient avant tout sur un processus législatif, d'autres, au contraire, mettent l'accent sur le volontariat (solution française). Les principes mentionnés dans ces codes de conduite sont nécessairement ceux faisant référence à la diligence, à l'efficacité, à la confidentialité, à l'indépendance, à l'impartialité et à l'honnêteté. Quant aux sanctions, elles peuvent être énoncées dans le code, il peut alors s'agir de sanctions de nature administrative (dans la fonction publique), ou de nature contractuelle (dans le secteur privé, ce code étant alors annexé au contrat de travail).

Les experts considèrent que l'élaboration d'un code de conduite, relatif aux fonctionnaires, est susceptible d'être de la plus grande importance dans la lutte contre la corruption, en particulier dans le contexte des nouvelles démocraties de l'Europe centrale et orientale. Enfin, les experts ont souligné que l'élaboration de code de conduite pour d'autres catégories de personnes telles que les élus et membres du gouvernement peut s'avérer importante pour fixer des normes éthiques minimales en Europe.

Par ailleurs, au cours de leurs travaux, les experts ont évoqué le rôle des organismes de lobbying. Ceux-ci ont, en effet, pour mission de tisser des liens entre entreprises, voire entre entreprises et décideurs publics, mais aussi, en certaines circonstances, d'exercer des pressions sur les hommes politiques. Ce rôle est toléré, il fait même partie intégrante des cultures

démocratiques, tout particulièrement anglo-saxonnes. Toutefois, l'influence de ces organismes, les pressions auxquelles ils peuvent se livrer, ainsi que le rôle qu'ils peuvent jouer comme intermédiaires financiers, imposent de définir au mieux les règles et les limites permettant de faire la distinction entre lobbying licite et trafic d'influence tel que réprimé en droit français sous les articles 432-11 et 433-1 du code pénal. Cette qualification pénale, aujourd'hui peu présente dans les législations européennes, pourrait l'être davantage à l'avenir (par le biais d'une convention), car elle permettrait de réprimer la "corruption ambiante" (traduction de l'expression italienne bien connue). Cette dernière remarque nous amène d'ailleurs à considérer que la corruption dans sa réalisation et son ampleur est, de toute évidence, différente d'un pays à l'autre, même et y compris entre pays de l'Union Européenne. C'est pourquoi il y a certainement nécessité d'identifier les phénomènes de corruption (et délits voisins tels que trafic d'influence, concussion, ingérence ou encore délit de favoritisme), en fonction d'un contexte juridique et sociologique spécifique, ce qui pose le problème de la création d'organes spécialisés ayant en charge la lutte contre la corruption.

Dans une note de synthèse, le Secrétariat du Conseil de l'Europe qui assure la permanence et l'organisation des travaux précise : "comme les délits de corruption sont souvent complexes et basés sur l'intérêt réciproque des parties concernées, la prévention, l'instruction et la poursuite sont non seulement difficiles mais peuvent toucher à des domaines très sensibles étant donné en particulier que des fonctionnaires publics de haut rang, des dignitaires et des représentants élus peuvent être impliqués". Une des difficultés découle du principe de "l'opportunité" des poursuites qui donne aux Procureurs un pouvoir discrétionnaire leur permettant de ne pas entamer de procédures judiciaires, en théorie, dans une série de cas mineurs. Des exemples récents ont cependant montré dans certains pays que l'on pouvait abuser de ce principe dans la pratique, sous la pression de hiérarchies internes ou externes, principalement pour empêcher l'inculpation de politiciens dans des cas de corruption... Ces difficultés ont amené certains pays à créer, soit des organes spéciaux au sein de structures existantes de police judiciaire, soit des organes nouveaux totalement indépendants... La création de ces organes spéciaux de lutte contre la corruption, qu'ils soient indépendants ou non, semble devenir une tendance internationale". En France les membres de la Commission BOUCHERY qui se sont investis dans la problématique de la corruption en 1992, à la demande du Premier Ministre de l'époque, ont effectivement abouti à la nécessité d'une telle structure. Le législateur de 1993 entérine la proposition BOUCHERY et crée, par la loi du 29/1/1993, le Service Central de Prévention de la Corruption, service interministériel dirigé par un haut magistrat et placé auprès du Garde des Sceaux.

Au regard de l'expérience de deux années d'activité du Service Central de Prévention de la Corruption, il est effectivement possible, dans le prolongement de la remarque du Secrétariat du Conseil, de percevoir l'intérêt d'une telle structure.

Intérêt, tout d'abord, car la mission première du service le conduit à se consacrer à l'analyse des mécanismes corrupteurs. Ainsi lui est-il beaucoup plus aisé, en liaison avec des membres de la haute administration et du monde des affaires, de mettre en lumière les causes réelles et profondes du mal et de proposer des solutions.

Intérêt, ensuite, en ce que la complexité des mécanismes de la corruption nécessite une approche pluridisciplinaire.

Intérêt, enfin, de l'analyse évolutive du phénomène de la corruption qu'un tel service peut effectuer, répondant là encore aux attentes des Ministres de la Justice de l'Union Européenne.

Voici exposés les points forts du débat juridique engagé au sein du Conseil de l'Europe sur le thème de la corruption dans les relations internationales. La réussite de ces travaux représente un enjeu très important ; souhaitons que les "outils" juridiques et techniques qui seront proposés par le Conseil de l'Europe permettront aux autorités politiques d'avancer efficacement dans la lutte contre la corruption afin de moraliser le commerce international à l'ère du marché unique européen et, plus largement, des échanges intercontinentaux.

II- LA MISE EN OEUVRE DE LA RECOMMANDATION OCDE RELATIVE A LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION DANS LES TRANSACTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES

L' Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) a adopté le 27 mai 1994 une Recommandation sur la Corruption dans les transactions commerciales internationales¹.

Cette Recommandation a été approuvée par les Ministres représentant les Etats Membres au cours d'une réunion qui s'est tenue les 7 et 8 juin suivants alors qu'au cours du même mois la Conférence des Ministres Européens de la Justice réunie à Malte suggérait la mise en place d'un groupe de travail sur le thème de la corruption au sein du Conseil de l'Europe.

Dans cette Recommandation OCDE, les Pays Membres sont invités à réexaminer leurs dispositions légales et réglementaires, pénales, civiles et administratives et à prendre des mesures efficaces pour combattre ce type de corruption par le biais de mesures nationales et d'action de coopération internationale.

Afin de s'assurer de la mise en application de ce texte et de coordonner les actions des différents Etats Membres, l'OCDE a chargé le CIME de la mise en oeuvre et du suivi de la Recommandation. Un groupe de travail a été constitué à cet effet, conformément au mandat défini dans le texte même.

Ce groupe de travail se réunit chaque trimestre. Il a pour mission :

- de procéder à un examen régulier des mesures prises par les Etats Membres et de formuler des propositions appropriées en vue de les aider dans cette mise en oeuvre;
- d'examiner les questions précises concernant la corruption dans les transactions commerciales internationales ;
- de servir de forum de consultation ;
- d'étudier la possibilité d'associer les pays non membres à ses travaux ;
- d'examiner, en étroite coopération avec le Comité des Affaires Fiscales, le traitement fiscal de la corruption.

1

□

Rapport Annuel SCPC (1993-1994) page 80.

Le texte de la Recommandation prévoit un premier examen des mesures prises au titre de sa mise en oeuvre dans chaque pays membre, un an après son adoption.

La délégation française au sein du groupe de travail est composée de représentants des Ministères de la Justice, de l'Economie et des Finances et du Service Central de Prévention de la Corruption.

Sont associés à la préparation des réunions les Ministères des Affaires Etrangères, de l'Industrie, de l'Intérieur et de la Fonction Publique.

L'action de la délégation est coordonnée par le SGCI (Secrétariat Général du Comité Interministériel pour les questions de coopération économique européenne), Service du Premier Ministre).

La première année d'activité de ce groupe de travail a été consacrée principalement:

- à faire un état des lieux au niveau des pays membres par le moyen d'un questionnaire ;
- à favoriser le développement de la réflexion sur le besoin essentiel pour nos économies interdépendantes de lutter et de prévenir le développement rapide des menaces de corruption. Dans cette perspective s'est tenu un Symposium international en mars 1995 ;
- à examiner point par point les problèmes posés par les multiples différences d'appréciation juridique existant dans les pays membres et, au-delà, au niveau des définitions du rôle et du statut des acteurs du pacte corrupteur et du champ d'application des sanctions pénales.

Quatre préoccupations principales marquent les orientations de la réflexion du groupe de travail :

- 1) La détermination des besoins d'évolution des droits pénaux nationaux sur les questions de l'incrimination, de la territorialité de l'acte, du statut des intervenants;
- 2) La mesure de l'impact des politiques de déductibilité fiscale conduites dans les Etats Membres et la recherche de méthodes de détection des sommes en cause autrement qu'au travers de l'examen des pratiques comptables ;
- 3) L'aide que pourrait apporter une évolution du droit civil en cette matière dans le but de rendre nuls des contrats obtenus par le moyen de la corruption de fonctionnaires étrangers ;
- 4) Les réponses pouvant être apportées par le droit administratif, en matière de concessions de licences, de passations de marchés et d'attribution de subventions et autres aides financières.

L'enjeu véritable de la mise en oeuvre d'une politique internationale de prévention et de

lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre des transactions commerciales internationales réside dans la juste appréciation :

- des améliorations qui peuvent être apportées par les différentes sphères juridiques (droit pénal, droit civil, droit administratif, droit fiscal) et des limites de celles-ci;
- du besoin d'imaginer des dispositifs nouveaux,-besoin dont les pays membres commencent à prendre conscience- destinés à favoriser des interventions administratives, policières et judiciaires coordonnées fondées sur une base interministérielle et pluridisciplinaire.

Ce deuxième objectif s'impose à la Communauté internationale et aux Etats pour deux raisons :

- 1) le respect des procédures et règles inhérentes aux divers types de transactions internationales est surveillé et contrôlé par de multiples organismes administratifs sur la base de missions spécifiques, d'où un cloisonnement réel des interventions publiques ;
- 2) les circuits financiers transnationaux mis à contribution par les réseaux organisés de la corruption appellent des modes d'intervention d'un type nouveau associant administrations financières et pouvoir judiciaire.

C'est l'orientation choisie par plusieurs Etats Membres qui ont constitué ces derniers mois des Comités interministériels chargés d'examiner les conditions de la mise en oeuvre de la Recommandation et qui pourraient se constituer en services anti-corruption ainsi que le suggère la Présidence du groupe de travail en faisant explicitement référence au Service Central de Prévention de la Corruption.

Durant cette première année, la réflexion du groupe de travail a porté principalement sur les questions relatives aux besoins d'harmonisation en matière de droit pénal et de droit fiscal.

Hormis la législation américaine, aucune législation pénale parmi les Etats Membres ne s'applique de manière affirmée à la corruption des agents publics étrangers.

Au-delà de ce constat négatif, il apparaît que de nombreux Etats ont, depuis un an, en relation avec l'adoption de la Recommandation, fait les premiers pas vers une adaptation de leur droit et vers une éventuelle future coopération internationale adaptée à l'objectif.

Ceci se vérifie de manière différente selon les pays ; les premières innovations allant dans ce sens concernent :

- la constitution de Comités interministériels permanents chargés de coordonner les politiques anti-corruption existantes et la mise en oeuvre de nouvelles mesures ;
- le réexamen des bases juridiques afin de permettre la poursuite sur un plan pénal dans le cas d'actes impliquant des fonctionnaires étrangers, notamment au regard de la question de la double incrimination.

Le contexte de la lutte contre la corruption au niveau international est perçu aujourd'hui de manière lucide. La prise de conscience par les Etats du caractère indispensable d'un renforcement des moyens à la fois juridiques et opérationnels les conduit, tout d'abord, à étudier les possibilités d'élargissement du champ d'application des sanctions pénales existantes, en vue de couvrir les trafics d'influence et la corruption d'agents publics étrangers, en particulier dans le secteur privé et de mieux appréhender les actes préparatoires des pactes de corruption.

En effet, il apparaît aujourd'hui clairement que le montage corrupteur dans les échanges économiques transnationaux requiert de multiples interventions, l'usage d'écrans, la constitution de réseaux organisés et permanents et l'utilisation des circuits financiers traditionnels dans le cadre des transactions commerciales internationales².

La dimension extraterritoriale et internationale de la corruption commence à être admise et devrait permettre prochainement d'appréhender les mécanismes en vigueur dans ce qu'il convient d'appeler "la grande corruption" par la prise en considération à la fois des opérateurs privés implantés à l'étranger et des fonctionnaires ressortissants d'un autre Etat ou membres d'une organisation supranationale.

Deux questions méritent une attention particulière parce que déjà en cours d'examen dans certains pays :

- 1) la notion d'assistance juridique réciproque ;
- 2) la possibilité de prendre en considération la corruption d'agents publics étrangers lorsqu'il existe un lien avec le pays concerné soit au titre d'un acte commis en partie sur le territoire national soit en raison d'un "contrat" passé sur le territoire national en vue de commettre des actes délictueux ou entraînant l'omission, par un fonctionnaire étranger, d'un acte lui incombant.

Certaines législations semblent être d'ores et déjà adaptées à l'application de pénalités à l'encontre de fonctionnaires étrangers lorsqu'un délit de corruption est imputable à un ou plusieurs fonctionnaires nationaux et qu'il existe un accord de réciprocité entre les deux pays impliqués.

Néanmoins, ces mesures sont à considérer comme de simples préalables à une véritable stratégie de lutte anti-corruption qui appelle avant tout la création de dispositifs spécifiques et la reconnaissance explicite de la corruption de fonctionnaires étrangers.

En effet, lier la corruption à un autre délit tel que l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux, ou appréhender la corruption au niveau de l'étape du blanchiment des produits de l'acte ne suffit, bien évidemment pas, pour apporter la preuve de ce délit. Celui-ci en effet découle de la réalisation d'une transaction licite encadrée par des procédures administratives et commerciales nombreuses et complexes, ce qui rend difficile l'accès aux traces d'un montage corrupteur.

En matière de droit civil, la question essentielle est de savoir si, au plan international, les pays membres acceptent de considérer comme valide un contrat dont il est démontré qu'il n'a pu être conclu que grâce à des pratiques corruptrices.

Au delà des aspects juridiques et compte tenu de la menace grandissante que fait peser la

corruption sur les relations économiques internationales, les débats internes du groupe de travail chargé du suivi et de la mise en oeuvre de la Recommandation font apparaître de manière encore implicite deux préoccupations essentielles de l'OCDE qui sont à rapprocher des orientations générales du G.M.C. (Conseil de l'Europe) :

* la première porte sur les types de relations nouveaux à mettre en place entre pouvoirs publics et certains acteurs privés de la vie économique concernés par les effets pervers de la corruption sur la vie des entreprises et l'accès aux marchés ;

* la seconde tient au besoin de penser dès maintenant aux aspects opérationnels et donc à déterminer dans chaque Etat Membre, ainsi qu'à certains niveaux supranationaux, les services et structures qui auront en charge l'action anti-corruption.

En ce qui concerne la première, l'OCDE a adopté une position d'ouverture remarquée vis à vis de la Chambre de Commerce Internationale et des organisations mondiales du Patronat et des Syndicats (TUAC et BIAC).

Elle favorise d'autre part l'expression d'une organisation non gouvernementale TRANSPARENCY INTERNATIONAL attachée à développer des stratégies anti-corruption adaptées à chaque contexte national.

Le Symposium International qui s'est déroulé les 13 et 14 mars 1995 a offert une tribune à ces organisations.

A contrario, le groupe de travail réuni dans le cadre du CIME a fermement pris position contre leur participation à ses travaux qui regroupent par conséquent des délégations exclusivement composées de représentants des pouvoirs publics des Etats Membres.

Cette attitude s'explique par le fait que l'objectif essentiel de la Recommandation est de susciter la mise en oeuvre de divers instruments juridiques, administratifs, organisationnels dont la création exige une réflexion coordonnée des pouvoirs publics en raison des interférences nombreuses du droit administratif, du droit pénal et du droit civil :

- Pouvoir disciplinaire des administrations et traitement judiciaire des cas de corruption ;
- Contrôles des écritures comptables par des services d'enquête et responsabilité des Commissaires aux Comptes ;
- Corruption de fonctionnaires nationaux par les milieux économiques et corruption de fonctionnaires étrangers par des dirigeants publics ou privés de pays exportateurs ;
- Recherche des éléments de preuve, nécessité d'une coopération internationale, administrative et judiciaire et missions spécifiques des divers services concernés ;
- Révision de certaines dispositions administratives préalables (comme par exemple la redéfinition des conditions d'octroi des licences d'exportation) et mise en place de dispositifs de prévention et de surveillance internationaux.

Enfin il importe de noter dès maintenant qu'apparaîtra à moyen terme la nécessité d'harmoniser les dispositifs anti-blanchiment existants et les dispositifs anti-corruption à venir.

Ce choix stratégique semble donc attester de la volonté des Etats Membres de prendre en charge le délicat et complexe problème de la corruption à l'échelle internationale en favorisant la coordination des pouvoirs publics concernés.

III - LA PROTECTION des INTERETS FINANCIERS de L'UNION EUROPEENNE et la LUTTE ANTI-CORRUPTION (Commission des Communautés Européennes)

La volonté de l'Union Européenne de renforcer les moyens de lutte contre la fraude a conduit la Commission à créer, durant l'année 1995, deux instruments juridiques nouveaux, dont l'un a été adopté en juillet dernier, après six mois d'un travail d'élaboration conduit sous la présidence française.

Le premier de ces instruments est une Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Celle-ci est destinée à harmoniser répression pénale des fraudes et coopération entre les autorités judiciaires des Etats Membres.

Le second instrument, mis en chantier dès juillet 1995 par la présidence espagnole, a conduit les groupes de travail compétents à bâtir un projet de protocole portant sur la prévention et la lutte contre la corruption des agents publics.

Le dernier Conseil des Ministres de l'année 1995 l'a examiné et a invité la Commission à poursuivre le travail sur ce document en adoptant un texte de politique générale relatif à la nécessité de lutter contre la corruption des agents publics et reconnaissant ainsi le rôle important de la corruption dans la réalisation de nombreuses grandes fraudes portant préjudice au budget des Communautés.

SECTION II

***LA PREVENTION DU RISQUE DE CONCUSSION,
PRISE ILLEGALE D'INTERET ET "FAVORITISME"
DANS LA GESTION DES COLLECTIVITES LOCALES***

On constate aujourd'hui que la suspicion tend à se généraliser dans l'opinion publique autour de la gestion des collectivités locales. La publicité insistante qui est faite par les médias entretient nos concitoyens dans le sentiment que tout le monde politique serait corrompu.

Seule pourtant une minorité d'élus n'exercent pas leur mandat avec l'honnêteté et le désintéressement attendu de leurs électeurs. Ceux-là doivent être sanctionnés afin que leurs fautes ne jettent pas le discrédit sur l'ensemble des responsables publics.

Si quelques-uns seulement transgressent délibérément la loi, tous en revanche sont exposés au risque de commettre de bonne foi, dans la gestion locale, des infractions qui constituent tantôt des manquements au devoir de probité (concussion, prise illégale d'intérêt), tantôt des manquements à des obligations de nature administrative (atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ou délit de "favoritisme").

Or, force est de constater que la plupart des responsables des petites et moyennes communes ne sont pas suffisamment informés des sanctions pénales qu'ils peuvent encourir dans leur gestion quotidienne et ne sont généralement pas en mesure de faire vérifier préventivement la validité des décisions qu'ils envisagent de prendre, notamment avant de réaliser certaines opérations ou de conclure certaines conventions.

C'est précisément ce rôle de conseil, d'aide à la décision que le Service Central de Prévention de la Corruption peut remplir en application des articles 1er alinéa 3 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 et 2 du décret n° 93-232 du 22 février 1993 qui habilite le service à donner son avis aux élus : présidents de conseils régionaux et généraux, maires, sur les mesures susceptibles d'être prises pour prévenir les faits de concussion, prise illégale d'intérêt et favoritisme.

Afin de créer les conditions favorables à la saisine du S.C.P.C. par les élus qui souhaiteraient éviter de se mettre en infraction et se prémunir contre le risque de poursuites pénales au titre des infractions susvisées, nous avons pris l'initiative, au cours du premier trimestre de l'année 1995, d'une campagne d'information sur le délit de prise illégale d'intérêt et sur la mission de prévention du service.

C'est ainsi que nous avons participé à deux colloques, le premier à PARIS, le 31 janvier 1995, organisé par la Maison des Collectivités Locales sur le thème de "la responsabilité pénale des élus et des fonctionnaires" et le second à TOULON, le 17 mars 1995, à l'initiative de l'Association Varoise pour l'Etude du droit applicable aux collectivités publiques"³ avec le sujet suivant : "de la loi Sapin au nouveau code pénal - Transparence et contrôle des activités publiques"

Par ailleurs, nous avons publié un article dans "la voix des communes" et une fiche pratique dans "la lettre du cadre territorial", sur les éléments constitutifs du délit de prise

3 □ Les actes de ce colloque ont été publiés dans "les petites affiches" n° 110 du 13 septembre 1995.

illégal d'intérêt appliqué aux élus.

A la date du 30 novembre 1995, le service avait été saisi de onze demandes d'avis.

Il va de soi que ces avis ne constituent pas un élément de nature à dégager la responsabilité pénale éventuelle des élus.

Ils ne peuvent être donnés que "sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions".

Pour autant, leur utilité est certaine, dans la mesure où il peut en être attendu une prévention des infractions auxquelles les élus sont particulièrement exposés : la prise illégale d'intérêt et le favoritisme dans les marchés publics et les délégations de service public.

FICHE TECHNIQUE

L'INGERENCE OU PRISE ILLEGALE D'INTERETS

L'article 432-12 du Nouveau code pénal réprime la prise d'intérêts par une personne investie d'une fonction publique dans des affaires dont elle est chargée d'assurer la surveillance ou l'administration : "Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement ou de 500 000 francs d'amende....".

LA RAISON D'ETRE DE L'ARTICLE 432-12

La finalité de l'article 432-12 est de garantir à la fois l'objectivité du fonctionnaire ou de l'élu dans l'exercice de ses prérogatives et sa probité dans la gestion des affaires publiques. En effet, il est à craindre qu'une personne investie de fonctions publiques ne puisse pas surveiller avec la même attention et avec la même indépendance d'esprit une entreprise ou une opération dans laquelle elle aurait elle-même quelque intérêt. De plus il faut éviter que cette personne n'abuse de ses fonctions pour favoriser cette entreprise au détriment de la chose publique.

LES PERSONNES VISEES PAR LA LOI

L'article 432-12 vise "toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public".

Par "personne dépositaire de l'autorité publique", il faut entendre toute personne qui est investie, par délégation de l'autorité publique, d'un pouvoir de décision. Cette définition très large recouvre notamment les représentants des collectivités territoriales. De la "personne chargée d'une mission de service public", on peut dire qu'il s'agit de toute personne qui, sans avoir reçu un pouvoir de décision de l'autorité publique, est chargée d'accomplir des actes dont la finalité est de satisfaire à l'intérêt général. Ce seront notamment les membres des diverses commissions régionales, départementales ou municipales chargées de donner des avis à l'autorité publique. La notion de "personnes investies d'un mandat électif public" recouvre notamment les membres des assemblées régionales, départementales et communales.

LA SURVEILLANCE DE L'ENTREPRISE OU DE L'OPERATION

A elle seule la qualité de personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public est insuffisante pour servir de support au délit d'ingérence. L'article 432-12 exige que cette personne prenne un intérêt "dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement". Le terme "entreprise" doit être entendu au sens de sociétés commerciales, sociétés civiles, groupements d'intérêt économique et entreprises individuelles. Le terme "opération" vise tout acte juridique isolé tel qu'une vente, une location, un contrat de fourniture, une adjudication.

Si les vocables d'administration, de liquidation ou de paiement parlent suffisamment par eux-mêmes, en revanche la notion de surveillance est plus vague.

S'agissant, par exemple, des fonctionnaires et agents territoriaux, ceux-ci seront chargés de la surveillance d'une affaire non seulement lorsqu'ils auront été, comme pour les fonctions précitées, personnellement investis par la puissance publique dont ils dépendent, de pouvoirs de décision, mais également s'ils ont été chargés d'attributions plus modestes, telles que missions de préparation, de proposition, de présentation de rapports ou d'avis en vue de la prise de décisions par d'autres personnes.

En ce qui concerne plus particulièrement les élus, il convient de distinguer entre les exécutifs et les conseillers. Les maires, les présidents des conseils généraux, les présidents des conseils régionaux sont seuls et personnellement chargés de l'administration et de la surveillance de toutes les affaires communales, départementales ou régionales, qu'ils agissent dans le cadre de leurs attributions de préparation ou d'exécution des délibérations des conseils ou dans le cadre de leurs attributions propres. Par ailleurs, ces mêmes autorités conservent la surveillance et la responsabilité des opérations pour lesquelles ils ont accordé des délégations de fonctions à leurs adjoints, vice-présidents, conseillers.

S'agissant des conseillers municipaux, généraux ou régionaux ceux-ci ne sont considérés comme ayant l'administration ou la surveillance d'une opération que dans la mesure où ils disposent d'attributions personnelles et spéciales relatives à cette affaire, lesquelles leur ont été conférées soit dans le cadre d'une délégation de pouvoirs accordée par l'exécutif soit en tant que remplaçants de ce même exécutif. Les fonctions qu'ils exercent au sein de la collectivité peuvent également être de nature, par elles-mêmes, à leur donner un rôle

d'administration ou de surveillance d'une opération. Tel sera le cas par exemple si l'élu se voit confier des pouvoirs de préparation ou de présentation d'un rapport ou d'un avis destiné à l'assemblée délibérante laquelle prendra la décision.

LA PRISE D'INTERETS

L'article 432-12 contient une prohibition de principe, à savoir l'interdiction "de prendre, recevoir, ou conserver, directement ou indirectement un intérêt quelconque...". Prendre ou recevoir un intérêt, ce sera par exemple percevoir le bénéfice d'une opération à laquelle le prévenu s'est trouvé mêlé. Ce sera également accepter la remise de parts, d'actions, ou de tous avantages matériels à l'occasion de l'acte d'ingérence. L'intérêt personnel peut, en outre, être purement moral.

Toutefois, il n'est pas nécessaire que le coupable ait retiré de l'opération prohibée, un bénéfice matériel quelconque. A cet égard, il convient de relever que si pour des raisons indépendantes de la volonté du fonctionnaire ou de l'élu, l'opération litigieuse n'a pu matériellement se réaliser, cette circonstance est inopérante, le délit étant consommé par le fait même de la prise d'intérêts et non pas seulement lors de la réalisation de ses conséquences pratiques (13 février 1969 Edon-Léotard - Cass. Crim. 16 décembre 1975 Levray). L'infraction est constituée dès lors que l'élu ou le fonctionnaire apparaît à titre personnel dans les affaires dont il a la surveillance, du seul fait que l'intéressé accomplit sciemment l'acte qui va constituer l'élément matériel du délit, alors même qu'il n'a pas cherché à bénéficier matériellement et moralement de l'opération litigieuse.

Enfin la prise d'intérêts peut se réaliser "directement", c'est-à-dire d'une façon non déguisée ou "indirectement", notamment par interposition de personnes qui souvent sont membres de la famille du prévenu. Dans cette hypothèse, le tiers intervenant qui a facilité par son interposition l'activité coupable, sera susceptible d'être poursuivi pour complicité (Cass. Crim 14 juin 1988 Bertile et d'Ethève)

APPLICATIONS PRATIQUES

L'ancien article 175 du code pénal a trouvé son champ d'application le plus étendu chez les maires, les adjoints et les conseillers municipaux. L'article 432-12 du Nouveau code pénal sera pareillement applicable à ces trois catégories d'élus.

C'est ainsi que le délit d'ingérence a été retenu contre : un maire qui avait accordé un permis de construire pour l'édification d'une maison confiée à l'entreprise dont il était le gérant (Cass. Crim 7 oct. 1976 Planchet) ; un maire qui avait acquis personnellement des locaux à usage commercial d'une société d'économie mixte immobilière dont il était le président directeur général (Cass. Crim 18 fév. 1987) ; un maire qui, président d'un syndicat de communes, avait passé des contrats pour la fourniture de matériaux avec une société dont son fils était gérant et lui-même associé, mais dans laquelle il était le véritable maître (Cass. Crim. 2 nov. 1961 Jean Joseph - De même Cass. crim 14 juin 1972 Riotte - 20 novembre 1980 Ducassou - 4 mars 1986 Hermouet - 19 janvier 1988 Riffel - 23 février 1988 Petit - 7 janvier

1992 Buisson -26 septembre 1994 Ginesy) ; un économiste de lycée ou un maire favorisant par leurs commandes des sociétés dans lesquelles leurs fils avaient la qualité d'associés (Cass.crim 11 janvier 1956 Berville - 20 mars 1990 Cazalet - 20 février 1995 M...) ; un conseiller municipal, membre de la commission de travaux, qui avait fait agréer par le conseil municipal des plans et devis pour des constructions et qui avait reçu comme architecte des honoraires sur le montant des travaux qu'il surveillait (Cass.Crim. 14 jan. 1943 Reglain) ; un adjoint au maire ou conseiller municipal agissant en qualité de rapporteur ou chargé de simples pouvoirs de préparation faisant adopter par le conseil municipal des décisions conformes à ses intérêts (Cass. Crim. Planchet précité - 2 Fév. 1988 Salphati).

LES ACTIVITES LICITES

Dans certaines conditions énumérées aux alinéas 3,4 et 5 de l'article 432-12 les maires, adjoints et conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire, des communes de 3.500 habitants au plus, peuvent acquérir un bien communal pour y édifier leur habitation personnelle ou en vue de créer ou développer leur activité professionnelle. Ces mêmes élus peuvent traiter avec la commune pour "la fourniture de service" ou encore "le transfert de biens mobiliers ou immobiliers" dans la limite d'un montant annuel de 100.000 F.

LES PENALITES APPLICABLES

Les auteurs du délit d'ingérence encourent un emprisonnement de cinq ans et une amende de 500.000 F au plus. Peuvent en outre être prononcées contre eux, à titre de peines complémentaires, l'interdiction de droits civiques, civils et de famille pour une durée maximum de cinq ans, l'interdiction d'exercer une fonction publique à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus et la confiscation des sommes ou des objets irrégulièrement reçus.

A RETENIR

Un maire, un président du conseil général ou régional qui sont personnellement chargés de la surveillance de toutes les affaires de la commune, du département, ou de la région même de celles pour lesquelles ils ont accordé des délégations aux adjoints ou vice-présidents, ne doivent jamais avoir de rapports personnels d'affaires avec la collectivité qu'ils administrent. Les seuls rapports qu'ils puissent avoir sont ceux d'usager des services publics de cette collectivité.

En tout état de cause, les autres élus même en dehors de toute mission de surveillance devront s'abstenir de participer aux délibérations des conseils municipaux ou généraux portant sur des affaires les concernant, sous peine d'illégalité desdites délibérations.

Le Service Central de Prévention de la Corruption (37, avenue Pierre 1er de Serbie 75008 PARIS) est habilité par la loi du 29 janvier 1993 à donner aux présidents des conseils régionaux ou généraux et aux maires des avis sur les mesures susceptibles d'être prises pour prévenir des faits d'ingérence. Ce service peut notamment être interrogé par un maire, avant toute décision, sur un projet qui lui paraît soulever une difficulté au regard de l'article 432-12

du code pénal et ainsi éviter de se placer en infraction.

LES TEXTES

Code pénal : articles 432-12 et 432-17

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 : article 1er alinéa 3

Décret n° 93-232 du 22 février 1993 : article 2.

III - 1 LES MARCHÉS PUBLICS

Le rapport du SCPC pour 1995 comportait une longue étude sur les "Marchés Publics". Comme ce rapport a été rendu public tardivement, il avait été jugé souhaitable, compte tenu des enjeux, de reprendre, compléter, et restructurer cette étude pour en insérer une nouvelle version dans le rapport 1996.

Pour mémoire, il nous paraît cependant utile de diffuser les conclusions de ce chapitre car, au-delà du constat, elles ouvraient des pistes de réflexions et formulaient des propositions dans les domaines de la connaissance des mécanismes de corruption, des règles applicables aux marchés publics, des mesures à prendre sur le plan économique ou sur celui des contrôles pour améliorer la transparence et assurer l'égalité des chances des candidats dans les marchés publics.

Conclusions du rapport 1995

Le secteur des marchés publics peut servir de cadre à de nombreuses fraudes⁴. Comme dans les marchés privés, toutes ces fraudes, ces détournements, ces corruptions ne sont possibles que s'il existe une volonté délibérée de tourner la réglementation qui s'accompagne, dans la plupart des cas, d'une connivence entre l'un ou l'autre des acteurs qui interviennent tout au long du déroulement du processus : décideurs, services du décideur, architectes, bureaux d'études et autres services techniques, contrôleurs, entreprises et fournisseurs. Dans cette énumération il convient d'ailleurs de ne pas oublier certains responsables d'agences bancaires car l'essentiel de l'argent (hors blanchiment) qui se transmet, en liquide, du corrupteur au corrompu provient de leurs guichets.

Pourquoi une telle fraude, pourquoi tant de connivences dans un secteur qui est pourtant encadré par une réglementation abondante ? Les réponses à cette question devraient nous permettre de faire quelques constats et de suggérer quelques pistes de réflexion.

1- Constats

A toute question sur le pourquoi de la fraude et de la corruption, on peut, d'ores et déjà, apporter quelques réponses.

Elles se basent sur un postulat : **la fraude n'est jamais gratuite**. La fraude n'est pas un jeu. Comme toute action qui présente des risques, elle n'est envisageable, possible ou souhaitable que si le risque encouru est inférieur au bénéfice attendu. La fraude doit donc être considérée comme l'un des facteurs susceptibles de motiver la prise de décision. Cela explique, en outre, que, si dans certaines circonstances elle s'avère indispensable pour assurer la survie de l'individu, de l'entreprise ou du groupe, elle sera mise en oeuvre quel que soit le risque couru.

La fraude requiert une compétence certaine, aussi bien sur le plan technique et réglementaire que sur le plan psychologique. Pour bien frauder, c'est-à-dire sans se faire prendre, il faut parfaitement connaître la réglementation afin de profiter de toutes ses insuffisances ou de toutes ses zones d'ombre. Il faut aussi connaître les moyens et les méthodes de travail des professionnels, mais aussi des contrôleurs afin de se situer dans les zones les moins contrôlées ou dans celles qui se trouvent à l'interface entre deux organismes de contrôle. Il faut également bien connaître les hommes et leurs ressorts les plus profonds. La perte des "valeurs", notamment des valeurs morales et de l'éthique, et la priorité donnée à la réussite par l'argent rendent plus faciles la corruption puisque nombre d'individus sont prêts à tout pour gagner facilement l'argent, symbole de leur succès et de leur pouvoir.

2- Pistes de réflexion :

2-1 - La connaissance des mécanismes de fraude et de corruption

La connaissance des mécanismes de corruption est indispensable si l'on veut être en mesure de les combattre. Or, cette connaissance ne peut pas venir seulement de l'administration. L'administration découvre, souvent avec retard, les moyens utilisés par les acteurs des marchés publics pour parvenir à leurs fins. Cette connaissance a posteriori n'est donc pas suffisante pour prévenir les risques de fraudes et de corruption. Il faudrait, d'une part, que les décideurs puissent dénoncer les sollicitations, les pressions et les "aides à la décision" qu'ils reçoivent de la part des entreprises pour attribuer un contrat et, d'autre part, que les entreprises puissent dénoncer, sans risques, les mécanismes utilisés par les décideurs pour leur extorquer de l'argent, ceux qu'elles ont dû employer pour tromper la vigilance des contrôleurs ou ceux qui ont été utilisés pour ne pas respecter l'égalité d'accès de tous les candidats à la commande publique.

Or, même si elles ont été discriminées dans l'attribution d'un marché, les entreprises, qui en sont les victimes, hésitent à porter plainte contre les donneurs d'ordre. En effet, elles craignent, à juste titre d'ailleurs, que leur demande de réparation justifiée formulée devant la juridiction compétente puisse les écarter à tout jamais de l'obtention d'un contrat avec le décideur concerné.

S'agissant de la corruption au sens large, que les entreprises l'encouragent ou qu'elles en soient victimes, rien ne transpire car, en fait, il n'y a pas de véritable victime puisque la connivence est obligatoire pour que les fonds tirés de l'opération puissent être versés sur le compte adéquat. Les cas révélés par les médias n'ont souvent été connus qu'à la suite de dénonciations provenant généralement d'employés de l'entreprise ou de la collectivité qui ont été licenciés pour une raison ou pour une autre.

2-2 - La simplification des règles

Les règles concernant les marchés publics sont particulièrement complexes et en perpétuelle modification. Ainsi, "six décrets majeurs sont venus, en l'espace de vingt-deux mois, refondre la réglementation nationale des marchés publics"⁵. Un nouveau Code des Marchés publics est annoncé. Il n'est pas certain qu'il sera définitif ou stable, puisqu'un certain nombre de règles européennes n'ont pas encore été adoptées par la France et que, de son côté, la Commission Européenne envisage une mise à jour des directives applicables aux marchés publics.

Le Code des Marchés Publics, peut-être parce qu'il veut contenir toute la réglementation existante, fait cohabiter des principes fondamentaux (publicité de la consultation, liberté et égalité d'accès des candidats à un marché public, par exemple) avec des "recettes" comme les procédures (utilisation de l'appel d'offres ouvert, par exemple), qui permettent de mettre ces principes en

5 [□] Le Moniteur du 24 mars 1995, page 32

application. "Pour être applicable dans de bonnes conditions, la législation devrait être plus claire, plus simple et articulée autour de ces grands principes et non multiplier à l'infini les procédures"⁶. Sans cette remise en cause, le Code souffrira toujours de deux handicaps : d'une part, la difficulté réelle d'y retrouver les "grands principes" et, d'autre part, le retard obligatoire de la réglementation sur la pratique.

Proposition 1

Ne créer aucune réglementation nouvelle, la réglementation existante étant largement suffisante, il devrait suffire de l'aménager.

Proposition 2

Réaménager le Code des Marchés Publics en faisant clairement ressortir, d'une part, ce qui correspond aux "grands principes" (transparence, égalité, impartialité,...) qui doivent toujours être respectés et, d'autre part, ce qui relève des différentes procédures connues utilisables par les maîtres d'ouvrages pour les aider lors des consultations qu'ils organisent.

Proposition 3

Simplification et harmonisation des règles qui fixent les conditions d'utilisation de certaines procédures particulières (appels d'offres restreints ou procédures négociées, par exemple) notamment par rapport aux règles fixées par les Directives européennes, les accords de Marrakech sur les marchés publics (AMP) et l'organisation mondiale du commerce (OMC).

Enfin, si le Code comporte nombre de règles utiles pour favoriser la transparence des transactions dans les marchés publics, il ne prévoit pas toujours de sanctions en cas d'inobservation de ces règles et l'on est amené à constater que cette absence de sanctions conduit à leur non application⁷.

Proposition 4

Le Code ne devrait pas comporter d'obligations qui ne soient complétées par les sanctions concernant leur non-respect.

2-3 - Les mesures économiques

⁶ Les dossiers d'information de l'Assemblée Nationale, dixième législature 1994 Groupe de travail "Politique et Argent" - audition de M. Pancrazi, Chef de la mission interministérielle d'enquêtes sur les marchés.

⁷ Ainsi, dans un avis d'attribution, l'information sur l'identité du titulaire et le montant du marché (art. 44 dernier alinéa) ou le montant total du marché effectivement payé ainsi que la justification de l'écart avec le montant initial (art. 248 et 361.1), qui constituent pourtant des informations essentielles aussi bien pour le maître d'ouvrage que pour les entreprises et les citoyens, sont rarement communiquées et aucune contrainte ne peut être exercée pour les obtenir.

Il est significatif de constater que, dans les affaires de fraudes et de corruptions portées à la connaissance du public par les médias, on retrouve souvent les mêmes grandes entreprises. Cela ne signifie pas que des problèmes similaires ne se posent pas avec de petites entreprises; cela voudrait surtout dire que, dans certaines circonstances, les décideurs se sont organisés pour traiter avec un nombre restreint de fournisseurs, toujours les mêmes. Accroître la concurrence est donc un moyen de lutter contre une trop grande complicité entre les acteurs. Encore faut-il l'accroître réellement, c'est-à-dire avec de vrais compétiteurs et non des prête-noms faisant partie du même grand groupe (quand de nombreuses entreprises ont été rachetées par de grands groupes mais ont conservé leur raison sociale, quelle sorte de concurrence peut-il exister entre des filiales ?). Cette exigence indispensable est d'ailleurs "parfaitement conforme à la loi"⁸.

Bien que cela puisse sembler difficile à réaliser sur un plan pratique, il nous paraît indispensable, si l'on veut assurer une certaine transparence et l'égalité d'accès des divers candidats aux marchés publics, mais aussi si l'on veut réellement permettre aux décideurs de choisir leur candidat en toute connaissance de cause, que les liens entre toutes les sociétés d'un même groupe soient connues et que la liste des pièces administratives dont la fourniture par les candidats à un marché public est obligatoire contienne un document qui fasse apparaître ces liens.

Proposition 5

Pour accroître la concurrence il conviendrait de veiller à ce que les liens de dépendance existant entre toutes les entreprises d'un même groupe soient formalisés et communiqués au décideur avec les pièces administratives du dossier lors de chaque appel d'offres.

Si l'on considère "le rôle déterminant des petites et moyennes entreprises (PME) dans la création d'emplois"⁹ et l'importance que "la promotion de l'investissement (doit) jouer dans la lutte contre le chômage"¹⁰, peut-être conviendrait-il aussi de favoriser, dans toute la mesure du possible, l'accès direct des PME ou des groupements de PME aux marchés publics, y compris aux contrats étrangers. Toutefois, afin d'offrir aux maîtres d'ouvrages les garanties normales¹¹ qu'ils sont en droit d'exiger lorsqu'ils mettent en oeuvre des fonds publics, on pourrait envisager l'envoi pour les PME, l'obtention auprès des banques des garanties identiques à celles qui sont accordées aux grands groupes, notamment par des mesures d'incitation à leurs regroupements.

Proposition 6

L'accès direct des PME ou de leurs groupements aux marchés publics pourrait être favorisé par la promotion des marchés à lots. Un système d'assistance leur

8 Les dossiers d'information de l'Assemblée Nationale, dixième législature 1994 Groupe de travail "Politique et Argent" - audition de Mme Pitois-Pujade, secrétaire général de la commission Centrale des Marchés.

9 Conseil européen de Cannes, 26/27 juin 1995, Conclusions de la présidence - extraits -

10 Idem note 6

11 Ce terme "normal" est important car, aujourd'hui, malgré les règles fixées par la réglementation, certaines Collectivités qui veulent éliminer une partie de la concurrence dans leurs appels d'offres exigent des garanties dépassant largement le cadre du marché et que seuls les grands groupes peuvent obtenir.

permettant de participer aux appels d'offres étrangers avec des chances de succès (traduction, informations sur les normes et les dispositions légales applicables, ...) devrait être mis en place à l'instar de ce qui se passe dans des pays voisins. De même, les groupements d'entreprises "saines" pourraient-ils se voir accorder par les organismes financiers, dans les mêmes conditions que les grands groupes, les moyens de répondre aux demandes de garanties formulées par les maîtres d'ouvrages.

Les irrégularités constatées en matière de marchés publics ne résultent pas toujours d'une volonté de frauder, mais la complexité de la réglementation conduit souvent les décideurs ou les maîtres d'ouvrages à commettre, par négligence, des irrégularités susceptibles de fausser le libre jeu de la concurrence.

Pour pallier cette difficulté, et pour éviter que les décideurs de bonne foi se trouvent en infraction chaque fois qu'ils lancent un marché, on a multiplié les "formations" à leur intention ainsi qu'à celle de leurs collaborateurs directement concernés. Par suite de la complexité, réelle, d'une législation qui concerne tous les types de marchés publics existants, on a offert une véritable rente de situation à des organismes de formation publics, para-publics ou privés.

Pour remédier efficacement à cet état de fait, on pourrait donc envisager, à l'instar de ce qui se met en place dans d'autres pays de l'Union européenne, que soient constituées, dans des services existants ou à créer, des structures susceptibles d'apporter "aux élus locaux ... une assistance pour la conclusion de leurs marchés publics,... (car) il leur est très difficile d'appréhender toute la portée de contrats juridiquement et techniquement complexes"¹².

Proposition 7

Inciter les élus, notamment ceux des petites communes à s'associer pour créer, ensemble, des services spécialisés intercommunaux de formation mais aussi d'aide pour lancer leurs appels d'offres et d'assistance pour l'étude des contrats qui leurs sont proposés.

2-4- L'amélioration des contrôles

L'organisation actuelle des contrôles concernant les marchés publics est complexe¹³. Elle est, en outre, éclatée entre divers services, diverses administrations qui contrôlent et enquêtent dans leur propre secteur de compétences. Chacun ne traite qu'un aspect de ces pactes corrupteurs aux montages complexes, chacun s'attache à découvrir un type de fraude spécifique, personne n'a une vision globale du phénomène. La découverte de la corruption est donc particulièrement difficile puisqu'aucun des "contrôleurs" n'a, seul, la responsabilité, les compétences et les moyens de la découvrir.

¹² □ Les dossiers d'information de l'Assemblée Nationale, dixième législature 1994 Groupe de travail "Politique et Argent" - audition de Mme Pitois-Pujade, secrétaire général de la commission Centrale des Marchés, intervention du Président.

¹³ □ Cf. : rapport du SCPC concernant "Les contrôles dans les Marchés Publics".

Proposition 8

Une meilleure coordination des différents services chargés des contrôles devrait être organisée. Il devrait être notamment envisagé de procéder à des contrôles simultanés, à la fois des entreprises et des maîtres d'ouvrages, sous la direction d'un coordonnateur pouvant faire appel à l'ensemble des services de l'Etat sans que puissent se poser des problèmes de conflits de compétences. Cette mesure permettrait, au moins, à ces "coordonnateurs" de disposer de l'ensemble des informations existantes et, par conséquent, de mieux appréhender le phénomène corrupteur.

Proposition 9

Il semblerait souhaitable, par ailleurs, que les membres des commissions spécialisées des marchés s'abstiennent d'examiner les projets de conventions établis par les ministères dont ils relèvent et de participer aux séances durant lesquelles ces projets sont étudiés, ainsi que cela se pratique dans d'autres commissions.

S'agissant des collectivités locales et afin d'assurer dans de bonnes conditions l'exercice du contrôle de légalité, il conviendrait que la volonté politique exprimée dans les circulaires des 29 juillet 1993 et 7 décembre 1994 se manifeste réellement sur le plan pratique. S'il apparaissait que, malgré les mesures préconisées par le gouvernement, cette carence persistait, il conviendrait alors d'envisager de confier le contrôle de légalité non plus au préfet mais à une autre entité étatique. Le représentant de l'Etat ne serait plus ainsi contraint de concilier l'inconciliable dans ses relations avec les élus.

Proposition 10

Si nécessaire, création d'une entité étatique placée auprès du Premier Ministre chargée du contrôle de légalité avec une représentation à l'échelon départemental. Ces services pourraient faire appel aux différents organismes de contrôle existants au plan départemental tant lors de l'exercice de leur mission de contrôle de légalité que de conseil et d'assistance aux élus.

Par ailleurs, au contraire de ce qui existe dans les départements ministériels, les collectivités locales ne disposent d'aucun corps d'inspection de leurs agents.

Proposition 11

Il conviendrait, en conséquence, d'envisager la mise en place d'un corps d'inspection générale de la fonction publique territoriale.

III - 2 LE SECTEUR DE LA SANTE : LES ANTICHAMBRES DE LA CORRUPTION

Introduction

« EN PRÉSENCE DES MAÎTRES DE CETTE ÉCOLE, DE MES CHERS CONDISCIPLES ET DEVANT L'EFFIGIE D'HIPPOCRATE, JE PROMETS D'ÊTRE FIDÈLE AUX LOIS DE L'HONNEUR ET DE LA PROBITÉ DANS L'EXERCICE DE LA MÉDECINE..JE DONNERAI MES SOINS GRATUITS À L'INDIGENT ET N'EXIGERAI JAMAIS UN SALAIRE AU DESSUS DE MON TRAVAIL.

ADMIS À L'INTÉRIEUR DES MAISONS, MES YEUX NE VERRONT PAS CE QUI S'Y PASSE, MA LANGUE TAIRA LES SECRETS QUI ME SERONT CONFIÉS, ET MON ÉTAT NE SERVIRA PAS À CORROMPRE LES MOEURS NI À FAVORISER LE CRIME

RESPECTUEUX ET RECONNAISSANT ENVERS MES MAÎTRES, JE RENDRAI À LEURS ENFANTS L'INSTRUCTION QUE J'AI REÇUE DE LEURS PÈRES. QUE LES HOMMES M'ACCORDENT LEUR ESTIME SI JE SUIS FIDÈLE À MES PROMESSES. QUE JE SOIS COUVERT D'OPPROBRE ET DE MÉPRISE DE MES CONFRÈRES SI J'Y MANQUE. »

(serment de Montpellier, version accompagnant la soutenance de thèse inaugurale dont le texte a été proposé par le doyen de la faculté LALLEMANT, au début de XIXème siècle).

LA MÉDECINE NE DOIT PAS ÊTRE PRATIQUÉE COMME UN COMMERCE.
(article 19 du code de déontologie médicale ; décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995).

Le rapport annuel de 1993-1994 du Service Central de Prévention de la Corruption notait que dans le cadre de « son rôle d'expert de détection et analyse des phénomènes de corruption et des flux financiers qui les accompagnent », l'initiative avait été prise « d'entamer des recherches à la fois théoriques et empiriques dans certains secteurs censés être plus exposés que d'autres aux risques de corruption, de trafic d'influence et d'ingérence ».

Parmi ces secteurs figurait celui de la santé. Cette désignation ne résultait pas d'un vague présupposé mais de la constatation de la présence de plusieurs facteurs dont chacun d'eux, pris isolément, pouvait constituer une source de comportements corrupteurs particuliers :

- demande soutenue de la consommation de soins ;
- compétition sévère du fait d'une offre abondante de produits et de services médicaux ;

- présence de firmes et de corporations puissantes actionnant de nombreux lobbies ;
- encadrement administratif conférant aux pouvoirs politiques nationaux et locaux un rôle déterminant.

Soulignons dès à présent à quel point la santé constitue l'une des préoccupations principales de l'individu et notamment des Français qui la placent au premier rang de leurs soucis concomitamment avec la crainte de la perte de l'emploi. Ainsi, lorsque l'individu craint pour sa vie, ou pour celle d'un proche, ou bien, lorsqu'il perçoit simplement l'altération de son état général ou la perte de certaines de ses capacités physiques ou mentales, il peut être conduit à des comportements déviants, si c'est le prix à payer pour la satisfaction d'un besoin qu'il place au dessus de tout. « La santé n'a pas de prix », adage populaire profondément enraciné dans notre conscience collective, se traduit aujourd'hui, en clair, dans la consommation des ménages, qui lui consacrent plus de 12,2 % de leurs dépenses (chiffre 1992). Aspiration instinctive, nous verrons que cette préoccupation légitime est savamment nourrie par des groupes de pression qui y puisent leurs dividendes. La population est assaillie d'informations parfois superficielles en matière de santé et d'évolution des recherches médicales qui suscitent des espoirs souvent infondés et qui, à coup sûr, encouragent la prescription médicale.

Le poids économique de l'activité industrielle, commerciale et administrative du secteur de la santé génère des intérêts colossaux défendus âprement par les parties concernées mais aussi, les appétits irrésistibles de ceux qui en sont écartés.

Dans tous les pays industrialisés, aborder depuis quelques années le sujet de la santé conduit invariablement à noter le coût et la part toujours croissante du produit intérieur brut qui lui est consacrée.

La France ne fait pas exception et certains n'hésitent pas à affirmer que les résultats qualitatifs de notre « système » ne seraient pas à la hauteur de nos dépenses, parmi les plus généreuses du monde.

Le principe d'une maîtrise de ces dépenses se pose à l'évidence, à tous les décideurs. Plusieurs rapports ont été rendus dont l'objectif était de proposer des réformes, plus ou moins profondes, pour lutter contre les dysfonctionnements majeurs du système de santé en France. **La présente étude** ne poursuit pas ce but, bien qu'elle puise largement dans les mêmes données. Les gaspillages ne sont pas davantage notre cible, excepté lorsque nous soupçonnons que certains d'entre eux ne seraient pas possibles sans le relais de pratiques corruptrices.

En revanche, il serait pour le moins paradoxal, que ceux qui débattent de l'utilisation des deniers publics ne se montrent pas attentifs aux possibilités de détournements de ces fonds à des fins essentiellement, voire strictement, personnelles. Sauf à être en mesure d'affirmer que ces larcins n'existeraient pas, ou seulement pour une part négligeable des sommes en jeu, il s'impose de tenter de prévenir la corruption et les délits assimilés dans ce secteur où chaque franc est précieux. **A ce titre le SCPC doit s'efforcer d'apporter sa contribution. Autrement dit le SCPC se place, non sur le terrain de la dilapidation, qui n'entre pas dans ses compétences et qui peut être polémique, mais sur celui de la spoliation.**

De surcroît, cette nécessité est confortée par la révélation depuis quelques années, par certains services administratifs, par les professionnels de la santé eux-mêmes, par les organismes sociaux et parfois par les malades de fraudes diverses. Ces découvertes ont entaché, sans conteste, la réputation de probité dont jouissait assez généralement notre système de soins.

Après avoir rappelé quelques caractéristiques essentielles du secteur de la santé notamment en ce qu'elle nous paraissent pouvoir apporter un éclairage sur certaines causes de

pratiques déviantes (section 1), notre projet est de montrer, qu'en dépit d'une pratique déontologique ancestrale du corps médical, qui permet une résistance effective aux transactions douteuses, le secteur n'échappe à aucune forme connue des pratiques commerciales ou industrielles, y compris celles que la loi sanctionne (section2).

Nous nous appuyons, pour la description de ces pratiques, sur les informations portées à la connaissance du service depuis sa création. Ces informations sont notamment relatives :

- aux autorisations de mise sur le marché des médicaments ;
- aux « tours de lait » ;
- à la promotion de médicaments par l'intermédiaire d'associations ;
- à l'achat de matériel lourds par la procédure des marchés publics ;
- à l'intéressement des praticiens à la pose de prothèses de hanches.

Certains faits, dont la matérialité était prouvée, ont d'ailleurs permis une saisine du Procureur de la République compétent.

C'est à dessein que dans ce rapport nous avons **choisi de nous affranchir des définitions juridiques strictes de la corruption et des délits assimilés** pour une approche plus large des pratiques irrégulières, des fraudes et tricheries de toutes sortes qui « pourrissent » les rapports humains et dénaturent les institutions. En effet, l'examen de certaines pratiques de corruption dans d'autres secteurs, montre qu'elles se plaisent en bonne compagnie : escroqueries, malversations, fausses factures, abus de confiance et abus de biens sociaux, pratiques anticoncurrentielles, favoritisme... En d'autres termes ces pratiques sont souvent des indices de corruption dont les preuves n'ont pas été recherchées ou n'ont pu être apportées. Au concept étroit et par suite réducteur nous avons préféré une définition large tant nous sommes persuadés, comme nous y autorisent les enseignements de nos premiers travaux, que la corruption, selon les besoins et l'opportunité, salit ou repeint. Il faut donc « gratter » pour la découvrir et souvent remettre en question l'apparence des faits y compris lorsqu'il s'agit d'infractions. Ces infractions peuvent être la partie émergée de l'iceberg et il peut être plus confortables, par exemple, d'être poursuivi pour une entente illicite que d'être convaincu d'avoir passé un pacte corrupteur avec certains élus.

Enfin nous proposerons quelques « pistes » de réflexion et de recherche pour tenter de modifier ou de compléter le dispositif actuel de lutte contre les fraudes dans le secteur de la santé (section 3).

Nos observations et nos réflexions ambitionnent d'inviter les décideurs, d'une part à ouvrir des portes nouvelles pour obtenir des perspectives différentes et, d'autre part, à jeter les bases de groupes de travail sur les sujets abordés. Ces chantiers ne devraient pas manquer d'être productifs, sans nécessairement ajouter des règles nouvelles.

1^{ère} partie :

Identification de plusieurs facteurs de risques

1) Un enjeu majeur.

a) Pour chaque individu, un avantage suprême.

La santé, - sa préservation ou son rétablissement, sa qualité -, est une aspiration qui, pour la plupart des individus, prime, parfois inconsciemment, sur tout autre objet de convoitise, argent, pouvoir, notoriété, car elle en conditionne la jouissance.

La santé constitue indéniablement un « bien » qu'il est primordial de détenir (ou acquérir puis conserver). Peu de gens la sacrifient délibérément. La perte de grands idéaux et la quête de toujours plus de confort, concourent à replier chacun d'entre nous sur lui-même et prédisposent à l'écoute de soi.

L'inaccessibilité à cet « avantage » de santé (ou dans des conditions insuffisantes : trop lentement, trop douloureusement ou dans l'angoisse), peut impulser ou accompagner occasionnellement certaines dérives dont nous verrons quelques exemples ci-après. Le demandeur de soins tente alors d'agir auprès des offreurs de manière à les inciter à répondre à sa sollicitation.

b) Pour la société

La société puise dans ses forces vives les ferments de sa créativité et de sa productivité. En protégeant chaque individu des aléas de la maladie, une société se préserve elle-même. Au-delà des aspects moraux, il faut trouver ici les véritables fondements des politiques sociales et de santé publique, et notamment :

- protection maternelle et infantile ;
- lutte contre les grandes causes de mortalité ;
- lutte contre l'exclusion, la pauvreté et la précarité.

c) Pour l'économie

■ Un marché porteur

Les demandeurs de soins sont pour la France, potentiellement, chacun de 58 millions d'habitants. Cette demande peut demeurer latente pour certains individus durant de longues années. La population jeune est heureusement plus généralement préservée. Cependant, même en pleine forme physique et mentale, l'individu socialisé a appris à « ne pas mettre sa santé en jeu » et à se prémunir de certains risques en se soumettant, par exemple, aux séances de vaccinations et aux tests de dépistages.

Chaque tranche d'âge apporte sa cohorte de maladies et de handicap liés au vieillissement et aux conditions de vie et de travail : maladies cardio-vasculaires, maladies du système ostéo-articulaires et de l'appareil circulatoire etc...

C'est donc un marché qui a pu paraître **inépuisable** dès lors que, pris en charge, au moins partiellement, par la collectivité (l'assurance maladie), le prix des produits et des services ne constituait plus un frein à la demande. Un temps, tous ceux qui voulaient réaliser des investissements rentables à court terme, s'y sont engouffrés **avidement**. Les limites à leurs

appétits prévues par les dispositions législatives et réglementaires ne constituent pas des obstacles infranchissables pour certains acteurs peu scrupuleux. Quelques contreparties matérielles ou immatérielles promptement et astucieusement distribuées peuvent permettre de lever ces obstacles et/ ou d'accélérer les procédures.

- Un gisement d'emplois

Selon les estimations les plus récentes 2,5 millions de personnes auraient une activité économique liée à la santé (les services marchands et non marchands de la santé, l'industrie pharmaceutique, la fabrication d'instruments et de matériel de précision) et au social (les services marchands et non marchands de l'action sociale, prévoyance et sécurité sociale).

Encore cette estimation ne tient-elle pas compte des activités périphériques, ou en aval, qui sont dépendantes des activités sanitaires : presse et éditeurs spécialisés, conditionnement et transports, vêtements professionnels etc.....

On peut donc trouver dans cette importante population des acteurs de la "petite" corruption que certains auteurs désignent aussi par corruption blanche ou grise.

2) Les offreurs de produits et de soins médicaux en compétition sévère.

Si la rareté, la pénurie ou l'inaccessibilité de l'avantage convoité peut impulser des comportements corrupteurs chez le demandeur de produits et de soins médicaux, l'offreur, qui n'est en fait qu'un "demandeur de marché et de chiffre d'affaires" peut être incité à la corruption par l'abondance, voire le surcroît, des compétiteurs.

Le professeur Dennis Gabor, physicien anglais, avait pu écrire en 1963 dans "Technology, life and leisure" : "Les courbes exponentielles ne croissent à l'infini qu'en mathématique. Dans le monde physique, ou bien elles s'infléchissent vers la saturation, ou bien elles s'effondrent en catastrophes." Dans ce sens, on peut émettre l'hypothèse que dans le secteur de la santé, la croissance de l'offre et de la démographie médicale produit **des situations d'engorgement**, soit que la compétition devienne trop débridée soit que le marché paraisse particulièrement bénéfique, propices à l'exacerbation des comportements corrupteurs.

a) Les offreurs de produits.

Les experts économiques présentent globalement l'offre de produits médicaux comme abondante.

Nous nous en tiendrons à quelques exemples pour illustrer ce constat.

L'industrie pharmaceutique.

Si l'histoire du médicament permet de situer l'isolement des premiers principes actifs au début du XIXe siècle, ce n'est que lorsque la fabrication des remèdes quitte l'officine des pharmaciens pour des laboratoires spécialisés que prend naissance l'industrialisation, vers 1880, qui dote alors le marché de plusieurs centaines de spécialités.

Le marché pharmaceutique mondial dépassait 1100 milliards de francs (227 milliards de dollars) en 1993. Les dix-sept premiers groupes représentaient 55,3 % de ce marché.

En France, on dénombre plus de 350 entreprises qui proposent quelques 4200

médicaments. La croissance annuelle moyenne avoisine les 10% et les cinq premières entreprises françaises réalisent 18% du chiffre d'affaires total du secteur et les vingt premières, près de 50 %. En considérant les entreprises qui appartiennent au même groupe, les cinq premiers réalisent alors près de 30% du chiffre d'affaires du secteur, ce qui reste relativement peu concentré.

Le plus grand groupe français, avec un chiffre d'affaires de 21 millions de francs se situe à la dix-huitième place mondiale pour une part de marché de 2%.

Malgré une restructuration importante (dominante petites et moyennes entreprises de type familial dont la succession reste problématique en dépit de mesures récentes sur les droits), l'industrie française subit la compétition internationale dans des conditions objectives de fragilité. Cette situation peut entraîner les décideurs nationaux et locaux à des options de politique industrielle méconnaissant, légitimement ou non du point de vue de la survie des entreprises, les règles strictes d'une concurrence saine et loyale.

Il n'est pas indifférent de connaître la localisation des entreprises en France qui restent implantées majoritairement dans le croissant Haute-Normandie, Région Parisienne et Centre (regroupant plus de 40 000 emplois), viennent ensuite les régions Rhône-Alpes et Provence (10 000 emplois) et Aquitaine-Midi-Pyrénées (5500 emplois).

L'offre de produits pharmaceutiques emprunte des circuits commerciaux spécifiques : 80% des ventes est réalisée par l'intermédiaire de grossistes-répartiteurs qui revendent ensuite aux pharmaciens. Les principaux grossistes sont OCP-GEHE, Alliance-Santé, CERP et Schulze Pharma.

Les producteurs de prothèses orthopédiques.

Ce poste comprend, outre les produits d'optique, les stimulateurs et les valves cardiaques, les prothèses de hanches et de genoux.

D'après les comptes nationaux de la santé, la consommation de prothèses en France a été de 18 293 millions de francs en 1994. Or, remarque le commentaire, ".en 1993, la CnamTS avait procédé à des contrôles stricts des remboursements concernant les prothèses internes. Ces contrôles ont conduit à une année atypique, car très faible en évolution, aussi bien en volume qu'en valeur. En 1994, la croissance reprend à un rythme plus conforme à celui des années précédentes.

En 1994, l'inscription au Tips de la prothèse de genou en juillet et des ligaments en novembre ont eu cependant un rôle modérateur."

Après des débuts assez lents, de 1950 à 1970, cette activité a connu dans la dernière décennie un développement considérable et le chiffre d'affaires de certaines entreprises a enregistré une augmentation de 20 % par an. Ceci mérite d'être signalé dans une période d'essoufflement économique.

Les producteurs se sont bousculés, un temps, sur ce marché en France. Peut-on imaginer, sérieusement, qu'il existait une forte demande de la part des malades qui s'empressaient chez les chirurgiens-orthopédistes pour obtenir cette intervention qui allait les soulager ? Si l'on peut admettre une part de responsabilité du patient dans la demande de consommation de médicaments, ce n'est déjà plus spontanément que les individus se soumettent à certains examens d'investigation désagréables ou qu'ils connaissent comme présentant des risques (mammographies, coloscopies). Il y a fort à parier que les interventions chirurgicales, sous

anesthésie, douloureuses et laissant des séquelles esthétiques ne sont subies que parce que les praticiens ont démontré aux malades que seules elles étaient de nature à leur apporter une amélioration.

On peut donc se poser la question du recours privilégié en France (et en Allemagne) à cette pose de prothèses internes bien plus fréquente que dans d'autres pays de la communauté (causes congénitales, facteurs climatiques, meilleure maîtrise des spécialistes). Sans doute. L'attrait des marges confortables que permettaient les produits n'est évidemment pas étranger à la vogue de ces interventions.

L'imagerie médicale.

L'imagerie médicale a également suscité beaucoup d'appétits en raison des marges confortables qu'elle procurait. De grands groupes s'affrontent, parmi lesquels General Electric, Fonar, Siemens, Philips, Kodak pour un marché mondial de 35 milliards sur lequel la part des Etats-unis atteint 50 %.

Actuellement de nouveaux domaines font l'objet de compétitions sévères, on citera la concurrence sur les marchés des traitements de la sclérose en plaques, des tests génétiques etc.

Est-on fondé à penser, dans des conditions d'abondance de l'offre, que le particulier (ou le professionnel) ne peut qu'être bénéficiaire de cette gamme étendue, à laquelle il peut recourir? En principe une saine concurrence ne peut que s'exercer, mettant les producteurs en compétition sur la qualité et sur le prix.

En fait, certains observateurs objectent que la concurrence exacerbée pourrait susciter de la part des compétiteurs des comportements déloyaux dont celui du recours à la corruption.

Cette hypothèse n'est pas à écarter, en particulier dans une période de récession et de réductions des dépenses, où s'opèrent des rééquilibrages brusques auxquels certains opérateurs économiques n'ont pas pu, ou pas su, se préparer. Les offreurs, en utilisant la corruption, entreraient alors dans une stratégie "conservatoire", qu'Yves MENY décrit comme une tentative de **"substituer la sécurité à l'aléa"**.

L'avantage procuré par la largeur de la gamme des produits ne doit pas être davantage surévalué. Il est tentant de penser que les spécialités ont en fait un pré-carré où chacune peut tirer de fortes ressources sans danger d'y être inquiétée ; en réalité, en matière de médicaments par exemple, sur les 8500 présentations, seules 3000 ont vraiment des principes actifs distincts. Ainsi, un laboratoire spécialisé dans les produits à base de paracétamol, un antalgique, peut décliner la présentation galénique du produit en cachets, gélules ou sachets et varier les quantités à l'envi. Cela sera-t-il suffisant pour que les prescripteurs songent à lui quand il existe des produits identiques provenant de laboratoires de grande notoriété.

Des méthodes peu orthodoxes peuvent alors germer dans les stratégies des entreprises pour promouvoir leurs produits auprès des acheteurs privés et publics pour les médicaments "éthiques" ou auprès du grand public lorsqu'il s'agit de produits destinés à l'automédication (si les industries pharmaceutiques utilisent depuis longtemps pour les produits OTC-over the counter- des méthodes de promotion identiques à celles utilisées pour un quelconque bien de consommation courante, certaines viennent de franchir un nouveau pas en confiant la responsabilité de cette promotion à un spécialiste de la grande distribution).

On ne peut exclure également des rétentions d'information, des manoeuvres pour faire perdurer encore un peu ce qui était rentable jusqu'à la découverte de substances nouvelles qui

rendent obsolètes les produits utilisés jusqu'alors.

b) Les offreurs de soins médicaux.

Dans le domaine des soins, on est en présence de la même abondance. L'importance du nombre de médecins est considérée comme une source de l'augmentation des dépenses de santé. Rappelons qu'il y aurait en France près de 112 000 médecins dont plus de la moitié exerçant une spécialité. Les gynécologues seraient plus de 6000.

Vu que les médecins se partagent la clientèle des malades et considérant qu'ils ne peuvent faire de la publicité personnalisée pour attirer les malades qui s'ignorerait, c'est donc par l'augmentation de leurs prescriptions, en volume ou en valeur, qu'ils seraient fautifs.

La question posée au SCPC est d'un autre ordre. Du point de vue de la prévention de la corruption, il faut se demander si l'abondance (la surabondance) de médecins peut induire des comportements déviants.

Par exemple, pour conserver leur clientèle, certains praticiens sont-ils poussés à satisfaire certaines demandes de leurs patients, dans l'illégalité et au mépris des règles élémentaires de déontologie. Plus que l'étendue des prescriptions nous visons les certificats de complaisance :

- certificats d'arrêt de travail pour des personnes accidentés ou agressés dont la durée conditionne l'ouverture de certains droits ;
- congés de maladie au moment de certaines étapes scolaires comme les contrôles et les examens finals universitaires, qui peuvent donner accès à des sessions de rattrapage, etc...

De même la relative stagnation des honoraires des généralistes conventionnés, n'incite-t-elle pas certains, soit à recevoir plus de malades qu'ils ne peuvent en examiner sérieusement, soit à compenser l'insuffisance de revenus, en acceptant les avantages en nature offerts par les visiteurs médicaux de l'industrie pharmaceutique ?

La liste des services qui peuvent être rendus par les offreurs de soins est longue :

- consultations externes ;
- visites à domicile ;
- transports sanitaires ;
- examens d'investigation ;
- analyses diverses ;
- opérations chirurgicales ;
- radio et chimiothérapies ;
- infiltrations et transfusions ;
- dialyses.

S'ajoutent à cette énumération non exhaustive les cures thermales, les cures de sommeil et celles de convalescence.

Cette diversité ne doit pas abuser car ces soins sont rarement substituables. En fait certains d'entre eux sont souvent cumulatifs. Quand les thérapies sont substituables d'autres dérives peuvent émerger de la part des offreurs de soins, tentant de préserver leur spécialité, sans pour autant nuire aux spécialités concurrentes. Ainsi certaines ententes (du compéage aux protocoles de soin) permettent "d'associer" les bénéfices de plusieurs thérapies, prétendant pour la plus grande sécurité des patients.

La tentative de la part des offreurs privés de substituer par des comportements corruptifs la sécurité à l'aléa est ici d' autant plus présente qu' une partie du territoire leur est soustraite, du fait de l'emprise publique (établissements publics, carte sanitaire de la répartition des hébergements et de l'implantation d'équipements lourds) mais également en raison de l'intervention de l'Etat dans de multiples étapes de l'exercice médical (régime des autorisations).

3) Des organisations professionnelles influentes.

a) L'organisation des entreprises.

Le poids économique de l'ensemble des entreprises ayant une activité liée directement ou indirectement aux problèmes de la santé a été rappelé ci-dessus.

La branche pharmaceutique occupe le troisième rang des activités industrielles et constitue, de fait, un des groupes de pression les plus puissants.

Cette puissance est savamment entretenue et exploitée de manière structurée, au niveau de certaines entreprises leader, mais aussi par le vecteur de l'organisation professionnelle (le SNIP, Syndicat national de l' industrie pharmaceutique), très représentative de l'ensemble des entreprises et partenaire des accords-cadres conclus avec l'Etat, en vue d' une maîtrise des dépenses de santé.

Si l'intervention autoritaire de l'Etat et la mise en place de verrous dans la vie économique fournit périodiquement des exemples de corruption, il n' est pas certain que la politique "consensuelle"- quels que soient les noms sous lesquels elle est désignée, d'accord-cadre à convention en passant par protocole- moins généralement décriée, ne favorise pas une corruption plus insidieuse et par suite, encore plus difficile à combattre.

Ces politiques sont discutées de façon diffuse entre les représentants des professionnels et des fonctionnaires avec lesquels peuvent se nouer des liens ambigus pouvant donner naissance notamment au pantouflage.

De grands groupes, parfois multinationaux, ont investi massivement dans les établissements de soins privés, qu'il s'agisse d'hôpitaux ou de cliniques.

Certains d'entre eux peuvent réaliser des chiffres d'affaires de plus de 300 millions de francs et employer plus de 500 salariés. Dans certaines villes de France, les cliniques en trop grand nombre se livrent une véritable guerre de tranchées où toutes les manœuvres peuvent paraître bonnes pour éviter les dépôts de bilan. Une telle situation, préoccupante, est particulièrement propice à la corruption et au trafic d'influence.

L'ouverture d'un établissement peut alors donner lieu à une campagne de publicité comme les entreprises pourraient le faire pour le lancement d'une nouvelle marque de parfum et bénéficier de la présence d'un élu. La recherche de la plus grande rentabilité sinon immédiate du moins à court terme à laquelle sont astreints, par les dirigeants de ces groupes, les directeurs de ces établissements privés, peut les inciter à des dérives.

Par ailleurs ces grands groupes exercent une influence certaine auprès des élus nationaux et locaux par leur puissance financière et l'appui qu'ils peuvent leur apporter lors des campagnes électorales, la capacité à la création d'emplois et les liens qu'ils tissent avec les autres secteurs d'activité.

b) L'organisation des professions.

Les professions médicales compteraient aujourd'hui en France plus de 700 000 personnes dont les deux tiers pour le personnel hospitalier et un tiers pour les praticiens libéraux. On trouvera en annexe B la répartition de ces effectifs entre les différentes catégories de professions. En outre les personnels non médicaux (personnel administratif des établissements de soins, des administrations et des organismes sociaux, dont l'activité est de fait largement dépendante de l'activité des professions médicales) portent à deux millions d'individus les effectifs concernés par la santé en France.

Il est clair que les décideurs en matière de santé ne peuvent objectivement exposer délibérément la classe politique à s'aliéner le soutien électoral de deux millions de voix, sans avoir pesé le caractère impératif d'une mesure. Cela est d'autant plus complexe que la population en général se sent menacée dans la qualité des soins à laquelle elle aspire, chaque fois que l'on modifie un aspect, même mineur du paysage médical.

Il faut ajouter que la représentation nationale des professions de santé est importante à l'Assemblée Nationale, représentation qui se trouve renforcée par les intérêts convergents des élus, maires ou conseillers généraux, qui président les conseils d'administration des établissements hospitaliers.

4) Imbrication du secteur public et du secteur privé.

L'imbrication du secteur public et du secteur privé dans l'organisation sanitaire française a ses partisans et ses détracteurs.

Théoriquement, et cela se vérifie très généralement dans les faits, cette mixité offre un large éventail de choix possibles aux patients, introduit une véritable souplesse dans le fonctionnement des établissements, pallie les retards voire les carences du dispositif public sur l'accroissement et l'évolution de la demande de soins etc....

En revanche, la complexité du système augmente manifestement le coût de la gestion administrative -certains diraient la bureaucratie- induite ne serait-ce que par l'inflation documentaire, elle-même comportant des risques de fraudes¹⁴.

Cette complexité n'est nullement garante de retombées qualitatives sur les soins, sur l'humanisation, sur la coordination des services ou sur le suivi médical.

En outre, cette multiplicité de situations rend hasardeuse l'évaluation et les comparaisons, selon que l'on incorpore ou non dans les données chiffrées tel ou tel paramètre. Les observateurs économiques ne parlent pas toujours de la même chose.

Enfin, et c'est cet aspect qui concerne les missions du SCPC, l'opacité de cette organisation facilite les irrégularités.

14

□ Cf. page 92 du rapport annuel 93/94 du SCPC, section III, Commerce international et corruption, les aspects documentaire du mécanisme corruptif pouvant être transposés dans toute activité économique.

a) Dans les établissements hébergeant les malades.

A l'hôpital, par exemple, si une activité libérale peut être exercée par les médecins dans certaines limites et certaines conditions précises (décret du 25 novembre 1987 en annexe C), elle donne lieu fréquemment à des comportements répréhensibles principalement dictés par une "politique de revenus" des praticiens. Cette activité s'exerce, notamment au détriment du bien social et engendre des pertes de recettes pour l'hôpital quand les versements des honoraires ne correspondent pas aux pourcentages des sommes réellement encaissées, ce qui réduit la dotation globale. La gestion hospitalière publique, souvent montrée du doigt, lorsqu'il est question de réduire les dépenses, est à notre sens, en quelque sorte "squattée" par la médecine privée dont elle emprunte parfois les objectifs de rentabilité.

Ainsi l'occupation d'un nombre de lits supérieur aux 8% autorisés, désorganise le service public, réduit ses performances apparentes et donc le discrédite, et surtout détourne l'utilisation de biens publics au profit d'une activité personnelle.....

Les combinaisons multiples (y compris la coalition) ou, à l'inverse, l'affrontement d'intérêts des acteurs publics et privés, impulse des mouvements parfois souterrains dans cette organisation (lobbies).

Ce mélange des genres facilite l'entregent et permet l'accès à toutes sortes de rémunérations complémentaires non négligeables, rémunérations qui peuvent aliéner partiellement l'indépendance de la décision ou de la prescription de ces acteurs : les "piges" des journaux, les participations à la formation professionnelle, les prestations dans des congrès ou colloques.

b) Pour les soins ambulatoires.

En observation liminaire, disons que certains établissements avec hébergement ont aussi une activité de soins ambulatoires qui est souvent très importante. Nous conserverons cette distinction communément opérée en dépit de son manque de rigueur, pour simplifier.

Chacun sait pour l'avoir expérimenté, que rien n'empêche un patient venu consulter un spécialiste à l'hôpital public, dans un dispensaire ou dans des centres municipaux de santé -dermatologue, gynécologue, cardiologue etc.- de renoncer à ces structures parfois, un peu lourdes dans leur organisation, pour préférer le cabinet libéral du même praticien.

Ce partage entre une activité libérale et une activité salariée, parfaitement licite, peut cependant induire un certain détournement de clientèle de l'établissement public ce qui, pour le moins, perturbe les prévisions de gestion. Le partage entre l'activité libérale et l'activité salariée est surtout prisé par les spécialistes qui peuvent ainsi diriger vers les équipements hospitaliers les patients qui nécessitent des investigations plus approfondies qui ne peuvent être effectuées dans leur cabinet (coronographie pour les cardiologues par exemple), tout en conservant leur clientèle.

c) Le rôle déterminant des associations.

Le rôle des associations dans notre société civile n'est plus à démontrer; elles sont irremplaçables dans de nombreux domaines pour lesquels, fortes du dynamisme et du dévouement de leurs millions de bénévoles, elles ont su mobiliser les énergies, souvent très précocement. La liberté d'association née de la loi de 1901 a porté ses fruits. Contrairement aux craintes de certains observateurs, les études récentes démontrent que partout, et particulièrement en France, l'activité associative est vivace et en pleine croissance, qu'on la mesure par le nombre

de ses bénévoles (9 millions), l'importance de son budget annuel (235 milliards) et des dons reçus (660 francs en moyenne par donateur en 1993 contre 538 francs en 1990), ou encore par sa capacité à la création d'emplois (1,3 millions de salariés).

Dans le domaine sanitaire et social, elles ont souvent ouvert des voies et rempli un rôle d'accueil et d'écoute de populations marginalisées, laissées pour compte par les institutions de la République.

Une meilleure évaluation analytique des dépenses de santé en France voudrait que soient isolés le montant des subventions publiques locales ou nationales versées, celui des subventions privées, les dons des particuliers et les recettes d'activité (fêtes, kermesses, tombolas etc...) dont l'emploi est la gestion de prestations sanitaires.

Le service public peu préparé par ses structures à réagir rapidement à de nouvelles exigences (fléaux nouveaux, humanisation des hôpitaux, hospitalisation à domicile etc.), se trouve en effet de plus en plus relayé par l'initiative privée à but non lucratif mais également par des associations exerçant de véritables activités marchandes.

Les estimations récentes d'origine diverses portent jusqu'à 800 000, le nombre des associations vivantes en France, toutes activités confondues. A partir d'une enquête statistique conduite en 1991 auprès d'un échantillon de 15 000 associations, on peut avancer que 16,4 % de ces associations oeuvrent dans le secteur sanitaire et social.

Ainsi plusieurs milliers d'associations interviennent dans le seul secteur sanitaire (c'est-à-dire hors secteur social) dans la gestion de lits dans les établissements de moyens séjours, les maisons d'enfants à caractère sanitaire, les centres de lutte contre l'alcool et la toxicomanie. Il faut se souvenir que les associations gèrent 80% des établissements pour les handicapés et la quasi-totalité des centres anticancéreux.

Dans ce tableau il convient de rappeler que la Sécurité Sociale est un organisme de droit privé sous-tendu par l'Union nationale interfédérale des organismes privés sanitaires et sociaux qui gère 7000 établissements pour 450 000 usagers.

La Ligue antituberculeuse est secondée par des associations qui luttent contre le cancer ou qui encouragent le don du sang.

D'après le Laboratoire d'Economie Sociale, unité de recherche associée au C.N.R.S., le budget du secteur associatif, c'est-à-dire non incluses les ressources non monétaires, pouvait atteindre 235 milliards de francs dont les origines seraient les suivantes:

- cotisations	: 12,1 %
- recettes d'activité	: 39,8 %
- dons des particuliers	: 1,2 %
- entreprises et fondations	: 2,8 %
- fonds sociaux	: 13,6 %
- subventions publiques	: 30,5 %

Le partenariat local seul, représenterait près de 23 % des budgets soit 53 milliards de francs.

Ce foisonnement ne va pas sans quelques graves dérives dont nous dirons quelques aspects dans le chapitre suivant. Non réservées au domaine de la santé, elles frappent cependant davantage les esprits du fait qu'elles n'ont été possibles qu'en se jouant du malheur et de la solidarité, de la générosité publique et en abusant la confiance générale.

Il paraît donc indispensable de tenter d'empêcher que la vie associative serve de vecteur aux démarches corruptrices sans pour autant décourager l'initiative et l'esprit inventif.

5) Des activités très administrées.

Dans le domaine de la santé, la tutelle de l'Etat s'exerce chaque fois que l'intérêt public est en jeu. Par exemple il organise la lutte contre les maladies contagieuses et transmissibles et veille à la non toxicité des substances médicamenteuses introduites sur le marché.

Il a un droit de regard sur la protection sociale et fixe les conditions de fonctionnement des établissements de soins publics ou exerçant une mission d'utilité publique.

On pourrait multiplier les exemples de la présence et de l'arbitrage de l'Etat. Certains analystes estiment cette emprise excessive et la considèrent comme responsable de certains comportements corruptifs.

Transférant sur l'organisation de la société civile, les enseignements de l'éducation, ils fustigent les conséquences de certaines prohibitions, l'infantilisation des acteurs économiques contraints de demander des autorisations préalables à toute initiative, ils appellent de leurs vœux une libéralisation généralisée.

L'idée d'un lien mécanique entre une activité administrée et l'émergence de pratiques corruptrices a été formulée à de nombreuses reprises. Si l'on s'en tenait à la définition pénale de la corruption et des délits assimilés, cette énonciation relèverait de la tautologie. En fait la corruption, au sens générique du terme, peut se rencontrer chaque fois qu'une personne physique ou morale tente d'obtenir, moyennant une contrepartie, un passe-droit.

Remarquons encore que l'intervention de l'Etat et des pouvoirs publics trouve généralement son origine dans la nécessité de protéger l'ensemble des administrés des indécidables et des turpitudes de quelques-uns. Dans bien des cas, l'intervention a "répondu" à l'événement et non l'inverse.

Ce qui est en cause ici ce n'est pas tant l'interventionnisme qui porterait en lui les ferments de la corruption mais la validité de la réponse. S'impose donc aux décideurs l'évaluation du rapport "avantage-risque" du remède administratif, pour utiliser précisément un concept de la pharmacovigilance, appliqué à une situation dommageable au plus grand nombre.

Ainsi la problématique est la suivante :

- y a-t-il plus d'avantages que de risques (dont celui que les entreprises soudoient des fonctionnaires), pour les utilisateurs et pour la loyauté de la concurrence, qu' une autorisation ministérielle soit nécessaire avant toute mise sur le marché d'un matériel nouveau ou d'un médicament ?
- Y-a-t-il plus d'avantages que de risques dans le fait que l'Etat établisse une carte sanitaire des équipements lourds ?
- Y-a-t-il plus d'avantages que de risques dans le fait que la tutelle de l'Etat soit exercée sur les hôpitaux ?

2ème partie :
Des pratiques déviantes

Un environnement mercantile.

Les domaines d'activité liés directement ou indirectement à la santé génèrent, au même titre que le sport, la culture, l'éducation, la religion, l'art,... des comportements purement mercantiles. Il serait dangereux d'ignorer ou de minimiser ce fait, vain de s'en offusquer, irresponsable de laisser faire, démagogique de grossir le trait.

Les marchands sont entrés de longue date dans le temple et ne s'embarrassent pas de principes éthiques. Certains acteurs sont prêts à utiliser toutes les voies, tous les moyens, licites ou non, pourvu que la recette en vaille la peine. Pour ceux-là, il n'y a pas de domaine sacré et le domaine de la santé s'offre à leurs convoitises.

Des acteurs potentiels très divers.

Les acteurs peuvent être le malade lui-même, le visiteur médical pour augmenter son chiffre d'affaires, le directeur commercial, le chef d'entreprise, le personnel soignant, les fonctionnaires, les responsables politiques ou les élus. A cette liste assez éclectique s'ajoutent encore certains membres des associations caritatives. Certaines irrégularités nécessitent l'accord ou la complicité de plusieurs catégories d'acteurs. Certains accords sont tacites, d'autres plus formalisés ; certains sont obtenus spontanément ou à mi-mots, d'autres profitent d'une faiblesse du partenaire, qui subit alors une sorte de racket. Cette énumération pourrait être très semblable si l'on prenait d'autres secteurs d'activité comme l'immobilier, le sport ou l'armement, pris ici au hasard, car aucun domaine n'échappe ; ce qui choque ici les esprits, c'est que les pratiques mercantiles, irrégulières ou frauduleuses tentent parfois des médecins, des hommes ou des femmes animant des associations faisant appel à la générosité publique souvent connus pour un dévouement, un sens aigu de la solidarité, une compétence nationale ou internationale. La révélation de leurs turpitudes fait "tomber de haut" l'opinion, qui se sent trahie et flouée, et le monde médical sur l'ensemble duquel rejaillit, inévitablement, le discrédit. Il serait angélique et dangereux de ne pas voir les fautifs et de les soustraire à l'opprobre public : il en va de la sécurité des malades, de la dilapidation du bien public et du respect de l'équité. A l'inverse cette ombre au tableau ne peut en aucun cas s'étendre à la profession et aux institutions médicales qui, dans leur grande majorité montrent, à tout instant, une passion désintéressée pour leur mission. La confiance envers le corps médical passe par l'information, le rappel à l'ordre des auteurs des manquements et, si besoin est, par leur condamnation et leur éviction.

Le rôle de l'information.

On assiste aujourd'hui à un véritable phénomène de nos sociétés modernes où la santé est gérée comme une véritable valeur économique : le capital-santé qui nous est donné à la naissance doit rapporter beaucoup et longtemps, et l'on cherche un placement qui possède à la fois la rentabilité du court terme et la fiabilité du long terme. L'espérance de vie qui ne cesse de progresser remet en cause la notion même de "vanité" des biens matériels et des "honneurs" dont la jouissance est par suite moins éphémère. La notoriété est recherchée et cultivée. Le bien-être ne suffit pas, le mieux-être, l'esthétique et la performance constituent de véritables investissements individuels.

Toutes les activités économiques qui peuvent, de près ou de loin, nous parler de notre santé, sans obligatoirement se prévaloir d'un effet bénéfique, feront recette.

Les médias, presse et télévision, utilisent sans compter le "filon", qui fait à coup sûr de l'audimat et fait gonfler les ventes. La presse spécialisée voit de nouveaux candidats se mettre sur les rangs régulièrement et les éditeurs de revues médicales multiplier les présentations, les cibles et les périodicités. Ainsi dernièrement un groupe qui édite déjà une dizaine de revues a lancé un nouveau mensuel à destination des cadres masculins et féminins.

Mais les magazines spécialisés dans d'autres domaines peuvent aussi recourir au mot magique, à l'occasion. Ainsi un magazine de bricolage ou de décoration peut signaler en couverture une rubrique intitulée "SANTÉ : les couleurs qui améliorent votre santé" . Nous pourrions multiplier les exemples qui montrent à quel point l'enjeu est de taille.

Le "scoop" santé est particulièrement prisé et se trouve à l'origine de graves dérives corruptrices. Ainsi, pour l'audimat, et donc pour recueillir le maximum de recettes publicitaires et certains avantages personnels, dont celui, non négligeable du maintien d'une émission dont ils sont animateurs par exemple, certains professionnels de la télévision, n'hésitent pas à présenter des opérations chirurgicales en direct, à convier de grands patrons, y compris dans des émissions de variétés, à présenter comme bénéfiques pour la santé certaines méthodes de soins peu orthodoxes.

Les grands succès de librairies, la publicité commerciale participent à cette mise en condition permanente.

Les marchands.

On pense immédiatement aux opérateurs économiques, industriels, grossistes, distributeurs, officines pharmaceutiques dont l'objet social est de vendre. Il n'y a pas de raison qu'ils se comportent autrement que dans les autres domaines d'activité, leurs comportements étant guidés par les lois du marché, de l'offre et de la demande. Seulement, en principe, des freins sont mis à leurs appétits par l'intervention publique qui a à répondre de l'utilisation des fonds sociaux et qui suit des objectifs de protection de la santé pour tous.

1) Les pratiques impliquant la participation d'entreprises et de fonctionnaires.

D'une manière générale les dérives dans les marchés publics ont fait l'objet d'un premier examen de la part de la commission Bouchery dans son rapport de juin et de septembre 1992, et quatorze des propositions (n°s 48 à 61 incluses, cf. en annexe D) concernent la procédure des marchés et les relations avec les organismes de contrôles. Dans la section connexe du présent rapport relative aux phénomènes de corruption dans les marchés publics, on trouvera un grand nombre de mécanismes généraux qui peuvent être utilisés dans le domaine de la santé.

Quelques particularités des marchés publics de santé méritent cependant qu'on s'y attarde.

Le poids des marchés publics de l'Etat et des collectivités territoriales dans le secteur de la santé est considérable. La commande publique en matière de santé intervient dans les travaux immobiliers, la rénovation, l'entretien, la prestation de services, le médicament, le matériel médical et de laboratoires, les fournitures etc... A titre d'exemples on peut citer dans le domaine de la construction, l'hôpital européen Georges-Pompidou (H.E.G.P.) -ouverture prévue pour 1998- pour un coût de plus de 1,5 milliards de francs dont le gros oeuvre représentait, à lui seul, 280 millions de francs.

Au niveau des marchés pharmaceutiques, la Pharmacie Centrale des Hôpitaux (P.C.H.) a réalisé un chiffre d'affaires total de 2, 3 milliards de francs.

C'est pourquoi les pouvoirs publics interviennent dans les achats d'équipement lourds (scanner, plateaux techniques), lors de la construction d'unités et d'établissements nouveaux. Une autorisation, a priori, et en opportunité par rapport à la "carte sanitaire" est nécessaire avant l'engagement du marché. C'est donc une véritable tutelle destinées à rationaliser les initiatives qui est mise en place. Les établissements privés sont d'ailleurs soumis également à autorisation en matière d'équipement et de constructions nouvelles. L'objectif poursuivi pour aussi pertinent qu'il soit (éviter des dépenses inutiles et des implantations en double-emplois) peut susciter des effets pervers. Il expose les services qui donnent les autorisations à des pressions de tous ordres et il n'est pas interdit de penser que ces pressions ont pu déjà s'exercer à plusieurs reprises dans un passé récent.

On a beaucoup cité le marché de l'imagerie médicale qui a connu une croissance remarquable en France de l'ordre de 10% annuellement. Vu l'enjeu financier, on comprend que de véritables compétitions se soient livrées entre les producteurs et que certains n'aient pas hésité à répondre positivement à des demandes de financement occultes des partis politiques. On ne peut pas exclure davantage que certains pôles de décision administratifs aient sollicité des pots-de vin pour faciliter la prise de décision. Ce qui est moins connu c'est que n'importe quelle fourniture courante des établissements de soins (aliments, boissons, produits d'entretien etc.) peut constituer pour certains opérateurs économiques un enjeu tout aussi considérable que les investissements lourds et donner lieu à des pratiques déviantes. Nous nous en tiendrons à deux exemples.

Les tours de lait.

D'un point de vue économique, deux facteurs concourent à la stagnation du marché des laits infantiles, la baisse de la natalité d'une part, et l'encouragement à l'allaitement maternel, d'autre part.

Déjà en 1987, dans son avis n° 87.A. 02 paru au Bulletin Officiel de la Concurrence de la Consommation et de la Répression des Fraudes (BOCCRF) n° 13 du 2 juin 1987, le Conseil de la Concurrence notait que la consommation des laits infantiles était "stable en volume depuis 10 ans".

Face à un marché peu porteur, les fabricants luttent pour accroître leur part de marché. Ils ne peuvent, au cas présent, rivaliser sur la qualité, une réglementation stricte laissant peu de place à la différenciation de la composition des laits. Par ailleurs, l'élasticité de la demande par rapport au prix reste faible. En effet, si l'information et diverses mesures législatives et réglementaires ont fait reculer dans l'esprit des mères l'idée de produits médicamenteux, les enquêtes de consommation montrent qu'elles demeurent cependant fidèles au lait administré à leur nourrisson pendant le séjour à la maternité, quel qu'en soit le prix.

C'est pourquoi les fabricants se sont ingéniés à trouver des incitations de toute nature pour obtenir les marchés. La situation depuis quelques années pourrait être telle que décrite ci-après.

Ces pratiques commerciales qui ont pour objet ou pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence, sont susceptibles de tomber sous le coup de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. La Direction Générale de la Concurrence de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) a d'ailleurs effectué une saisine du Conseil de la Concurrence à ce sujet (rapport annuel d'activité de 1993, page 73). On peut cependant aborder la pratique sous un angle différent.

D'après des informations recueillies au SCPC, les modalités de l'organisation de ces "tours de lait" impliquent le consentement, la participation, voire l'arbitrage de personnels soignant et administratif des établissements de soins, y compris publics.

En premier lieu une fourniture gratuite du lait infantile aux maternités serait effectuée selon un calendrier et une périodicité négociés avec les responsables des maternités (gynécologues, pédiatres, surveillantes, comptables notamment), les négociations étant valables pour une année, ou plusieurs années à l'avance.

Ne pouvant se satisfaire de cette rigidité dans le cadre d'une stratégie de croissance, certains fabricants auraient été conduits à surenchérir dans les offres promotionnelles.

Ainsi, non contents de cette fourniture gratuite qui n'entre pas dans la vocation d'entreprises non philanthropiques, des primes auraient été octroyées aux établissements de soins, primes qui pourraient atteindre aujourd'hui jusqu'à 1000 francs par "bébé" consommant le lait de telle ou telle marque. Certaines maternités "nécessiteuses" auraient sollicité des matériels (couveuses, appareils de radiographie, tables à langer, crédits de formation post-universitaire etc.), leur choix du lait infantile s'arrêtant évidemment non pas sur les produits mais sur ces avantages indirects.

Certains médecins consultés sur ces pratiques dont ils prétendent généralement ignorer l'existence, ne paraissent toutefois pas s'alarmer. Ils estiment que si ces pratiques étaient avérées, au fond, ce ne serait pas un bien grand mal ; les entreprises de laits infantiles qui appartiennent à de grands groupes, sont puissantes et solides financièrement et cette "générosité" réduit les coûts des maternités. Tout le monde y gagnerait donc.

Ce point de vue n'est pas partagé par le SCPC pour plusieurs raisons. Tout d'abord ces pratiques ne sont pas conformes aux règles de la gestion et de passation des marchés, en second lieu elles abaissent de façon artificielle les dépenses et nuisent donc à la vérité des coûts. Ensuite elles habituent les personnes à la transgression de règles qui s'imposent à tous. Enfin, elles sont porteuses d'autres dérives qui concourent à gangrener tout le circuit hospitalier. D'après nos informations de nouveaux pas seraient franchis : parfois à leur initiative, parfois sollicités, les producteurs fourniraient aujourd'hui des avantages participant plus à des dépenses de confort personnel et de prestige qu'à la collectivité et à l'usager (moquette, meubles, ordinateur, fax, répondeur). **Certains personnels médicaux salariés ou non, fonctionnaires hospitaliers, n'hésiteraient pas à solliciter ou à accepter des cadeaux à leur seul usage privé : magnétoscope, voyage en famille, participation au banquet de mariage etc.**

Ces dons seraient versés parfois au titre d'une subvention à une association, éventuellement créée tout exprès. Les achats de matériel médical feraient l'objet de factures au nom des producteurs de lait, la livraison pouvant intervenir directement dans les établissements de soins bénéficiaires de l'opération. S'il advenait que de telles pratiques puissent être soupçonnées au cours de contrôles, il y aurait lieu de transmettre les indices relevés au Procureur de la République compétent en vertu de l'article 40 du Code de Procédure Pénale.

L'intéressement personnel des gestionnaires à la fidélisation à un fournisseur.

Cette pratique consiste à attribuer des points, fonction du montant en chiffre d'affaires des achats sur factures (qui ne sont pas soumis à la procédure du Code des Marchés Publics) au gestionnaire. En fin d'exercice le montant cumulé des points ouvre droit, non pas à une remise sur débours, mais à un avantage personnel (voyage, sacs de sport, maroquinerie etc.).

Cette pratique qui, selon toute vraisemblance peut être transposée dans n'importe quel secteur d'activité, outre qu'elle est basée sur l'intéressement personnel, encourage à la routine,

fausse l'appréciation qualitative du gestionnaire, qui doit chercher à effectuer, pour l'établissement la meilleure transaction, en choisissant le rapport qualité-prix optimal.

2) Les pratiques impliquant la participation d'entreprises et d'élus.

D'une manière générale les entreprises et les élus peuvent se rendre des services réciproques : pour conserver leur mairie ou leur siège de député, il n'est pas indifférent de réussir à stabiliser l'emploi local en facilitant une implantation territoriale (offre d'un terrain éventuellement en modifiant le plan d'occupation des sols, promesse d'un appui pour l'obtention de l'autorisation d'ouverture auprès de l'Agence du médicament pour les laboratoires pharmaceutiques, ou encore pour une accélération de l'examen du dossier de demande de mise sur le marché d'une nouvelle spécialité, fixation du prix public à un niveau rémunérateur). L'accord pourrait s'arrêter là. L'avantage de l'élu, sans enrichissement personnel direct, serait "compensé" par un résultat favorable à la collectivité. Cette analyse est déjà très contestable puisque de tels comportements faussent à la fois la loyauté de la compétition électorale et celle de l'activité économique en introduisant du favoritisme à tous les niveaux. De tels faits sont d'ailleurs susceptibles de tomber sous le coup de l'article 433-2 du code pénal qui réprime le trafic d'influence.

Dans la pratique, et sur la base de plusieurs cas révélés à notre service dont l'un a fait l'objet d'une transmission au Parquet, les mécanismes se doublent d'autres faits susceptibles de relever de la prise illégale d'intérêts, d'abus de biens sociaux, etc.

C'est dans le secteur des entreprises pharmaceutiques que des risques importants existent bien que les procédures mises en place en 1993 avec notamment la création de l'Agence du Médicament (loi du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament) compliquent quelque peu leur mise en oeuvre.

L'exemple le plus connu intervient au moment de l'autorisation de mise sur le marché (A.M.M.). Nul n'ignore qu'il ne suffit pas de trouver une nouvelle molécule ou une présentation galénique innovante facilitant l'ingestion par le malade, ou une association inédite de principes actifs supprimant certains effets indésirables etc. pour mettre ce produit sur le marché. Pour des raisons de sécurité liées essentiellement à la toxicité que pourraient avoir certains produits et de façon générale à la protection de la santé publique, une demande d'autorisation doit être faite auprès des pouvoirs publics.

Or la recherche, qui dure parfois des années, coûte cher et la période de rentabilisation d'un médicament est limitée dans le temps (la découverte tombe dans le domaine public au terme d'une période de 20 ans) et parfois un médicament peut être chassé par un médicament plus performant ou par une autre thérapie. Les laboratoires n'ont donc pas une minute à perdre et ils n'ont pas hésité dans un passé récent à "accélérer" les procédures.

Ainsi certains laboratoires auraient obtenu l'intervention en leur faveur auprès des organismes et services compétents du ministère de la Santé Publique moyennant quelques subsides octroyés à des élus locaux (rémunérés par exemple pour des études fictives ou surfacturées). Ces élus soit en reversant une partie de leurs commissions, soit en faisant miroiter l'obtention de nominations intéressantes ou par tout autre procédé, auraient obtenu que des dossiers soient traités en priorité ou qu'une évaluation soit accélérée. Parfois la motivation de l'élu peut ne pas être un enrichissement direct mais l'espérance de création ou de maintien des emplois dans sa circonscription. L'avantage indirect reste la facilitation de la réélection ce qui correspond quand même à un avantage personnel.

3) Les pratiques impliquant la participation d'entreprises et de professionnels de la santé.

Les achats de prescriptions.

Certains usages commerciaux sont tantôt prohibés tantôt tolérés selon les époques et les continents. Ainsi, en France, longtemps considérées déloyales vis-à-vis de la concurrence, les primes offertes pour l'achat d'un produit ou la demande d'un service à l'occasion d'une vente n'étaient autorisées que dans certaines conditions définies par la loi. Aujourd'hui, sauf exceptions également prévues par la loi, seules les ventes avec primes à l'égard du consommateur sont interdites. Entre professionnels, sous réserve qu'elles ne soient pas discriminatoires, le législateur, plus souple, les admet. De même la remise d'un cadeau, sans lien direct avec un achat, connaît la même clémence.

Qu'en est-il des cadeaux offerts par les entreprises aux professionnels de la santé ? Il convient de préciser que les professions libérales telles que les médecins, les sages-femmes, les kinésithérapeutes etc. sont des prestataires de service (cf. l'article L 162-38 du Code de la Sécurité Sociale notamment en annexe E). Pour les médecins généralistes, en France, les médicaments et les examens ne sont pas, sauf cas exceptionnels, délivrés ou effectués par le médecin qui se contente de prescrire. Comme chacun le sait les médicaments sont délivrés par le pharmacien et les examens effectués par des laboratoires d'analyses privés ou publics. Placé comme intermédiaire entre l'entreprise qui produit et le distributeur, le médecin pouvait paraître hors d'atteinte des influences menaçant son devoir d'indépendance rappelé dans plusieurs articles du Code de déontologie. Le législateur, prudent, n'a pas considéré cette situation comme acquise et a maintenu sous une forme ou sous une autre des dispositions interdisant la remise de cadeaux aux médecins.

Le décret n° 87-772 interdit la remise de cadeaux (primes, objets, produits, avantages matériel direct ou indirect de quelque nature que ce soit) par les officines et autres établissements pharmaceutiques. Cette interdiction fait l'objet des articles R-5046-1 et R 5046-2 du Code de la santé publique. Parallèlement, les articles L 549 et L 555 du même code, indiquent les personnes qui commettraient un délit en recevant ces cadeaux : les professions médicales visées au titre I du livre IV c'est-à-dire les médecins, les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes. Enfin la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social (DMOS) interdit spécifiquement les cadeaux qui seraient offerts aux professions médicales par des "entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale".

Cette profusion de textes, où certains ont voulu voir de la redondance, traduit, on ne peut en douter, un souci permanent des pouvoirs publics de préserver le crédit des professionnels de la santé suite à l'émergence d'affaires peu honorables. En outre ces libéralités peuvent avoir pour effet d'accroître la prescription inutilement voire abusivement. Or le remboursement des soins rend indolore une grande partie des dépenses pour l'assuré et donc, dans la majorité des cas, endort la vigilance, pourtant souhaitable, du bénéficiaire de l'assurance-maladie.

En dépit de cet arsenal réglementaire, l'achat de prescriptions demeure une réalité dont nous allons décrire les aspects essentiels ci-après.

Qui sont les acheteurs ? Tous les fabricants de produits ou les prestataires de services (même confraternels) qui ne peuvent vendre directement au consommateur peuvent, potentiellement, succomber à une pratique d'achat de prescription (confère en annexe F un tableau récapitulatif des principales catégories de prescriptions auxquelles peut recourir un

médecin). Mais il ne faut pas exclure la possibilité que des producteurs de produits non remboursés ou seulement partiellement, utilisent des méthodes identiques, la mission revenant au médecin de convaincre ses patients des bienfaits du produit. Ainsi pourrait-il en être pour certains verres correctifs de la vue, des lentilles de contacts, de certains soins d'orthodontie, de certains produits dermatologiques etc...

Quels cadeaux et par quels cheminements sont-ils offerts ?

Les plus connus sont les voyages pour des destinations lointaines, ce qui représentent déjà un avantage conséquent, les places pour les grandes manifestations sportives dont le tournoi de Roland Garros. Il en est de moindre valeur et conservant un semblant de lien étroit avec l'activité du médecin comme l'invitation à un colloque médical. Mentionnons aussi, les invitations à dîner sponsorisées et les ouvrages scientifiques.

Les essais à finalité thérapeutique directe, en médecine ambulatoire méritent une mention spéciale. Ils ont fait l'objet d'une loi le 20 décembre 1988 destinée à protéger les patients. En fait, la loi tend aussi à dissuader les essais fictifs ou sans intérêt réel pour les malades qui s'y prêtent mais, qui, en revanche, permet aux laboratoires pharmaceutiques de rémunérer les médecins qui prescrivent leurs produits.

Les cures thermales font également l'objet de dépenses importantes de promotion "orientées vers les médecins prescripteurs". On se référera utilement, à ce propos, au rapport de la Cour des Comptes¹⁵ qui met l'accent parmi des dépenses promotionnelles courantes, sur la prise en charge des frais de séjour du corps médical, auquel des "week-ends découverte", des stations thermales sont réservés. La Cour s'interroge sur la compatibilité de ces avantages avec la loi-cadeau du 27 janvier 1993 modifiée et exprime la crainte "qu'une concurrence de plus en plus vive entre les stations sur le créneau jugé porteur de la rhumatologie conduise à une stimulation des besoins auprès des patients ou des médecins prescripteurs¹⁶, d'autant plus coûteuse que les critères médicaux qui justifient une cure, sont imprécis."

On rappellera le cas très spécifique de l'affaire des **prothèses de hanches** dénoncée par une Caisse Nationale d' Assurance Maladie.

On se souvient qu'une entreprise spécialisée dans la fabrication de prothèses de hanches surfacturait les produits revendus à des cliniques privées, se ménageant au passage des marges particulièrement confortables. Assez curieusement, en dépit d'un prix peu compétitif, certains chirurgiens-orthopédistes privilégiaient très nettement ce fournisseur. La pose de ces prothèses (et donc le prix facturé des implants) était pris en charge par l'assurance-maladie; par suite les tarifs, prohibitifs, ne constituaient pas un frein. Cette situation a perduré jusqu'en 1992, date à laquelle les prothèses de hanches ont été inscrites au tarif interministériel des prestations sanitaires (TIPS) et leur prise en charge plafonnée à 18 000 francs.

La marge considérable prélevée au moment des faits par les distributeurs par rapport à leur prix d'achat aux industriels, permettait de ménager une commission pouvant aller jusqu'à 20% du prix facturé au chirurgien qui opérait. A posteriori, il est toujours plus aisé de noter quelques indices qui auraient pu alerter plus précocement les organismes payeurs et les services de contrôle. La très forte évolution du poste prothèses dans les comptes de la santé, la réussite remarquable de ce secteur dans une conjoncture difficile, un taux d'implantation de prothèses très supérieur en France à celui d'autres pays comparables... Il reste que les organismes sociaux, qui se sont portés partie civile, ont été spoliés d'une coquette somme estimée à 200 millions de francs.

15 Les interventions publiques dans le domaine du thermalisme.

Janvier 1995.

16 Les deux cibles ne s'excluant pas l'une l'autre, à notre avis.

Outre l'escroquerie à la Sécurité Sociale ce comportement, qui pourrait avoir été suivi par près d'un quart de la profession des chirurgiens, dénote une réelle inaptitude des règles de déontologie de la profession médicale à enrayer une dérive. Les principes sont restés lettre morte et les consciences n'ont point été troublées.

4) Les pratiques impliquant la participation de professionnels de la santé et de patients

Les honoraires en question.

Nul n'ignore qu'en économie libérale le prix se forme en fonction de l'offre et de la demande. Face à la demande, les offres sont en principe concurrentes et le prix constitue un élément majeur du choix du demandeur. Toutefois en matière de soins, l'intervention des pouvoirs publics pour garantir au mieux et à tous une protection, modifie fondamentalement ces règles du jeu dans le but de contribuer, fort opportunément, à empêcher certains dérapages.

Rappelons brièvement la situation actuelle en matière d'honoraires en France. Depuis 1980, les médecins peuvent opter pour deux "régimes" de rémunération. Il existe des tarifs dits conventionnels parce que leur fixation périodique avec les organismes sociaux résulte d'une négociation (secteur 1) et des tarifs fixés librement (secteur 2). Ainsi entre les rémunérations des médecins du secteur 1 qui sont encadrées, la concurrence ne se fait plus par les prix qui sont pour tous identiques. En revanche la concurrence s'exerce entre les médecins conventionnés et les médecins aux honoraires libres, au désavantage de ces derniers, généralement plus chers, et d'autant plus que les organismes sociaux ne prennent pas en charge le remboursement du dépassement aux assurés.

Des études ont montré que ce désavantage était assez théorique et n'avait pas freiné le développement du secteur 2, puisque plus de dix ans après son instauration, il comptait près de quatre fois plus de médecins, les spécialistes considérés à part ayant opté à près de 34 % de la profession pour les honoraires libres. Si une telle évolution semble donner raison aux pourfendeurs du secteur 2 dans lequel ils prévoyaient la mise en place d'une médecine à deux niveaux de qualité, notre interrogation se place ailleurs.

Quel que soit le choix du patient, il est fondé à exiger que les tarifs réclamés par le médecin rémunèrent, dans son mode de tarification, les actes réellement accomplis et seulement ceux-là. Or tel n'est pas toujours le cas qu'il s'agisse de la médecine ambulatoire ou de la médecine en établissements de soins.

Les cotations fausses et les manoeuvres pour privilégier le secteur privé à l'hôpital.

Les établissements hospitaliers publics ou privés autorisés à exercer une mission de service public ne préservent pas totalement les patients de dépassements tarifaires indus. Les colonnes du numéro 58 de février 1994 de "Valeurs Mutualistes" édité par la Mutuelle Générale de l'Education Nationale (MGEN) dénonçaient en ces termes certaines pratiques : "*Des mutualistes ayant besoin de consulter un praticien et qui s'adressent en priorité à l'hôpital public nous signalent régulièrement que les délais d'attente d'un rendez-vous peuvent aller jusqu'à plusieurs semaines, voire quelques mois. S'ils insistent, et même parfois sans qu'ils le fassent, il leur est proposé une consultation dans le secteur privé de l'établissement. Mais s'ils viennent à s'enquérir des tarifs pratiqués, ils peuvent assez vite déduire des réponses faites que la somme réclamée sera très supérieure au tarif conventionnel. Quant au rendez-vous, il pourra alors intervenir sous quelques jours, ou quelques semaines, au plus...*". Suivaient, dans un encadré,

quelques exemples édifiants. Ces propos ne paraissent pas devoir être mis en doute, car des faits identiques sont rapportés par l'Inspection Générale des Affaires Sociales en 1993, page 136 et 137.

Pourtant l'éthique médicale, dont l'article 53 d du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie rappelle les principes, n'est pas muette et pourrait inspirer d'autres comportements :

"Les honoraires du médecin doivent être déterminés avec **tact et mesure**, en tenant compte de la réglementation en vigueur, des actes dispensés ou des circonstances particulières.

Ils ne peuvent être réclamés qu'à l'occasion d'actes réellement effectués. L'avis ou le conseil dispensé à un patient par téléphone ou correspondance ne peut donner lieu à aucun honoraire.

Un médecin doit répondre à toute demande d'information préalable et d'explications sur ses honoraires ou le coût d'un traitement. Il ne peut refuser un acquit des sommes perçues. Aucun mode particulier de règlement ne peut être imposé aux malades."

Il y a plus grave que le manque de mesure et de tact.

Voilà plusieurs années, un chef de service officiant dans un grand hôpital de l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris (A.P.H.P.) avait perçu **de la main à la main** de la part d'une malade étrangère qu'il devait opérer, une somme d'argent. Invitée à acquitter à la caisse de l'hôpital le prix de l'intervention, la personne avait refusé de payer deux fois et les pratiques de ce médecin avaient ainsi été découvertes.

Pour mémoire, nous rappellerons les pratiques de fausses attestations, certificats de maladie et autres, déjà évoquées page 97 et suivantes et relatives à l'identification de facteurs de risques.

5) Les pratiques impliquant la participation d'entreprises, de professionnels de la santé et d'organismes caritatifs.

Certaines associations peuvent être créées uniquement pour récolter des fonds octroyés par les entreprises pour "services rendus" par les professions de santé.

La lecture de leurs statuts révèle souvent un vague objet relatif à l'amélioration du confort du malade à l'hôpital ou à l'organisation d'actions d'éducation et de prévention.

Certaines associations affichent un objet noble mais n'hésitent pas à employer des méthodes ambiguës pour le satisfaire. Ainsi sont organisés des partenariats avec des laboratoires qui acceptent après sollicitation, ou proposent spontanément, de prendre en charge qui, les frais de personnel du secrétariat de l'association, qui, le matériel bureautique.

Or comment ne pas être très inquiet sur l'indépendance des membres de ces associations lorsque, par exemple, ceux-ci sont des professionnels de la santé et que le laboratoire partenaire distribue précisément des produits prescrits aux personnes âgées que ces professionnels ont pour charge d'aider à se maintenir à domicile ?

6) Pratiques impliquant la responsabilité administrative.

Travaux fictifs.

L'Inspection Générale des Affaires Sociales a attiré l'attention, notamment dans son rapport annuel de 1993, sur des anomalies qu'elle a pu mettre en évidence dans l'organisation du travail des établissements de soins.

L'IGAS souligne à juste titre, qu'un des dysfonctionnements les plus graves, réside dans l'inobservation du principe de la permanence des soins, inobservation qui met en péril la sécurité des malades.

Or, la permanence des soins se réalise par l'organisation de gardes et d'astreintes qui sont rémunérées. Ces rémunérations, qui constituent incontestablement un supplément de revenu, peuvent atteindre jusqu'à 50% du salaire de base.

Ce poste atteint un montant annuel de 2 milliards 600 millions de francs.

Pour obtenir ces rémunérations complémentaires, il faut justifier de services faits, par des déclarations individuelles des heures effectuées. Ces déclarations, servant de base au calcul des indemnités sont remises au personnel administratif, validées par un certain nombre de signatures attestant la réalité des faits. Or comment certifier que ces gardes déclarées sont effectuées, quand le tableau des permanences n'existe pas, que personne ne vérifie la présence physique de celui ou de celle qui doit être présent, quand les remplacements sont fréquents. Ce laxisme dans le formalisme et le contrôle peut évidemment être compensé par le sens des responsabilités de chacun. En réalité, il est propice aux perversions, un écart aux règles élémentaires en appelant d'autres et l'individu sans scrupule jouant aisément des défaillances de chacun. En cas d'incident, le silence est de rigueur, peu de personnel pouvant faire la preuve du service fait dans toute la plénitude prévue.

D'un point de vue purement comptable, on peut dire qu'une part non négligeable de ces gardes est payée sur la foi de documents mensongers. Or l'article 441-1 du Code Pénal prévoit que constitue un faux "toute altération frauduleuse de la vérité...qui a pour objet ou peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques."

Ces faits commis avec l'assentiment d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public (économe, directeur d'hôpital par exemple) pourraient être lourdement sanctionnés.

Dénoncés, ils sont tolérés car ils passent aux yeux de certains comme une solution aux problèmes chroniques de recrutement. En effet, en raison de la trop grande disparité entre la médecine exercée en service hospitalier par rapport à celle exercée de manière libérale, ces rémunérations indues, mais versées, constituent un palliatif de nature à attirer et à retenir les praticiens.

Que perdure une telle situation n'est-il pas à déplorer ? Outre les problèmes de responsabilité pénale qui pourraient être soulevés en cas d'accident, mettant en cause toute la filière médicale, du praticien au directeur de l'établissement, en passant par l'infirmière et la surveillante d'étage, outre encore la transgression de principes élémentaires de la déontologie médicale, se trouve posé le problème de la contagion de méthodes de fraudes se propageant dans tout l'exercice de la profession. Où se situe la limite entre ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas ? Qui peut dire ce qui est admissible pour un praticien et qui ne le serait pas pour une infirmière ou une secrétaire médicale ? C'est la porte grande ouverte à un climat permissif et fautif.

Quelle différence fondamentale y a-t-il entre un élu qui fait financer sa campagne électorale par des travaux fictifs, un fonctionnaire qui reçoit une soule pour une tâche qu'il aurait accomplie de toute façon, et un médecin qui touche des indemnités pour des gardes non assurées ? L'équité exige que tous, une fois mises en évidence leurs turpitudes, répondent de ces faits devant la justice et soient sanctionnés de la même manière. La prévention de la corruption et des délits assimilés suppose que l'administration renonce à tout "arrangement", remette, si besoin est, certaines rémunérations à plat sur le plan statutaire, les revalorisations nécessaires pouvant s'alimenter, sans surcoût, d'une meilleure redistribution budgétaire en supprimant certaines gabegies.

Bienfaits et méfaits des mécénats d'entreprises.

Eloigné du mécénat culturel, le mécénat d'entreprise dans le secteur de la santé ne peut être assimilé qu'à une forme sophistiquée de publicité.

A notre connaissance, le mécénat est toujours identifiable -et contribue à promouvoir l'image de marque de l'entreprise et donc favorise les ventes- et il bénéficie de déductions fiscales avantageuses.

Dans le secteur de la santé, il existe des mécénats d'entreprise qui ont opté pour l'aide à la formation et à la recherche par exemple. Certains mécénats attribuent des bourses à des projets jugés intéressants. Certaines fondations hospitalières ont été partiellement financées par d'importants mécénats. Ces entreprises peuvent d'ailleurs paraître assez éloignées des préoccupations du secteur de la santé, comme celles qui vendent des boissons ou du matériel photographique.

Il ne peut être exclu que l'administration, qui recherche et favorise ces mécénats, ne soit encline, par la suite, à "renvoyer l'ascenseur" en accordant sa faveur dans certains marchés publics à un fournisseur mécène de préférence à un autre moins généreux, ou bien se montre plus sensible, mieux disposée, aux arguments contenus dans un dossier déposé à l'appui d'une demande d'autorisation, d'homologation, d'investissement étranger, de concentration etc...

Il s'agit d'une mise sous influence, comparable à celle exercée sur l'individu, qui peut fausser l'objectivité des choix.

3ème partie :

Comment mieux prévenir les risques de ces pratiques déviantes

Les commissions Bouchery et Rozès ont généralement classé leurs propositions et recommandations diverses par grands thèmes de préoccupation (déontologie, transparence, contrôle, amélioration du dispositif légal et réglementaire etc.). Ces propositions ont une vocation horizontale qui peuvent trouver à s'appliquer indépendamment du secteur d'activité. Par suite on reconnaîtra certaines d'entre elles, rappelées ci-après parce qu'elles nous apparaissent encore, ou plus que jamais, d'actualité ou plus adaptées au secteur de la santé.

Notre valeur ajoutée tient précisément à une utilisation in concreto des outils élaborés par nos prédécesseurs.

Cependant, préalablement aux préconisations d'ordre technique, il nous semble utile de formuler quelques remarques plus générales.

La prévention de la corruption, comme toutes les démarches préventives, a un coût, particulièrement, en moyens humains. En effet, complexe à élaborer, elle requiert la persévérance et la mobilisation de tous les instants. Une moindre vigilance et les interruptions de la

surveillance favorisent des situations de recrudescence souvent plus dommageables pour la société car elles apportent, avec le goût amer de l'échec, des comportements de résignation, de découragement et pire, de mimétisme.

Il convient donc d'initier à tous les niveaux de la société civile des processus de responsabilisation¹⁷ des actes de chacun, non pas simplement pour pouvoir éventuellement désigner et punir le coupable, mais pour valoriser, comme elle doit l'être, la participation au projet commun.

La prévention de la corruption exige le raffermissement de certaines valeurs dans le domaine de l'éducation. La référence aux instituteurs "troisième République" s'impose immédiatement à l'esprit. Ils avaient su faire évoluer les mentalités en incitant l'émergence de comportements nobles qui constituent une résistance individualisée aux dérives dues à la corruption. Quel contenu donner à l'instruction civique ? Cette question constitue un premier chantier.

Nous ne croyons pas à une approche segmentaire de la corruption. Ce doit être une volonté générale même si certains secteurs appellent, comme celui de la santé, des mesures techniques spécifiques. On n'enferme pas les comportements corruptifs dans des sphères autonomes qu'il suffirait de crever comme des bulles de savon, pour les anéantir. La corruption est contaminante, il faut donc protéger son environnement.

1) Mieux connaître les associations oeuvrant directement ou indirectement dans le secteur de la santé.

Nous avons souligné, dans une première partie, l'importance du rôle des associations dans le domaine de la santé, puis nous avons donné quelques exemples d'utilisations qui en pervertissent l'objet en détournant notamment des fonds publics. La Commission Bouchery avait répertorié dans les secteurs sensibles nécessitant des réformes, les associations bénéficiant de financements publics. Elle avait retenu cinq propositions principales (du n° 67 au n° 71 compris) de nature à prévenir la corruption.

La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 est muette sur le secteur associatif. La Commission Bouchery avait prudemment rappelé que ses propositions s'inscrivaient "dans le cadre intangible du principe constitutionnel de la liberté d'association "et tenait compte de l'Etat de droit".

La Commission Rozès reprenant le relais confirmait les dérapages de l'activité associative, mais, plutôt que des réformes parcellaires suggérait quant à elle, une réflexion globale en vue "de l'élaboration d'un cadre juridique plus adéquat pour les associations, tout en respectant le principe de la liberté associative."

Dans la Lettre du CNVA de mars-avril 1995, le Président s'insurgeait, à tort ou à raison, contre une possible remise en cause de la forme juridique de la liberté d'association.

Les intérêts des parties en présence, le plus souvent avouables et légitimes, sont-ils inconciliables et, faute de volonté et d'ouverture d'esprit, faut-il ne rien tenter pour la clarification de l'emploi des fonds, la transparence des flux financiers et pour faciliter les contrôles ?

Le préalable à toute initiative nous paraît la connaissance des associations, qu'il

17

□ Cf. la section du présent rapport intitulée "Prévention de la corruption : de la prise de conscience des risques à l'éthique de la responsabilité."

s'agisse de leur création, de leur nombre, de leur objet, de leur disparition. Commençons par des mesures d'application simple qui ne remettent en cause aucun principe fondamental.

C'est pourquoi nous préconisons une mesure élémentaire mais indispensable pour renforcer cette connaissance des associations dans le secteur de la santé. Les dépôts légaux des déclarations de création des associations ayant un champ d'action lié directement ou indirectement au domaine sanitaire, devraient faire l'objet, de la part des services préfectoraux, de la transmission **systématique** des informations au ministère de la santé.

Par ailleurs, certaines associations semblent être domiciliées à l'adresse d'un établissement de soins, ce qui peut créer des confusions dans l'esprit des adhérents et donateurs potentiels. Cette domiciliation devrait être interdite.

2) Renforcer les contrôles de l'activité sanitaire.

a) Rappeler aux organismes de contrôle l'importance de leur rôle dans la prévention de la corruption.

Depuis longtemps les décideurs et les observateurs ont rappelé et précisé le rôle des contrôles de l'activité sanitaire. Pour ne remonter qu'à un peu plus d'une décennie, le rapport annexé à la loi 83-1180 du 24 décembre 1983 définissant les moyens d'exécution du 9ème Plan de développement économique, social et culturel exposait l'intérêt de ce contrôle pour "mieux connaître et mieux gérer" le système de santé. Il va sans dire que cette "recherche des comportements anormaux" devait permettre, avec le temps et l'expérience, de les débusquer de façon plus précoce sinon d'éradiquer toute tentative de fraudes.

Quoi qu'il en soit, aujourd'hui il ne nous paraît nécessaire ni de créer de nouveaux organismes de contrôle, ni de multiplier les dispositions nouvelles.

En revanche, et même si, comme le notait le rapport Bouchery, "les contrôles administratifs et juridictionnels n'ont pas pour finalité première de prévenir les faits de corruption", nous estimons que de nouvelles directives des pouvoirs publics pourraient réaffirmer l'importance du rôle des différents organismes dans le signalement de pratiques irrégulières paraissant nécessiter la bienveillance, si ce n'est le concours, de tiers. La corruption nécessitant un pacte, au moins tacite, le "part à deux" de Thénardier dans *Les Misérables*¹⁸, ce seul indice peut se révéler fructueux.

b) Inciter les organismes de contrôle à travailler ensemble.

Sans transformer les organismes de contrôle en bureaux d'inquisition, il faut créer des réflexes méthodiques différents de ceux qui existent aujourd'hui.

L'Inspection Générale des Affaires Sanitaires et Sociales a certes déjà montré son excellence dans la mise à plat de pratiques douteuses. Devant l'ampleur des questions, ne serait-il pas opportun d'envisager une coopération avec d'autres inspections, à l'instar de ce qui se fait, encore trop rarement, entre les enquêteurs de services déconcentrés différents ?

Les organismes de contrôle ne sont pas en compétition mais agissent en complémentarité. Ainsi dans un passé récent des enquêtes d'investigations pluridisciplinaires (DGI, DGCCRF,

18

□

Cf. cinquième partie, livre troisième "La boue, mais l'âme", VIII

"Le pan de l'habit déchiré."

SRPJ) ont permis de mettre à plat les irrégularités en matière de prothèses. Le service qui découvre ne doit pas camper sur son pré-carré pour recueillir seul les éloges et la reconnaissance de son utilité. Cette nécessaire complémentarité n'est possible que si les services ne se sentent pas constamment menacés par des restructurations, qui se font ou ne se font pas, mais qui induisent la médiatisation de certaines actions au détriment d'un travail quotidien et en profondeur indispensable mais moins spectaculaire.

c) Mieux anticiper les risques.

En renforçant la coordination.

Par leur expérience en commun et la confrontation de certaines de leurs informations, chaque organisme de contrôle serait à même de déceler certaines anomalies qui ne ressortent pas de sa compétence mais d'un autre service qu'il serait aisé d'alerter. La réduction de l'aléa de certains contrôles programmés de manière systématique permettrait plus souvent de stopper un processus irrégulier et parfois de le dissuader. On rappellera que les services de contrôles ne sont pas fondés à s'opposer les uns aux autres le secret professionnel qui s'impose à tous vis-à-vis de l'extérieur. Selon un principe constant les renseignements couverts par le secret professionnel sont communicables aux administrations et aux agents ayant compétence pour en connaître.

Une meilleure coordination entre les services, s'ajoutant à la complémentarité ci-dessus évoquée rendrait les services de contrôle plus efficaces. Pourquoi ne pas organiser, au plan départemental, des réunions au cours desquelles seraient programmés des contrôles permettant par exemple de suivre le cheminement d'un flux financier, de l'émergence d'un besoin, en passant par la commande et les procédures utilisées, pour finir par la vérification de l'entreprise retenue, et le passage en comptabilité de la vente ?

En écartant les a priori.

Il faut se garder de considérer une fonction, une qualité, au-dessus, a priori, de tout soupçon. De même il n'y a pas de secteur tabou et la lutte contre les dérives suppose une remise en question permanente et des inventaires fréquents. L'éradication d'une pratique ne peut être considérée comme définitive. L'activité des faux-monnayeurs toujours plus astucieuse et utilisant les progrès techniques pour déjouer les mesures de sécurité considérées comme les plus inviolables, est instructive. L'imagination et le goût du risque paraissent toujours du côté des fraudeurs.

Faut-il pour autant exercer un contrôle tatillon paralysant toute activité et bridant les initiatives ? Nous ne le pensons évidemment pas. Faut-il mettre toutes nos espérances dans le respect des dispositions des codes de déontologie, fussent-ils réactualisés régulièrement, mais courant visiblement après les événements ? Nous ne voulons pas dire que ces codes énoncent des truismes, il nous paraît toujours préférable d'inscrire noir sur blanc les choses. Mais nous voulons simplement faire remarquer que les professions médicales ont des règles déontologiques plus de deux fois millénaires qui n'ont pas arrêté le filou. Tant il est vrai, pour paraphraser un politique célèbre que les règles n'obligent que ceux qui les respectent !

Nos premières préconisations relèveraient davantage d'une manière d'être, de décider, de travailler et de vérifier, à l'usage de tout un chacun quel que soit sa place et son rôle du moment. En matière de santé il faut en effet se souvenir qu'on peut être à la fois ou successivement malade et médecin, malade et entrepreneur, médecin et élu.

3) **Rendre plus difficile la rémunération de travaux fictifs.**

En ce qui concerne, par exemple, les essais à finalité directe en médecine ambulatoire, la loi du 20 décembre 1988 paraît devoir être complétée.

Un système déclaratif de la demande d'essai pourrait être institué. Le laboratoire informerait un organisme de contrôle de la convention passée en mentionnant les noms des médecins participant à cet essai, ainsi que le montant des rémunérations. Parallèlement les médecins devraient naturellement déclarer ces rémunérations complémentaires aux organismes fiscaux.

En ce qui concerne les travaux fictifs dans les établissements de soins, le respect des dispositions actuelles suffit. Pour s'assurer que les astreintes de certains services sont réelles, les inspections des services pourraient être conduites à opérer des investigations inopinées et à demander des justificatifs sérieux aux remplacements par d'autres personnes que celles prévues et compétentes.

4) **Les objectifs de santé publique ne doivent pas organiser la rareté**

Dans le financement de la recherche et des actions de prévention.

On sait que la rareté confrontée à une forte demande a pour conséquence, en économie libérale, le renchérissement des valeurs. C'est vrai, -et acceptable- pour les biens de consommation courante, pour les services de spécialités, pour les objets de collections et les oeuvres d'art etc. Le besoin de soins ne doit pas subir cette loi économique. Tout homme a droit à la protection de sa santé, c'est un droit constitutionnellement reconnu :

"La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement".

Elle garantit à **tous**, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, **la protection de la santé**, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs..." (Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, réaffirmé par la Constitution de 1958.)

Dès lors que la demande est exprimée, tout doit être mis en oeuvre pour la satisfaire dans les limites des connaissances scientifiques, et en veillant à une distribution équitable de ces connaissances, la seule finalité étant de toujours mieux soigner. Rien ne peut prévaloir sur cet objectif. La seule exception envisageable ne peut relever que d'un choix de l'individu pour lui-même, à la condition qu'il ne nuise pas, par cette exception, à la santé d'autrui (cas des fumeurs et de toutes les activités polluantes, cas des maladies transmissibles ou contagieuses qui requièrent un sens de la responsabilité, cas de l'alcoolisme pour la procréation etc.).

Dès lors, en matière de santé publique, il semble qu'il convienne de privilégier les thérapeutiques qui donnent la meilleure chance à tous d'y avoir recours, parce qu'elles sont aisées, peu traumatisantes, industrialisables donc permettant des économies d'échelle, mais aussi parce que, ce faisant, leur emploi rend inutile le recours à des pratiques corruptrices. Ce qui ne signifie pas qu'il faille renoncer aux techniques innovantes, aux techniques lourdes, aux techniques onéreuses. Cela signifie seulement qu'il ne faut pas obérer irrémédiablement les ressources disponibles en négligeant les mesures préventives (recherche de vaccins, médecine de détection, hygiène publique etc.) qui permettront d'empêcher les maladies de se développer et donc économiseront des fonds. Cette antienne, malheureusement peu mise en pratique quand on songe à la médiocrité de la médecine en milieu scolaire ou sur les lieux de travail, permettrait de ne pas organiser littéralement la pénurie et, par suite, le recours, désespéré pour certains malades,

intéressé pour certains praticiens, à des offres crapuleuses.

L'exemple des greffes d'organes ou de tissus pose plusieurs questions aux décideurs.

Ces dernières années ont vu la raréfaction des dons d'organes pour différentes causes principalement éthiques et culturelles. Presque simultanément des dérives se sont révélées dans les pays du tiers monde, ou à l'occasion de désordres et de conflits armés, des ventes d'organes organisées par des réseaux créés dans l'unique objectif de réaliser des gains importants au mépris des règles sanitaires les plus élémentaires. Il ne sert à rien de se dissimuler la réalité et de refuser l'hypothèse que de tels faits sont possibles en France. Insinuer comme le font certains médecins que le fait d'évoquer une telle hypothèse participe à l'amplification des réticences des donateurs potentiels, relève d'une mauvaise foi évidente. En effet, un tel aveuglement ne permet pas de préparer les mesures nécessaires à rendre impossibles de tels trafics, laisse perdurer les rumeurs et laisse le champ libre à des idées pernicieuses.

5) Pourchasser la publicité médicale déguisée.

Ce sujet n'a pas été laissé en friche par le législateur et de nombreuses règles utiles existent.

Un premier effort consisterait à appliquer sans faiblir les règles existantes.

L'étape suivante serait de débusquer la publicité déguisée en particulier dans les médias. Trop d'émissions et d'articles de presse mettent sur le devant de la scène des médecins qui s'offrent ainsi au vedettariat et favorisent la demande de soins dans certaines spécialités coûteuses. Cette situation ne paraît pas saine. Le conseil de l'Ordre a pu ainsi dernièrement porter plainte à l'occasion d'une émission télévisée qui réunissait plusieurs chirurgiens-esthéticiens.

Une nouvelle réflexion sur ce sujet, rassemblant des responsables des médias, des praticiens, d'associations de patients et de représentants des pouvoirs publics pourrait utilement répertorier les nouvelles formes de publicité et examiner si elles paraissent compatibles avec les règles existantes et la déontologie médicale.

Conclusion

Si les phénomènes de corruption sont dommageables d'une façon générale pour l'individu, pour l'économie et pour la société civile, ils le sont davantage dans le domaine de la santé. Leur révélation provoque toujours une forte émotion dans une partie de la population blessée et fragilisée par l'épreuve de la maladie.

En revanche, plus qu'ailleurs se rencontrent des professionnels lucides et déterminés qui ne craignent pas de reconnaître l'existence de dérives préoccupantes. Moins qu'ailleurs l'hypothèse de corruption est rejetée comme nulle ou marginale et cette capacité à la vigilance est plus prometteuse que dans les secteurs où règne la cécité.

L'ambition de l'exposé ci-dessus serait satisfaite si, à l'instar du Comité National d'Ethique présidé par Axel KAHN, tous les organismes publics, parapublics ou sociaux, se mobilisaient pour "traquer" les dérives mercantiles. A chaque évolution de la science et de la

recherche médicale, les responsables doivent impérativement s'interroger, en n'écartant aucune hypothèse d'exploitation frauduleuse, aussi sordide qu'elle puisse paraître. Sans paralyser l'action, quelques dispositions simples suffisent fréquemment à décourager les entorses. Il ne sert à rien de faire l'autruche et la rapidité de réponse est le meilleur garant de l'efficacité en ce domaine.

Ainsi, la prévention de la corruption pourrait tirer profit des efforts d'évaluation des pratiques médicales souhaitée par plusieurs analystes et économistes si tant est que cette évaluation comporte une information objective sur le prix de revient usuel ou moyen. Cette information permettrait aux gestionnaires, aux contrôleurs et aux décideurs d'être alertés lorsque des disparités importantes seraient constatées.

De même les faits de corruption ne doivent pas être dissimulés à l'opinion publique. La révélation par les médias est souvent menée de façon insinuante et incomplète. Elle fait ainsi plus de tort aux professionnels de la santé qui auraient eu avantage à faire ces révélations eux-mêmes. Prendre les devants coupe souvent court à toute utilisation mensongère et aux généralisations abusives.

La course aux "scoops" journalistiques dans l'information des découvertes médicales pose non seulement un problème d'éthique mais aussi celui de redevances financières occultes. Ces flux financiers sont caractérisés par l'opacité qui entoure tant l'origine des fonds que leur véritable destination.

Les changements de comportements sont lents non seulement parce que les acteurs sont souvent persuadés qu'ils sont dans le vrai, mais aussi parce qu'à supposer qu'ils aient des doutes, il est souvent plus aisé de continuer dans la routine. Enfin, en matière de corruption, réagir peut apparaître comme de l'auto-flagellation voire de la niaiserie alors que dans d'autres secteurs la situation reste figée. Pourtant chaque îlot de résistance permet de regagner, à coup sûr, le terrain perdu et obligerait les corrupteurs à s'exposer.

III-3 LE COMMERCE INTERNATIONAL

Un an et demi après le lancement véritable d'un débat international sur la nécessité de lutter contre la corruption dans les transactions commerciales internationales¹⁹, il convient de tenter de définir les enjeux de ce projet au regard des avantages supposés que l'on reconnaît encore dans certains milieux économiques aux pratiques corruptrices et de mesurer autant que possible les conséquences négatives de celles-ci.

Quatre grands secteurs composent l'ensemble des activités d'échanges transnationaux pouvant comporter des risques de perversion des mécanismes de marchés par des montages corrupteurs :

- les marchés d'importation ;
- les marchés de services ;
- les marchés d'exportation de matériels et d'équipements ;
- les financements supranationaux de projets de développement ou de mutation économique régionaux.

Ils méritent d'être abordés séparément dans le souci de mieux déterminer les instruments utiles à la détection et à la répression des délits potentiels.

Une typologie des transactions exposées au risque de corruption s'avère en effet déterminante lorsque la qualité des acteurs pouvant intervenir dans le processus corrupteur est étroitement liée à la nature et à la réalisation de ces transactions.

En conséquence, concevoir un dispositif anti-corruption adapté requiert une connaissance préalable des mécanismes de fraudes, une capacité d'appréciation de l'utilité et de l'impact d'un possible mécanisme corrupteur dans le montage frauduleux d'ensemble et, enfin, la possibilité de cibler les opérateurs publics exposés à une démarche de corruption de la part des organisateurs.

1ère partie :

Types de marchés et risques corrupteurs

L'approche juridique de la corruption privilégie naturellement les caractéristiques de l'acte corrupteur et le rôle des personnes impliquées dans le pacte liant l'offreur et celui qui bénéficie de commissions. Cette approche sert de fondement à la réflexion engagée au sein de multiples groupes de travail constitués au sein de l'OCDE, du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne. Elle a pour objectif d'aboutir à une conception harmonisée des définitions : celle de la corruption tant active que passive, et celle des catégories de personnes pouvant être considérées comme agents publics ; ainsi pourront être imaginées des mesures de droit administratif et de droit civil facilitant la prévention et la détection de tels faits.

Tout l'enjeu des travaux en cours est dans ce besoin reconnu d'évaluation de la place de la corruption dans les mécanismes de fraude et dans la recherche de définitions communes. Pourtant, l'approche économique paraît tout autant déterminante au regard de cet enjeu. En effet, il convient d'éclairer le rôle et les actes précis des intervenants dans le processus corrupteur

19

□ Recommandation OCDE de mai 1994, mise en place de groupes de travail l'OCDE (juin 94) et au Conseil de l'Europe (février 1995), élaboration d'un texte relatif à la corruption de fonctionnaires étrangers par les Etats Membres de l'Union Européenne dans le cadre de la PIF.

destiné à faciliter la réalisation de la transaction frauduleuse ; ce qui revient à examiner la place de chacun dans la longue suite d'opérations, de procédures et de contacts qui concourent à la concrétisation d'un contrat commercial. En d'autres termes, chaque type de marchés génère une chaîne d'opérations caractéristique du domaine économique dans lequel s'inscrit le marché. Il en résultera donc des différences importantes tant au niveau de l'origine du montage que du point de vue des caractéristiques essentielles des instruments utilisés.

1) Les marchés d'importation

Le phénomène de la corruption dans les marchés d'importation est répandu quoique peu connu. Il comporte des caractéristiques propres notamment en ce qui concerne l'origine et les raisons de la mise en oeuvre d'un montage corrupteur destiné à rémunérer des intervenants publics étrangers ; ceux-ci peuvent être résidents ou avoir la nationalité du pays vendeur, mais il peut s'agir également d'agents publics résidant dans des pays tiers à l'échange.

C'est l'une des principales particularités du schéma corrupteur dans les flux d'importation. Celui-ci peut être circonscrit à une phase de l'opération commerciale ou bien s'articuler sur plusieurs étages du processus transactionnel selon le degré de sophistication.

Le cas le plus simple est celui d'un flux direct de marchandises ou de matériels partant d'un exportateur clairement identifié et arrivant chez un importateur tout aussi clairement définissable.

Le besoin de corruption peut apparaître, au début du processus, lors de l'établissement des documents d'exportation dont la production à l'arrivée atteste de la régularité de l'opération au regard des accords commerciaux entre pays.

Les autorités chargées de la délivrance de ces documents sont les premières visées par les manoeuvres corruptrices, ce qui constitue l'une des difficultés essentielles dans la détermination des raisons du transfert. Il peut s'agir tout aussi bien d'une proposition de l'importateur (industriel ou distributeur), d'une sollicitation de l'agent public étranger ou bien d'une "habitude commerciale" ancrée dans la logique du marché et, à ce titre, transformant la commission occulte en "instrument de régulation" en ce sens qu'il favorise l'accès au produit à certains et l'interdit à d'autres.

S'il s'avère nécessaire pour le corrupteur-importateur d'adopter une démarche corruptrice à d'autres étapes du déroulement de la transaction -par exemple dans des pays de conditionnement ou de préparation finale du produit- les manoeuvres corruptrices seront subséquentes, déterminées en partie par la première manoeuvre frauduleuse.

Il s'agit, en effet, pour l'organisation de fraude de mettre sur pied une logistique capable de maintenir l'association "flux commercial - documents faux ou falsifiés" jusqu'au destinataire.

L'allongement de la chaîne de traitement commercial et administratif créé par l'intervention d'entreprises intermédiaires représente de nombreux avantages par rapport à la nécessité de masquer les aspects délictueux de la transaction.

Des prestations comme le montage, la finition, le conditionnement, concourent à multiplier les facturations et ainsi à favoriser des sur- ou sous-évaluations selon la destination des transferts financiers liés au versement de commissions occultes.

Ces montages corrupteurs intéressent des secteurs d'activité divers où les échanges internationaux sont favorisés depuis 15 à 20 ans par des délocalisations d'activités ou des

complémentarités industrielles nouvelles entre pays de production ou de fabrication.

Compte tenu de l'interdépendance économique croissante des pays fournisseurs et des pays clients, les transferts financiers se sont diversifiés et couvrent, au-delà des transactions commerciales, des prestations de services qui permettent d'assurer une liaison permanente entre opérateurs commerciaux.

La détection des sommes affectées au versement de commissions occultes pose des problèmes nouveaux par rapport aux schémas d'investigation classiques qui retiennent presque exclusivement les entreprises directement concernées par la transaction commerciale

2) Les marchés de services.

Ils sont de plus en plus déterminants pour la mise en place des contrats commerciaux, la réalisation des transactions et leur suivi. Parallèlement leur développement favorise la création de montages corrupteurs complexes et difficiles à repérer.

Quels sont les services classiques ou plus originaux permettant des transferts financiers résultant du besoin de versement de commissions occultes ou bien encore de la nécessité d'alimenter des comptes destinés à assurer ces rémunérations occultes ?

Citons, entre autres, les techniques de courtage, d'étude et de prospection commerciale, la définition des conditions de mise en chantier de produits nouveaux, l'assistance technique au transport, aux opérations portuaires.

Or, ce sont des interventions qui donnent lieu à établissement et à versement de commissions régulières destinées à rémunérer des services utiles, voire indispensables pour la concrétisation d'un contrat commercial entre deux pays.

La détermination du caractère licite ou illicite de la commission s'apprécie actuellement au plan fiscal et au niveau judiciaire de façon pragmatique en prenant en considération chacune des pratiques ayant cours à l'étranger en la matière.

C'est dans le domaine des services, de la logistique commerciale et du transfert physique de marchandises, ainsi que dans le cadre d'interventions à caractère industriel et commercial (montage -assemblage - finition - conditionnement) qu'existent les plus grandes difficultés d'appréciation des conditions réelles de réalisation de la transaction.

Or le cadre juridique, économique, voire social, est loin d'être homogène en matière de commerce international. Les entreprises concurrentes, en toute logique, s'alignent progressivement sur les réglementations les moins exigeantes.

L'apparition de sociétés intermédiaires dans des pays à réglementation sommaire ou inexistante a coïncidé avec l'émergence de nouveaux intervenants commerciaux dont l'activité peut être marquée par un caractère illicite chronique. Les sociétés de service n'étant pas globalement intégrées économiquement aux intervenants commerciaux mais à la disposition de ceux-ci ont peu à peu pris une place prépondérante dans les circuits d'échanges et les circuits financiers allant jusqu'à maîtriser les aspects occultes de négociation de contrats.

En termes de prévention de la corruption, l'approche fiscale des commissions doit pouvoir s'appuyer, à l'avenir, sur des analyses ne se contentant pas d'être ponctuelles, mais portant sur la logique et la construction des circuits afin d'apprécier le rôle actif d'entremise auprès des

décideurs réels.

Cette remarque vaut davantage encore lorsque l'on examine les risques nouveaux de développement de la corruption dans le domaine des marchés d'exportation.

3) Les marchés d'exportation.

Les flux financiers relatifs au paiement de services rendus (faits) dans un pays tiers à l'échange peuvent avoir plusieurs conséquences.

Ils rémunèrent, en premier lieu, des prestations directement liées à l'obtention et à la concrétisation de la transaction. Ils peuvent être, en second, lieu destinés au versement de commissions occultes à des destinataires étrangers dont des agents publics. Enfin, ils facilitent les opérations de retour sur commission.

En réalité les facturations peuvent être aussi bien communes aux trois types de destination que différenciées.

La caractéristique essentielle du marché export est le soutien logistique au niveau de la prospection, puis de la mise en place des procédures, enfin au moment de la réalisation.

Les intervenants multiples fonctionnent en réseaux, assurant ainsi une continuité opérationnelle entre fournisseurs et clients tout en confortant l'activité financière liée à l'ensemble des étapes de commercialisation.

Les quelques rares investigations développées dans le domaine du commerce international dans le souci de détecter des manoeuvres corruptrices ont chaque fois montré l'énorme difficulté de clarifier l'origine des fonds utilisés à des fins de corruption.

Il apparaît, en effet, de plus en plus clairement que les organisations de fraude au travers de la diversité de leurs activités exportatrices (transferts de biens, chantiers d'équipement, opérations d'investissements à l'étranger) appuient leurs montages corrupteurs sur plusieurs instruments utilisés conjointement selon une chronologie propre à chaque type de transaction.

Il est donc déterminant, dans la perspective d'une coopération internationale adaptée à la lutte contre les manoeuvres corruptrices, de :

1. reconnaître le rôle singulier des sociétés relais, et notamment des sociétés de commerce, à une époque où leur mission s'avère essentielle pour des entreprises jeunes, innovantes et de petite dimension ;
2. considérer pour chaque type de transaction et chaque secteur d'activité les phases les plus exposées au risque corrupteur et cibler les professions exposées ;
3. faire un parallèle entre sociétés intermédiaires et sociétés exerçant une mission de service public, compte tenu de l'importance cruciale des professions de "mise en relation" et du rôle actif joué par certains agents publics au stade de la prospection.

La préoccupation majeure des groupes de travail constitués au sein de l'OCDE, du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne est la corruption des agents publics.

Dans le contexte des "transactions export", la notion d'agents publics recouvre des réalités bien différentes et oblige à examiner séparément les risques et la portée de l'acte

corrupteur à chaque moment de la transaction.

L'exportation est un enjeu national. La libéralisation des échanges s'accompagne d'interventions institutionnelles -destinées à promouvoir et à asseoir l'activité d'entreprises sur des marchés extérieurs- et d'actions logistiques. Ces actions sont exposées en permanence et de façon croissante aux pratiques corruptrices, en premier lieu dans des pays où la concurrence entre sociétés occidentales est particulièrement vive, compte tenu de la situation de pays "en transition" ou en développement des importateurs.

4) Les financements de projets de développement et d'action régionales.

Les financements destinés à l'aide au développement et à la conduite de politiques d'équipements n'échappent pas aux risques de détournement. Il s'agit sans doute là de l'aspect le plus contemporain de l'ancrage de la corruption dans la vie économique, en raison principalement de l'implication logique des pouvoirs publics.

Les mécanismes corrupteurs sont, en fait, déterminés par le type de fonds affectés et les rouages administratifs mis en place pour traiter, gérer les demandes d'attribution et pour contrôler les conditions d'utilisation de ces fonds.

Au sein de l'Union Européenne, dans le cadre des politiques d'affectation de fonds structurels, les fonctionnaires et autres agents publics impliqués dans le fonctionnement de ces procédures sont donc exposés au risque de corruption tant au niveau national que communautaire.

La majeure partie des procédures de soumission des candidatures et d'affectation de fonds se déroulent dans le cadre d'un partenariat entre Etats Membres et Union Européenne, incluant l'intervention d'organismes compétents et des partenaires économiques et sociaux désignés par l'Etat Membre.

Il existe donc une suite d'étapes et de procédures qui mettent en contact les services gestionnaires des fonds en charge de leur affectation, les services nationaux compétents et les bénéficiaires potentiels.

Ces derniers représentent une population hétérogène où l'on trouve, aussi bien des collectivités territoriales, des organismes parapublics en charge d'une mission de service public et des entreprises privées.

La corruption s'installe, principalement, dans les phases de procédures où la relation fonctionnelle entre opérateurs est purement formelle.

Deux conditions paraissent devoir être respectées pour assurer une transparence convenable de ces procédures :

- d'une part une indépendance fonctionnelle absolue entre agents responsables de l'affectation des fonds et agents en charge de leur gestion ;
- d'autre part une complémentarité renforcée entre organisme nationaux de lutte contre la fraude et instances supranationales de contrôle.

dans la transaction commerciale internationale

Au-delà de la distinction des divers types de marchés qui sont exposés aux risques, il importe d'aborder la question du rôle des agents publics dans la manœuvre corruptrice.

Compte tenu de la variété des situations pouvant entraîner une corruption d'agents publics divers, il convient d'apprécier la responsabilité de l'agent public au fur et à mesure du déroulement des étapes de réalisation de la transaction, sachant que la notion même d'agent public mérite un important effort de définition. En effet, parmi les opérations cruciales exposées aux risques de corruption, certaines impliquent des fonctionnaires, d'autres des personnes nommées pour exercer une mission de service public, d'autres enfin sont des élus.

Le déroulement chronologique des étapes commerciales et administratives d'une transaction conduit à distinguer :

- les préalables à la transaction ;
- la réalisation proprement dite ;
- les suites de l'opération commerciale stricte.

1) Les préalables à la transaction.

Nombre d'opérations se situant en amont de l'accomplissement de la transaction présentent de grands risques de perversion dans le but de soutenir le montage de fraudes commerciales.

A ce niveau les mécanismes corrupteurs déclenchés par les organisations frauduleuses appellent l'intervention d'opérateurs d'au moins deux pays ; le pacte corrupteur peut, tout d'abord, s'établir à l'origine, au moment de la détermination des caractéristiques essentielles de la transaction qu'il s'agisse d'une opération commerciale "pure", d'un marché d'équipement ou d'un projet d'investissement à l'étranger. Ces deux derniers types de contrats induisent à leur tour des flux commerciaux internationaux.

En la matière, il est difficile de déterminer, a priori, qui prend l'initiative du pacte. Cela varie selon le profil du marché, la nature des produits concernés, le contexte commercial interne aux pays co-contractants, notamment lorsque l'un d'eux est un pays en voie de développement.

Il peut s'agir soit d'une sollicitation, soit d'un agrément d'avantages. Afin de distinguer l'origine du pacte dans le pays exportateur et dans le pays importateur, il convient de prendre en considération :

- l'intérêt commercial de l'acheteur (contournement de réglementations restrictives, pratiques de dumping, soustraction aux règles de concurrence...) ;
- la finalité de l'opération (importation d'une marchandise illicite, fraudes commerciales classiques, intégration d'un opérateur intermédiaire dans un circuit de fraude durable...) ;
- la stratégie du pays vendeur (pénétrer un marché, conforter une position commerciale...).

Dans chaque cas, certains agents publics peuvent être amenés à favoriser, faciliter, voire à contribuer à l'organisation de la fraude.

. *la première étape* pouvant conduire à la corruption d'agents publics est représentée par le besoin de connaissance du marché, des projets de concurrents et des décideurs publics compétents ;

- *la seconde étape* correspond à la phase d'élaboration des documents nécessités par le respect des procédures (dossiers d'appel d'offre, autorisations préalables d'importation ou d'exportation, attestations relatives à la nature, à la qualité ou à l'origine des produits) ;

- *la troisième étape* consiste en la mise en concordance des documents émis par le pays de départ et de ceux à établir dans le pays d'importation au titre de l'application d'accords commerciaux internationaux.

A chacune de ces trois étapes, le profil des agents publics exposés au risque de corruption varie.

En tout premier lieu, sont exposés les décideurs économiques du pays pouvant faciliter la réalisation des échanges :

- fonctionnaire des ministères techniques (Commerce - Industrie - Agriculture...);
- dépositaires d'une délégation de service public lié au Commerce international (Chambres de Commerce, Agences d'expansion économique...).

A un deuxième stade, les services pouvant être impliqués sont ceux qui ont en charge l'établissement des autorisations et attestations préalables. A ce niveau, la relation fonctionnelle entre bureaux spécialisés par secteur (industriel et commercial) et organes habilités à établir les documents de validation est déterminante. La corruption peut donc toucher indistinctement soit l'un ou l'autre niveau, soit -et ce dernier cas peut être qualifié de fréquent- l'un et l'autre.

Enfin, il s'avère quelquefois nécessaire de "faire admettre" les documents en provenance de l'étranger par les services homologues du pays d'implantation de l'entreprise importatrice.

En conséquence, dès cette phase, la destination des commissions occultes peut être multiple, et ce, notamment dans le cadre de contrats commerciaux ou de transferts de matériels d'équipement établis dans le temps. D'où l'importance des bureaux d'études, agences d'expansion et entreprise intermédiaires ou filiales étrangères en relation avec les organisations de fraude dans la gestion et les transferts de commissions occultes.

2) La réalisation de la transaction.

- Les phases sensibles de réalisation de la transaction sont, avant tout, représentées par:
- la mise en place des circuits documentaires (documents commerciaux et administratifs, documents de facturation,...) ;
 - la présentation des dossiers aux administrations de contrôle ;
 - la vérification de conformité entre la description documentaire et la réalité physique de l'opération.

Dans *la première phase*, l'objectif du versement d'une commission occulte est de favoriser la réalisation de la fraude au niveau des intervenants logistiques.

Au point de vue de la qualité de l'intervenant sollicité pour accompagner la fraude projetée, il convient d'observer l'implication fréquente de délégataires de missions de service

public dans les opérations de transport et dans la phase de préparation des contrôles administratifs.

Les ports et aéroports, zones de transit, sites multimodaux accueillent des professions dont les fonctions essentielles sont d'assurer l'interface entre opérateurs commerciaux et d'insérer dans les circuits documentaires des actes constitutifs d'écrans comme la création de facturations relatives aux prestations fournies. Or ces tâches indispensables à l'accompagnement de la transaction peuvent être à l'origine de facturations multiples pour une même opération logistique ou même de facturations qui ne correspondent pas à des prestations effectives.

La deuxième phase, consistant en la présentation des dossiers aux administrations de contrôle met en avant la relation entre logisticien et fonctionnaire.

Ce moment de la réalisation de la transaction appelle une relation établie, confiante, durable entre "partenaires". Le risque corrupteur est donc ici géographiquement limité, et structurel. En réalité, cette phase exige de l'organisation frauduleuse un contact fréquent avec les agents exposés compte tenu de la nature de l'acte attendu d'eux, qualifiable d'"acte par défaut".

La troisième phase, enfin, englobe l'ensemble des opérations de contrôle consistant en une vérification de l'adéquation entre la description documentaire de l'opération et sa réalisation physique. La relation corruptible implique alors, dans le cadre de l'exercice des contrôles de validité de la transaction, les agents publics ayant une mission de détection de fraudes commerciales. Elle implique aussi nombre d'intervenants commerciaux et logistiques pouvant agir indirectement par le relais de leur mandataire auprès de ces fonctionnaires de contrôle.

L'évolution des pratiques de corruption conduit à penser que le pacte corrupteur est, de plus en plus, inscrit dans une continuité d'échanges commerciaux, ce qui permet la mise à contribution d'agents publics "testés", devenant ainsi sûrs et, peu à peu, intégrés dans un processus frauduleux solide et durable.

Prenons le cas d'exportations ou d'importations temporaires de matériels de chantier destinés à être utilisés sur des sites étrangers à l'occasion de grands travaux à caractère public. L'échange commercial s'inscrit ici dans le cadre plus large de projets d'équipements ou d'investissements qui, du lancement des concours aux extensions possibles des objectifs initiaux, conduisent à l'intervention d'une suite d'agents publics à statuts divers.

La corruption de l'échange commercial international est alors à observer dans le contexte d'un ensemble d'opérations économiques qui lient des entreprises et les représentants de l'autorité publique, à travers deux pays au moins, de manière continue. La cession des matériels de chantier sur place favorise la constitution de caisses noires par fixation d'un prix de cession différent de la valeur résiduelle du bien.

3) Les suites de l'opération commerciale stricte.

Le pacte corrupteur moderne entre entrepreneurs privés et agents publics prend place dans un système de flux commerciaux dépendant de contrats s'inscrivant dans la durée. Cette évolution notable du phénomène de la corruption transnationale conforte la position d'intermédiaires aux fonctions variées (études de projets, préparation de négociations commerciales, prospection, régularisations financières postérieures à la transaction...).

Les instruments utilisés pour le transfert de commissions sont donc tout aussi importants que les outils du versement de celles-ci. Or, les premiers sont de plus en plus intégrés

dans le corps de la transaction.

Revenons, à titre d'exemple, sur le cas des matériels de chantiers. Ils sont exportés pour les besoins d'une intervention déterminée par l'obtention d'un marché. Celle-ci a pour conséquence immédiate l'exportation d'engins, soit standards, soit créés pour les besoins particuliers du projet. Le cas se présente notamment dans le cadre de grands travaux d'infrastructure routière ou portuaire et plus généralement dans le cadre de grands chantiers d'infrastructures publiques.

A la fin des travaux, le maintien des matériels sur place, par cession à des entreprises nationales ou filiales de groupes étrangers, va donner lieu à des jeux de factures favorisant des transferts financiers dont l'objet peut être la rémunération occulte de décideurs publics. Ceux-ci peuvent être impliqués de façon variable : dans l'attribution du marché, dans la mise en place des procédures relatives à l'importation des matières, dans le contrôle des opérations ou dans les phases d'achèvement du chantier.

Il en est de même au niveau des prorogations éventuelles de contrats suite, par exemple, à des retards de livraison ou de réalisation, ou en cas de nécessité d'extension de l'objet initial du contrat.

Les études supplémentaires et la constitution d'avenants sont autant de moyens propres à créer des avoirs à l'étranger destinés à rémunérer de manière occulte des agents publics résidant dans les pays d'intervention.

3ème partie :

Typologie de la fraude et mécanismes de corruption

Les perspectives à court et moyen termes de la réflexion menée au niveau international en matière de prévention, de détection et de répression des faits de corruption rendent nécessaire la définition de méthodes d'analyse et d'enquêtes fondées sur la connaissance des mécanismes de fraudes.

Il en est ainsi, plus particulièrement, dans le domaine des fraudes internationales touchant aux marchés publics et aux échanges commerciaux, lesquels sont actuellement de plus en plus interdépendants.

1- Transactions commerciales, contrats et marchés

Le temps est révolu d'un risque de corruption homogène déterminé par des fraudes commerciales classiques fondées sur le détournement de réglementations techniques. Le premier enjeu de la corruption est la conquête et la conservation d'un marché.

De plus, en ce qui concerne les marchés publics, la concurrence s'accroît en raison de nouvelles possibilités d'accès pour les sociétés étrangères, comme c'est le cas dans le cadre de l'Union Européenne, mais aussi du fait de l'émergence d'entreprises originaires de jeunes pays développés dynamiques.

Les montages commerciaux s'adaptent au contexte du marché, et mettent à contribution des opérateurs dont les responsabilités et les fonctions peuvent être différentes d'un pays à l'autre. Il en découle des mécanismes de fraudes adaptés aux pays et aux produits.

Le temps est donc aussi révolu où l'on pouvait considérer qu'un fait de corruption pouvait être détecté au cours d'un contrôle ciblé dont l'objectif était de révéler la réalité d'une fraude clairement déterminée et donc appelant l'utilisation de techniques d'enquête et de recherches traditionnelles.

L'existence et le développement de certaines filières de fraude sont fondés sur la rémunération occulte d'actes administratifs illégaux ou de décisions d'ordre public dévoyées.

L'attribution fallacieuse d'un contrat, l'octroi abusif d'une autorisation de mise sur le marché d'un produit, la création de documents de complaisance peuvent être successivement utilisés à l'intérieur d'une même transaction transnationale.

Il est indispensable de mettre en lumière les spécificités des mécanismes de fraude lorsqu'il s'agit de détecter, au sein d'une même transaction, des actes de corruption multiples et les transferts financiers qui en découlent.

En quelques années, l'action de lutte contre la fraude a évolué vers une meilleure prise en considération des mécanismes de fraudes. Du traitement de cas ponctuels, chaque fois considérés comme formant un tout, on est passé à la notion de risque de fraude, de filière et de réseau.

Les réflexions et discussions internationales en cours montrent à l'évidence que l'on est parvenu à un stade supérieur : l'objectif est d'appréhender la notion de grande fraude dans ce qui est son ressort même, à savoir : faire obtenir à ses concepteurs et à ses organisateurs le plus grand bénéfice possible, donc inscrire la fraude dans la durée en s'appuyant sur la pesanteur des systèmes de contrôles et la négligence, ou, pire, la complicité de représentants de l'autorité publique.

2- Mécanismes corrupteurs et profils frauduleux

Le faux cachet, le faux document, l'obtention occulte de renseignements sur les conditions de passation de marchés, la substitution de documents, la refacturation en cours de réalisation de la transaction sont autant de techniques utilisant la corruption qui peuvent insérer plus ou moins la fraude dans un schéma de délinquance économique et financière durable, organisée, contrôlée par le sommet de l'organisation criminelle.

L'utilisation de sociétés off shore, de sociétés écrans, de courtage ou de facturation dans un pays tiers à l'échange, notamment par le biais des filiales, renforce le caractère permanent et structuré du montage frauduleux et favorise les transferts financiers illicites permettant la constitution de "compte-caisses noires" source de financement de la corruption.

Cette exploitation des faiblesses des procédures démontre la place centrale qu'occupent celles-ci dans la conception de chaque mécanisme corrupteur.

L'"utilité" de la corruption pour les personnes impliquées dans l'acte corrupteur est donc naturellement différente selon le type de transaction économique, commerciale, financière.

Le rôle de la corruption est donc selon les cas :

- l'obtention d'informations préalables à l'établissement d'un contrat ou à la remise d'un dossier de candidature pour l'obtention d'un marché à l'étranger;

- le simple "déverrouillage" d'une procédure de contrôle portant sur la légalité de l'opération, la bonne application de la réglementation ;
- l'achat d'un visa favorable à l'obtention d'un avantage financier à caractère de subvention ;
- de rendre inopérant un contrôle de Fond (au moment de la validation de l'opération ou a posteriori).

Mais d'autres motivations peuvent exister. La justification économique d'une transaction peut être douteuse. Pensons notamment aux cas de subventionnement d'actions de coopération dans les pays en voie de développement. Ici la corruption est le délit pivot autour duquel se constituent les montages frauduleux.

La fonction de la corruption est donc variable. Cette diversité des situations est appelée à croître au fur et à mesure que la mondialisation des échanges et l'eupéanisation des marchés publics et privés se développeront.

Tous ces cas potentiels vont concerner des catégories de décideurs publics de plus en plus nombreuses parmi lesquelles il convient de citer les autorités chargées :

- d'exercer le choix des opérateurs dans le cadre des procédures de passation des marchés (collectivités territoriales - Administrations d'Etat - Etablissements publics) ;
- de faire établir et de viser les documents autorisant une société à accomplir un type de transaction déterminé comme par exemple les exportations soumises à autorisation préalable ;
- de pratiquer les contrôles relatifs au respect des accords commerciaux internationaux (Fonctionnaires d'Administration centrale).

Ainsi donc se pose le problème central de la détection de la corruption.

Est-ce une simple question de détermination de modes opératoires, ou bien s'agit-il de mettre en place des nouvelles méthodes d'investigation, ou bien encore est-ce avant tout un problème de connaissance systématique des mécanismes, ce qui nécessite l'exercice d'une "Mission de Renseignement" ?

3- Vers la création d'instruments anticorruption autonomes

Le choix de la réponse est déterminant. En effet, de celui-ci dépendra le mode d'intervention, soit prévenir, soit lutter contre la corruption et dans ce deuxième cas, soit par les moyens classiques de l'Anti-Fraude, (techniques de contrôle et d'enquêtes traditionnelles), soit par des méthodes nouvelles, spécifiques, orientées vers l'objectif prioritaire Anti-Corruption.

Au plan international il apparaît nécessaire d'envisager des politiques anti-corruption autonomes par rapport aux stratégies anti-fraude.

Pour quelle raison privilégier une Politique Anti-Corruption autonome ?

Tout d'abord, à cause de la multiplicité des Administrations nationales chargées de la lutte anti-fraude.

Ensuite, en raison de l'importance croissante des organisations de fraude, et aussi parce que :

- la qualité des opérateurs compte maintenant autant sinon plus que la nature des fraudes ;
- les stratégies de fraudes sont de plus en plus élaborées et qu'elles impliquent tout à la fois agents privés et agents publics ;
- le besoin est ressenti d'accroître l'efficacité des stratégies anti-fraude.

Il s'agit donc bien de concilier le développement de la lutte Anti-Fraude et la nécessaire mise en place d'une stratégie Anti-Corruption bénéficiant d'une autonomie et de moyens d'interventions propres.

Une fois admis le principe de l'autonomie, il s'agit de préciser de quelle manière intervenir.

Les instruments adaptés à cette lutte spécifique pourraient être :

- un observatoire des mécanismes qui impliquerait la reconnaissance de la mission de centralisation de l'information sur les soupçons de corruption ;
- un centre d'analyse des risques de corruption capable de mener des recherches adaptées à chacun des types de transactions.

Ces orientations transparaissent déjà dans les travaux de groupes constitués au sein de l'OCDE et du Conseil de l'Europe.

En fait, il apparaît maintenant essentiel de prendre en considération le large éventail de fraudes découlant de l'activité de commerce international en intégrant les délits liés aux transactions commerciales proprement dites, ceux relatifs aux marchés publics d'équipement à l'échelle internationale et enfin les délits financiers résultant d'activités économiques transnationales.

La corruption est au point de rencontre de cet ensemble de plus en plus imbriqué. Il importe donc de favoriser les instruments nécessaires à la prise en compte globale des éléments d'information portant sur les pratiques frauduleuses de la délinquance économique et financière organisée.

SECTION IV

PREVENTION DE LA CORRUPTION :
DE LA PRISE DE CONSCIENCE DES RISQUES
A L'ETHIQUE DE LA RESPONSABILITE

1) Avantages d'une approche critique par la mise en évidence des risques :

- a) Elle est la seule référence objective s'agissant de la corruption, en l'absence de statistiques (celles-ci ne pouvant être que lacunaires puisque la corruption est un délit occulte); déceler, par une analyse technique fine, les points de fragilité propres à un secteur, à une activité, c'est remplacer une approche arithmétique nécessairement tronquée (tous les faits ne sont pas détectés) par un diagnostic préventif (pour empêcher, rendre plus difficile la survenance de tels faits).
- b) La notion de risque est familière à l'élu (qui doit, par exemple, gérer les risques en matière de sécurité) comme au chef d'entreprise (confronté au risque bancaire, au risque financier, au risque commercial...).
- c) L'anticipation des risques est préférable à la gestion "à chaud" des crises : ce qui est vrai en matière de sécurité civile (mieux vaut prévenir accidents et catastrophes), l'est également s'agissant des "affaires" qui sont des soubresauts politico-médiatiques.
- d) La notion de risque est éclairante pour parler d'éthique : le "il faut faire cela" se mue en "on a toujours fait ainsi" lorsque ne sont pas soulignés les risques de routine et d'aveuglement propices à l'éclosion de pratiques corruptrices. Insister sur des obligations sur le mode du "on doit" n'explicite guère les menaces pesant sur leur traduction pratique. On appréhende mieux le sens d'une norme lorsque l'on perçoit les multiples manières de s'en écarter.
- e) L'approche critique se distingue du calcul cynique qui peut lui se résumer en ces termes : le risque de manquement à l'éthique est considéré comme moins grave que le risque de perte de compétitivité, lequel peut être écarté par le recours à des pratiques corruptrices,-(versement d'une commission pour obtenir un marché, par exemple), si tant est que l'on ne soit pas dissuadé par un risque de sanction au cas où l'on serait découvert. Le risque de manquement à la règle morale n'est pas même regardé comme un réel paramètre à prendre en compte au moment du choix. Calcul des risques, échelle des risques, gradation des risques : l'éthique est perdante parce que l'on n'en escompte aucun gain. Eviter le risque d'être sanctionné en cas de manquement (à l'éthique, à la loi), tel est l'objectif du calcul cynique qui peut trouver matière à justifier la corruption en la présentant comme un risque moindre (= faible risque d'être découverte, faible perte de prestige entraînée par elle, comparée aux inconvénients immédiats découlant de la perte d'un marché). L'approche critique débusque les ressorts de tels sophismes, tout comme elle évite que la généralisation de la notion de risque n'en vienne à diluer les responsabilités.

Le risque est en effet une notion distincte de celle de faute ; comme

l'observe Bernard SPITZ dans son ouvrage "La morale à zéro"²⁰ : «on est passé d'un système fondé sur le comportement fautif, et donc centré sur la responsabilité, à un système fondé sur l'indemnisation et donc centré sur la victime. (...) Mais cette évolution, essentielle du point de vue de la protection des individus, présente un inconvénient moral (...) Moralement, l'absence de faute conduit à l'absence de fautif, et c'est ainsi que se fabrique la zone grise.» (p 85)

Or, notre approche par la prise de conscience des risques doit au contraire mener à un renforcement de la responsabilité qui ne soit pas la "responsabilité sans faute" au sens juridique habituel de l'expression.

2) L'inventaire des risques :

Nous distinguons "risques objectifs" et "risques subjectifs".

Les risques objectifs concernent des situations : cumul des mandats, conflit d'intérêts, cumul des fonctions d'élu et de conseil d'entreprise, avec le risque de commettre involontairement des faits délictueux tels la prise illégale d'intérêts ou le délit de favoritisme.

Les risques subjectifs touchent à l'attitude du citoyen, de l'élu, du décideur... : risque de se méprendre à la fois sur la nature du problème, - la corruption en l'occurrence, - et sur la solution à y apporter : prévention, répression, éthique... ; les risques subjectifs ont partie liée avec les mentalités, l'héritage culturel, le seuil de tolérance à l'égard des pratiques corruptrices, le sentiment d'impunité plus ou moins répandu....

Opérer cette distinction ne revient pas à préférer la commodité d'une grille formelle aux exigences de l'analyse concrète, tant s'en faut. Le but est d'alerter sur l'imbrication de ces deux "catégories" de risques : un "risque objectif" sera d'autant plus difficilement détecté qu'aura plus d'emprise le "risque subjectif" d'indifférence à la corruption. Tremper à son insu dans une affaire de corruption, commettre en toute bonne foi un tel acte ("risque objectif", indépendant d'une intention frauduleuse) sera d'autant plus facile, d'autant plus probable que l'on aura sous-estimé l'obstacle et surestimé la stratégie ("risque subjectif"). Les "risques subjectifs" varient selon les pays, ce qui conduit à des appréciations diverses quant aux "risques objectifs". Ainsi, Yves MENY oppose-t-il la culture anglo-saxonne à la pratique française, moins rigoureuse, moins soucieuse de prévenir le risque de conflit d'intérêts²¹.

Une réelle prise de conscience des risques, telle que nous la préconisons, ne peut se réduire à un inventaire statique, à un diagnostic figé en une liste de préconisations privilégiant l'élément objectif plutôt que le facteur subjectif (et vice versa), sans percevoir leurs liens.

Il ne suffit pas de donner des "clés" pour détecter les "risques objectifs" ou, à l'inverse, de s'employer à conjurer les "risques subjectifs" par une politique de communication. Ces deux stratégies, pour être différentes, n'en seraient pas moins identiquement inefficaces :

- afin que les "clés" puissent trouver un utile emploi, encore faut-il avoir la ferme volonté de les utiliser, ce qui renvoie à un facteur "subjectif". S'il est vrai que la législation est souvent complexe, voire parfois confuse, un tel constat ne saurait justifier la méconnaissance, fût-elle involontaire, des règles. Certes, les "clés" serviraient à rappeler lesdites règles, mais l'"inflation déontologique" irait alors de pair avec l'"inflation législative" unanimement condamnée. En effet, l'accent mis sur

20

□

Editions du Seuil - octobre 1995.

21

□

"La Corruption de la République" (Editions Fayard - 1992)

la déontologie peut subrepticement se traduire par (ou être le résultat de) l'oubli du bon sens qui invite à veiller par les moyens les plus simples au respect de la loi, en évitant, par exemple, de se trouver dans une situation glissant vers la prise illégale d'intérêts ;

- la seconde stratégie (axée sur les "risques subjectifs") laisserait supposer que la "sensibilisation" au problème de la corruption peut tenir lieu de politique préventive, sans qu'au préalable soient décelés les points de fragilité. Le code de déontologie se réduirait alors à l'affichage de bonnes intentions.

La prise de conscience des risques impose, -c'est une évidence-, d'avoir une perception globale de ces derniers avec leurs imbrications. Elle débouche naturellement sur une éthique de la responsabilité, conjuguant précision du diagnostic (pour cerner les "risques objectifs") et détermination à agir en évitant de s'enliser (les "risques subjectifs" guettant les bonnes volontés pour les transformer en velléités). Sans doute faut-il déjà pressentir ce que sont les exigences de l'éthique de la responsabilité pour accepter de s'engager dans l'ingrate voie de la prise de conscience des risques récusant le calcul cynique plus soucieux d'en terminer avec l'obligation morale qu'avec la corruption. Il serait également hasardeux d'assimiler urgence (donnée objective) et précipitation (réponse subjective) : nous préconisons une action certes immédiate, car l'urgence n'attend pas, mais s'inscrivant dans la durée car son succès dépend de la constance et de la persévérance de tous.

Une liste est ici proposée, qui n'a rien d'exhaustif sous peine de manquer son but, à savoir stimuler la réflexion de chacun en l'invitant à prendre la responsabilité de mettre en évidence les risques de corruption propres à son secteur d'activité :

3) risques objectifs :

Ils tiennent à des situations et donc aux spécificités d'un secteur ou d'une fonction.

a) S'agissant des secteurs, nous avons montré, dans notre précédent rapport, qu'aucun d'entre eux n'était à l'abri de la corruption.

Les secteurs d'activité affichant de fortes convictions éthiques ne sont pas des citadelles inexpugnables. Un travail de sape peut en miner les fondations. Ainsi, des mécanismes corrompteurs sont susceptibles d'être à l'oeuvre dans le domaine sportif, pourtant censé cristalliser le désir de morale ("que le meilleur gagne") partagé par tous (engouement du public, et pas seulement d'une coterie, pour des "règles du jeu" à tous les sens du terme).

Plus qu'ailleurs, la corruption y semble inacceptable parce que contradictoire avec la nature même de l'activité. Que la corruption existe dans les marchés publics est regrettable mais non surprenant. En revanche, qu'elle soit présente sur le terrain d'élection de l'éthique a de quoi désorienter ceux qui sont à la recherche du modèle: n'a-t-on pas transformé l'idéal sportif en succédané d'instruction civique à usage des quartiers en difficulté? La demande d'éthique, diffuse, avait à s'incarner dans la compétition loyale.

Or, il existe un hiatus entre cette affirmation de l'excellence du sport et, la banalité de certaines pratiques corruptrices qu'on y décèle. On aurait pu penser que la fraude y avait forgé des instruments innovants, comme pour rendre un indirect hommage à l'incorruptibilité supposée de l'idéal. Or, ce sont des mécanismes classiques qui sont révélés (décrits dans notre précédent

rapport annuel).

Pressentant que l'éthique proclamée n'était pas un antidote suffisant aux errements pratiqués, nous avons également porté notre attention sur le secteur de la santé. Sport et santé : la corruption y fait figure de phénomène inacceptable aux yeux de l'opinion publique ; cette réprobation est salutaire parce qu'elle évite de sombrer dans l'accoutumance à la corruption. Or, certaines pratiques douteuses peuvent susciter moins d'émotion dans d'autres secteurs, ce qui leur permet de s'y développer à loisir en ne négligeant pas une certaine sophistication.

Ce constat d'une transposition des mécanismes classiques de la corruption à des secteurs peu susceptibles, a priori, d'en être affectés, ne saurait imposer des stéréotypes dispensant d'une analyse secteur par secteur pour dégager le type de corruption qui le caractérise. C'est à chaque responsable, (aidé de ses collaborateurs), de se livrer à ce travail que nul "expert", -fût-ce en déontologie-, ne peut faire à sa place, même en apportant un éclairage précieux.

L'objectif étant, pour chaque cas, de ne pas manquer ou masquer l'ampleur du problème, encore faut-il rompre avec les idées reçues. A titre d'exemple, notre étude sur le commerce international montre que les pratiques corruptrices se greffent directement sur des circuits financiers réguliers, sur des filières qui, par elles-mêmes, n'auraient rien de frauduleux. Doit ainsi être abandonné le schéma simpliste où les opérations délictueuses sont cantonnées à des circuits illicites. De la même manière convient-il de ne pas s'en tenir à l'image grossière du pot-de-vin fruste (sous la forme d'une enveloppe contenant des espèces) ; l'échange corrompu peut en effet prendre des formes plus subtiles : l'influence devient un bien immatériel servant à acheter de l'influence en un processus cumulatif... jusqu'au moment où l'on influe sur le pouvoir de créer des normes,... ce n'est plus alors l'application au cas par cas qui est négociée que son élaboration elle-même.

b) S'agissant des fonctions:

Les possibilités de corruption varient suivant les situations et donc selon le rôle de chacun : la position de l'élu n'est pas celle du chef d'entreprise ou du fonctionnaire, les prérogatives et le statut n'exposant pas aux mêmes risques ou aux mêmes tentations. Au sein même de la fonction publique, certaines administrations sont plus vulnérables que d'autres aux agissements corrupteurs ; lorsqu'il est détenteur d'un pouvoir de décision, d'appréciation ou d'autorisation, le fonctionnaire (l'agent public en général) peut faire l'objet d'une manoeuvre par laquelle on cherchera à le soudoyer.

La tentative frauduleuse n'étant pas nécessairement maladroite, la vigilance s'impose pour ne pas y céder quasiment malgré soi. Il existe un problème de limite à ne pas franchir, qui sépare convivialité, échange de civilités, d'avec la complicité inconsciente, -si l'on peut dire-, amenant à cultiver "le service rendu" débouchant sur l'échange de services.

La bonne foi ne dispense pas d'être sur ses gardes puisqu'existe aussi le risque de manquement involontaire à certaines obligations de nature administrative, (des cas de délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts l'ont montré).

4) Risques subjectifs

Le risque de confondre exhortation et stratégie

L'argument moral est inopérant lorsqu'il est utilisé sans être le résultat ni le prélude d'aucune action, de façon purement réactive, et simplement pour stigmatiser à moindre frais des

travers. Il n'offre alors de solutions qu'extrêmes : tout ou rien, le rejet brutal des pratiques corruptrices, quoi qu'il en coûte, ou la résignation. Or, prévenir la corruption invite à refuser ce dilemme et à peser les implications des choix stratégiques à opérer.

Le risque de corruption du discours éthique

Menacé de vacuité et de confusion ("Tous ces grands noms qu'on donne aux vertus et aux vices réveillent plutôt dans l'esprit des sentiments confus que des idées claires", affirmait Malebranche)²², le discours éthique peut n'être qu'un faux-semblant et offrir matière à sophismes ("responsable mais pas coupable" ; "je ne suis responsable que devant mes électeurs"...).

Abondamment invoquée, l'éthique ne ferait alors qu'ajouter la confusion à la confusion et, loin d'être un instrument de lutte contre la corruption, ne serait qu'un leurre.

Le risque de relativisme paralysant

Si des pays ont peine à faire coïncider leur définition de la corruption, il n'en sera que plus difficile de forger un discours éthique commun qui ne se réduise pas, justement, à un discours. Cette emprise d'un héritage juridique et culturel borne singulièrement tout plan d'action concertée.

Le risque d'accoutumance et de complaisance à la corruption

Lorsque l'argent devient la mesure de toute chose, les affaires tendent à glisser vers l'affairisme sur fond de complexité, imbrications et conflits d'intérêt. L'opacité se conjugue avec l'esprit de routine (du style : "il en a toujours été ainsi...") pour dissuader d'aller plus avant.

Le risque de donner une mauvaise réponse à une bonne question

- une vraie question : comment surmonter certaines rigidités administratives ?
- une fausse réponse : elle tient aux mentalités (facteur de "risque subjectif", tel que nous l'avons défini) ; Yves MENY, dans l'ouvrage précité, évoque <<la nécessité fonctionnelle d'intervention de l'individu "bien placé", au "bras long", pour dénouer ou surmonter les rigidités de procédures compliquées à l'excès (p. 302). (...) S'appuyant sur leur légitimité démocratique, invoquant leur mission de "chefs d'entreprise" au service de leur collectivité, les élus se sont de moins en moins embarrassés des règles et procédures, considérées comme inutiles, gênantes, et ont surtout cherché à atteindre des résultats tangibles. Ils ont été aidés dans cette tâche par le mépris des Français en général et des élites en particulier pour des règles à vrai dire si nombreuses et si complexes qu'elles sont effectivement sources de paralysie administrative. L'arrangement a été érigé en système de gouvernement >> (p. 303).

III- Déontologie en général et prévention de la corruption en particulier

Dans un article du journal "Le Monde" (du mardi 14 novembre 1995), intitulé "Gardien de la morale des banques", le rôle préventif de la déontologie est mis en lumière.

<<"Les scandales financiers ne sont pas seulement condamnables parce qu'ils choquent la morale mais aussi parce qu'ils portent gravement atteinte aux possibilités de fonctionnement de l'ensemble des activités bancaires et boursières", confie sans fausse pudeur, Denis HUOT, directeur de la déontologie du groupe Paribas. C'est pourquoi il existe dans chaque établissement financier des "déontologues" dont la fonction consiste à vérifier que les lois, règles et règlements visant à maintenir la transparence et la sécurité des marchés, à prévenir les délits d'initiés mais

22

□ "Traité de morale" (1,2,2 p. 15, JOLY) : commentaire de Pierre AUBENQUE in la Prudence chez Aristote p.1, PUF, 1976.

aussi à veiller à la défense des intérêts du client ou à lutter contre le blanchiment de l'argent, soient bien respectés>>.

L'intérêt d'une telle démarche est de pouvoir tableer sur l'existant pour adapter, ultérieurement, les méthodes et procédures à l'objectif spécifique qu'est la prévention de la corruption. Mieux vaut partir de ce qui est déjà opérationnel plutôt que de construire, ex nihilo, un code de déontologie. Cette règle vaut pour tous les secteurs : il est rare, en effet, qu'aucune recommandation éthique, -fût-elle embryonnaire-, n'y ait été édictée. Greffer une stratégie "anti-corruption" est dès lors fructueux, si l'on prend deux précautions :

- éviter de procéder de manière hâtive (ce point est développé en page 149, sous le titre "évaluer les limites des instruments classiques") : un "greffon anti-corruption" est exposé au risque de "rejet" si le code de déontologie se contente de mentionner le problème sans lui réserver un réel traitement technique. Pour prévenir les comportements corrupteurs, l'éthique ne peut se passer d'une analyse technique de leurs ressorts puisqu'elle la réclame afin de récuser faux-semblants et effet d'affichage ;
- examiner les priorités du secteur (dans l'exemple que nous citons, la prévention du délit d'initié) : si l'on cherche à faire de la prévention de la corruption un objectif supplantant tous les autres, on risque de fragiliser cela même que l'on veut défendre pour en faire une finalité irréaliste parce que non véritablement prioritaire aux yeux de l'institution. Les codes de déontologie abordent souvent des problèmes autres que celui de la corruption : on ne peut en faire abstraction par une "inversion de tendance" qui prétendrait privilégier notre propos. Eluder le problème de la corruption ou évincer tous les autres pour ne mettre l'accent que sur celui-ci est également voué à l'échec. C'est donc un travail d'articulation fine qui est requis, plutôt qu'une simple liste de recommandations, procédant par rajouts successifs (fût-ce au bénéfice -apparent- du thème de la corruption).

IV- Préconisations

Six préconisations sont ici formulées :

- 1.évaluer les limites des instruments classiques ;
- 2.examiner les implications concrètes d'une stratégie fondée sur les délits-obstacles;
3. opposer au réseau corrupteur un maillage préventif ;
- 4.articuler au devoir de probité le devoir de prudence ;
- 5.fonder, et non pas simplement décréter, une éthique de la responsabilité ;
- 6.conjuguer approche philosophique, juridique et gestionnaire.

1 - Evaluer les limites des instruments classiques :

L'éthique ne doit pas être une redite se bornant à privilégier :

a) les contrôles :

Il semble aller de soi qu'un renforcement des contrôles diminuerait les risques de manquement au devoir de probité. Or le constat peut démentir l'évidence.

<<La multiplicité des réseaux de contrôle est chose étonnante : les contrôleurs gênent, censurent, morigèment, les rapports se multiplient - sans pour autant être suivis d'effet (...) ²³.

<<(…) le contrôleur défend l'ordre - administratif, économique et financier. Or la vie est désordre, dispersion, invention : le contrôleur a l'impression de vivre de façon décalée, accordée au passé, de vivre dans un monde d'idées qui sont contestées (le contrôlé conteste volontiers la légitimité du contrôleur). Il y a par définition un malaise permanent du contrôle dont le sens n'est guère compris>>²⁴.

Le contrôle peut se borner à une suite de vérifications sans que chaque contrôleur appréhende la question dans son ensemble. Ainsi, le contrôlé peut-il se glisser dans les interstices des procédures en "habillant" la fraude de manière juridiquement correcte, sans que le contrôleur puisse alors déceler une faille. L'exemple des marchés publics illustre ce travers, puisque rien ne ressemble plus à un marché public légal qu'un marché public illégal. Les contrôles deviennent de plus en plus difficiles lorsque l'illégalité a l'apparence de la légalité. Ils sont, par ailleurs coûteux : toute procédure d'investigation représente une dépense en temps et en moyens. En outre, le contrôle appelle toujours davantage de contrôle puisque les tentatives pour y faire pièce sont de plus en plus subtiles. La demande sociale de garanties progresse mais est toujours seconde par rapport à la montée des risques créés par la modernisation de cette même société. Un taux élevé de contrôle n'est pas un gage de sécurité absolue.

Les contrôles ne sauraient donc être la panacée et sont même susceptibles d'avoir des effets pervers si n'est pas minutieusement examiné le contexte dans lequel ils s'inscrivent.

Le code des marchés publics est à la fois touffu et procédural : faute de cohérence des textes et de clarté des objectifs, les habiles peuvent s'appuyer sur l'article qui leur profite, fût-il contradictoire avec un autre, sans qu'il y ait, par définition, illégalité. Non seulement les contrôles ne peuvent alors rien déceler, mais leur exercice apporte une caution à la manoeuvre opérée qui, par-delà le biais juridique, peut cacher un montage frauduleux. Le cloisonnement des services de contrôle compétents pour un même marché²⁵ n'invite pas aux recoupements qui, seuls, peuvent alerter sur une possible corruption.

Or, celle-ci <<n'a pas nécessairement pour corollaire des irrégularités visibles dans les procédures de passation des marchés : l'avantage illicite peut prendre quantité d'autres formes comme la communication par le maître d'ouvrage d'informations privilégiées ou un manque de rigueur dans la vérification de la qualité ou de la quantité des prestations, seulement décelable à l'expertise. Il peut arriver même que cet "avantage" n'ait pas de contrepartie directe et immédiate : des informations publiées récemment à propos de certaines "affaires", il semble résulter que des entreprises ayant alimenté des financements occultes à l'occasion de certains appels d'offres n'étaient pas nécessairement retenues ; dans d'autres cas, il semblait admis que les entreprises

23 □ p. 9 de Théorie générale du contrôle de Nicolas GRANDGUILLAUME.
1994. *Economica*.

24 □ *ibidem* p.54

25 □ <<les marchés publics et les délégations de service public sont au confluent de trois disciplines juridiques, droit de la concurrence, droit pénal et droit administratif>> in <<Actualités (concurrence, consommation et répression des fraudes)>>, n° 78, avril 1995.

déclarées attributaires, fût-ce en toute régularité, auraient ipso facto à verser leur obole, sans autre contrepartie que de ne pas être éliminées des marchés à venir. (...). Les "fausses factures" qui défraient la chronique ne sont pas, dans la plupart des cas, payées par la collectivité ou l'établissement public victime des agissements délictueux, mais par l'entreprise corruptrice, à laquelle elles permettent d'extraire de sa comptabilité l'argent destiné, parfois au terme d'un circuit très complexe, au corrompu ou à son mandataire occulte. Les "avantages" illicites obtenus ainsi échappent en pratique au pouvoir d'investigation de la juridiction financière.>>²⁶

Il existe un devoir de lucidité empêchant de privilégier les pseudo solutions dont l'évidence cache les carences. Il ne s'agit donc pas de créer de nouveaux contrôles sans avoir préalablement une vision globale du problème à traiter. Les contrôles simplement juxtaposés risquent fort d'être inefficaces. Convient-il, pour autant, de leur préférer un autocontrôle, principe inspirateur de l'éthique ? Plutôt que de confier à d'autres le soin de vérifier a posteriori la conformité à la règle, ne faudrait-il pas y veiller soi-même en s'engageant a priori à tout mettre en oeuvre pour la respecter ? Cet engagement est le ressort des codes de déontologie (ou codes d'éthique, au gré d'une terminologie hésitante).

b) les codes de déontologie

<<Aux Etats-Unis, une société sur trois a son "déontologue". En France, quelques grands groupes s'y mettent. (...)

"Un fournisseur m'a invité à un match de rugby du Tournoi des cinq nations. Dois-je accepter ?" La réponse ne se fait pas attendre. "Remerciez-le mais expliquez-lui que vous ne pouvez pas accepter son invitation". (...) le "Monsieur Déontologie" (...) est là pour répondre aux cas de conscience : un ouvrier dont le beau-frère travaille pour un concurrent, un cadre qui s'interroge sur ses notes de frais, un vendeur qui se voit réclamer un dessous-de-table... les 1300 salariés (...) peuvent solliciter à tout moment son avis grâce à une "hot line", véritable ligne téléphonique réservée.

"Ma mission : prévenir tout abus en rappelant le droit", explique (le Monsieur Déontologie) (...) qui veille maintenant au respect de la charte déontologique (100 pages).>> : l'article dont sont extraits ces propos est intitulé, de façon irrévérencieuse, <<Des "Messieurs Ethique" pour faire oublier les "affaires".>>, (dans la revue Capital, n° 43, avril 1995).

La polémique est toujours prête à sourdre pour contraster avec le jaillissement de bonnes intentions affichées. De prime abord, toutefois, le procédé semble concilier souplesse (nul surcroît de réglementation), prévention (consultation d'un expert au sein même de l'entreprise), précision (questions fort diverses traitées au cas par cas, sans exclusive).

Des ambiguïtés apparaissent néanmoins :

- <<(aux Etats-Unis), la désignation d'un "déontologue" d'entreprise est encouragée par une loi de 1991, qui accorde, en cas de poursuites judiciaires, des circonstances atténuantes aux sociétés assurant une prévention des délits>> (ibidem) :

n'existe-t-il pas le risque de troquer une prévention plus ou moins formelle, plus ou moins efficace, contre un capital d'impunité ? N'y a-t-il pas, sous-jacente, la volonté de s'exonérer par

26

□ Extrait de l'article de Jean-Louis CHARTIER, Président de la chambre régionale des comptes d'Ile-de-France : "Probité des gestions décentralisées : le rôle des chambres régionales de comptes" (dans la revue Entreprise éthique).

Il va de soi que c'est toujours le citoyen, l'utilisateur, qui paie le prix de la corruption.

anticipation d'une responsabilité qui devrait pourtant demeurer entière si les faits sont établis ?

- dans certains cas, le déontologue ne pourra pas être saisi par les salariés. Ils devront s'adresser à leurs supérieurs hiérarchiques. <<Ce qui ne facilitera pas la transparence>> (ibidem) : quelle est alors la "valeur ajoutée" d'un code de déontologie par rapport au système hiérarchique traditionnel ?

- <<(…) si tous les recours internes ont été sollicités en vain pour un fait grave, le salarié peut-il dénoncer ce fait à l'extérieur ? La Confédération des industries britanniques, par exemple, a pris officiellement position en faveur de ceux qui ont le courage de tirer la sonnette d'alarme, les whistleblowers : ils servent de barrière ultime de sécurité et la direction doit protéger ceux qui pointent du doigt des pratiques dommageables à l'entreprise. Leur exemple renforce la nécessité de s'assurer du bon fonctionnement de systèmes d'autodiscipline et d'autocontrôle internes. Si personne ne tire la sonnette d'alarme en cas de déficience, c'est toute l'entreprise qui en souffrira, et il faudra bien que l'Etat intervienne pour corriger ces dysfonctionnements>>²⁷ .

Si le dispositif semble frappé au coin du bon sens, des difficultés n'en laissent pas moins d'apparaître.

La pensée anglo-saxonne elle-même, qui a inspiré le concept de "whistleblower" (écrit en un seul mot), en souligne toutefois les ambiguïtés pratiques :

Nous livrons ici notre traduction de certains passages de Ethical theory and business (Tom L Beauchamps, Norman E. Bowie. Prentice Hall edit.) :

<<(…) Les whistleblowers peuvent être tentés d'accroître leur pouvoir au sein de l'entreprise ou de masquer leurs propres carences, motif réel d'une mesure disciplinaire ou d'une révocation. Il convient de définir avec précision ce qu'est le whistleblowing en déterminant les conditions invitant à y recourir.

(…) Le whistleblower doit apprécier si, toutes choses égales par ailleurs, le fait de parler "au dehors" relève de l'intérêt public. Ce choix est rendu délicat par des incertitudes de fait : qui est réellement responsable de la négligence ? Quelle est l'ampleur de la menace ? En quoi le fait de parler "au dehors" produira-t-il des améliorations ?

(…) Tandis que l'éthique professionnelle réclame la loyauté à un groupe, le code d'éthique insiste sur la responsabilité à l'égard du public, plus exigeante que les devoirs vis-à-vis des collègues ou des clients. Ainsi, le code d'éthique des fonctionnaires gouvernementaux, aux Etats-Unis, exige qu'"ils révèlent des faits de corruption quel que soit le lieu où ils sont découverts" et qu'ils placent la loyauté à l'égard des principes moraux les plus élevés et de la patrie, au-dessus de la loyauté vis-à-vis des personnes, d'un parti, du gouvernement.

(…) Le whistleblower ²⁸ essaie d'arrêter le jeu ; mais, dans la mesure où il n'est ni arbitre ni entraîneur, et dans la mesure où il adresse un coup de sifflet à sa propre équipe, son geste peut être considéré comme une violation de la loyauté.

(…) Le whistleblower est souvent un subordonné (ce qui le met dans une position délicate vis-à-vis de la hiérarchie).

(…) Plus le contexte est corrompu, plus il peut être dangereux de consulter quelqu'un

27 □ p. 261 et 262 de Dans la jungle des affaires : pour une morale de l'entreprise (de Victor Scherrer au SEUIL).

28 □ L'image se comprend si l'on songe que l'arbitre utilise son sifflet, comme un "wistleblower".

avant de parler>>.

Nous avons précédemment souligné les risques d'un dispositif hiérarchique classique; le whistleblower prétend rompre avec ce schéma mais les problèmes d'application concrète surgissent alors :

- gravitant autour des codes de déontologie, certains procédés peuvent être porteurs de dérapages, tels les <<tests d'honnêteté>> se présentant sous la forme d'un questionnaire de <<mise en situation>> auquel doit répondre un candidat à l'embauche, voire un salarié. Outre le fait que leur exploitation s'inspire d'une psychologie qui n'est pas nécessairement une science, ils peuvent représenter des atteintes aux "rights of privacy" (page 326 de l'ouvrage précité);

- se pose clairement la question des conséquences de l'inobservation des codes de déontologie, que cette inobservation soit potentielle (prétendument anticipée par des "tests d'honnêteté"), supposée (sans que des preuves soient apportées), ou réelle. Quelles sont les conséquences d'un soupçon ?

Dans tel code de déontologie est énoncé <<un principe général d'interdiction de toute pratique suspecte du point de vue de la corruption. Par exemple, dans le Livre des Politiques, remis à chaque salarié de Carrefour, il est écrit : "L'intégrité est indiscutable", et c'est sur cette phrase que s'appuie le licenciement sur simple soupçon, puisqu'il y a eu "discussion" de l'intégrité²⁹>> .

De glissement en glissement, de la preuve au soupçon, jusqu'à la simple "discussion" - (les guillemets sont lourds de sens)- n'y a-t-il pas là une base ténue pour prendre une décision grave ?

- la tentation peut être forte de demander aux codes de déontologie plus qu'ils ne peuvent donner. Le vrai corrompu ou corrupteur ne s'adressera certainement pas au "Monsieur éthique". A moins que l'objectif soit autre, à savoir l'affichage des valeurs de l'entreprise. <<Ethics pays>> disent les Anglo-saxons : une entreprise <<morale>> inspirera confiance à ses clients, fournisseurs, partenaires... L'éthique est alors plus un outil de communication qu'un instrument de prévention de la corruption. Elle a un usage externe (à des fins publicitaires) et interne pour la <<gestion des ressources humaines>>.

Y a-t-il vraiment une voie médiane ouverte par le "déontologue" ? Mais quelle est la responsabilité de celui-ci par rapport au reste de la hiérarchie ? et quelle est la responsabilité de la hiérarchie une fois que le "déontologue" a parlé ? Autant de questions que l'on ne peut éluder.

c) Le renforcement de la concurrence :

Il est de bonne logique d'affirmer que la concurrence étant source de transparence, son renforcement aide à lutter contre la corruption.

Toutefois, il est permis de se demander si la multiplicité des soumissionnaires, dans le cadre d'un marché par exemple, ne faciliterait pas indirectement les manoeuvres du corrompu. En effet, ce dernier peut attaquer chaque maillon faible puisque les entreprises sont dans l'incapacité de faire front pour résister à ce qui a été familièrement appelé "racket". Ce fut d'ailleurs l'argument utilisé pour s'employer à montrer qu'elles étaient impliquées bien malgré elles dans la corruption : le corrupteur se voit imposer le paiement d'un pot-de-vin au bénéfice du corrompu qui a seul l'initiative de l'opération frauduleuse.

Il est révélateur que ce problème préoccupe le Ministère de l'Équipement, le Directeur des Affaires Économiques et Internationales, M. Claude MARTINAND, écrivant :

<<La corruption serait liée à l'insuffisance ou à l'absence de concurrence. Sans vouloir être paradoxal, j'aurais tendance à penser que c'est le contraire dans le BTP, où l'excès de concurrence conduit, en réaction, à des pratiques que l'on appelle ententes, moins disant fiscal ou social, ou corruption (...). Pour ma part, je considère qu'il y a moins de risque de corruption dans un marché négocié que dans un appel d'offres>>.

Sans vouloir retenir cette thèse, nous remarquons que l'absence de concurrence peut se traduire de deux manières :

- l'une est le fruit d'un choix du décideur (formule du marché négocié) : occasions de corruption, tentations de corruption peuvent être réduites dans l'hypothèse où la justification d'un recours à cette procédure est avant tout d'ordre technique. Il serait en effet délicat pour le décideur de se priver des services d'une entreprise techniquement performante au motif qu'elle refuse le "pacte corrupteur".

- l'autre résulte d'une entente entre les entreprises soumissionnaires au marché qui choisissent l'une d'entre elles pour obtenir celui-ci : l'entreprise déclarée bénéficiaire est en position de force pour refuser la proposition corruptrice, sachant que si le décideur la formule à une tierce entreprise (soumissionnaire de façade), celle-ci ne pourra accepter... puisqu'elle s'est elle-même écartée du marché par le biais de l'entente.

Nous ne préconisons pas pour autant des restrictions à la concurrence (ce serait illégal) mais n'en observons pas moins que celle-ci n'est pas, en elle-même, un garde-fou suffisant pour endiguer la corruption. L'éthique doit offrir un discours novateur qui ne se contente pas de l'équation : concurrence = transparence = morale = moindre corruption.

d) L'article 40 du code de procédure pénale :

Dans son alinéa 2, le texte prévoit que :

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

Les faits de corruption entrent donc dans le champ d'application de cet alinéa

Néanmoins, deux obstacles concrets limitent la portée de cet article :

- il n'est assorti d'aucune sanction : qu'advient-il, en effet, si l'officier public ou le fonctionnaire ayant acquis la connaissance d'un crime ou d'un délit n'en donne pas avis au procureur de la République ou ne transmet qu'une partie de l'information ? "Renseignements, procès-verbaux, actes" : l'énumération renvoie à des pièces de toute nature (y compris, par exemple, une note interne). N'y a-t-il pas dès lors une tentation de tri préalable avant transmission à la Justice, fût-ce en toute bonne foi si l'on considérait que l'expression "qui y sont relatifs" doit être prise au sens le plus strict (c'est-à-dire celui d'un rapport direct, patent avec le crime ou le délit rapporté) ?

- les administrations sont susceptibles de se montrer réticentes à transmettre une information touchant la suspicion de faits de corruption ne pouvant d'emblée recevoir la qualification de crime ou de délit, faute de preuves. Couvant sans être explicitement dénoncée, la

corruption continue de faire son oeuvre.

2 - Examiner les implications concrètes d'une stratégie fondée sur les délits-obstacles" :

Cette expression est utilisée par le professeur VITU qui explique, dans le juriscasseur pénal, que :

<<il est apparu nécessaire de compléter cet arsenal législatif <sur les manquements au devoir de probité> par un ensemble de dispositions préventives ou, si l'on veut, de "délits-obstacles", parmi lesquels les incriminations de prise illégale d'intérêts jouent un rôle important>>.

Un "délit-obstacle" protège, en quelque sorte, un délinquant potentiel contre lui-même en lui évitant (par la perspective d'une sanction) de se trouver dans une situation (prendre un intérêt) qui pourrait l'entraîner à abuser de ses fonctions. Il s'agit d'interdire en amont ce qui pourrait se traduire par la transgression d'un interdit en aval. Le délit-obstacle fait donc référence à une situation objective et non nécessairement à une volonté subjectivement frauduleuse : le simple fait de s'être placé dans une situation où peut être suspectée la prise d'un intérêt, -(fût-il indirect et moral)-, suffit à constituer l'infraction.

Cette rigueur confère un rôle préventif au "délit-obstacle". Néanmoins, une stratégie préventive qui serait axée de manière privilégiée sur cette notion manquerait son but. Les "délits-obstacles" peuvent, par des effets pervers, créer trop d'obstacles, paralysant l'action. La prévention de la corruption ne doit pas se confondre avec la caricature d'une assurance tous risques, car vouloir supprimer tous les risques avant la prise d'une décision revient à l'entraver en la différant sans cesse.

Si la définition d'un "délit-obstacle" est utile, le procédé ne saurait être généralisé, sous peine de verser dans l'«angélisme exterminateur» dénoncé par Alain-Gérard SLAMA.

Le délit-obstacle, cherchant à supprimer l'occasion de fraude, repose sur l'idée de prohibition : en hasardant une analogie, on pourrait évoquer la Prohibition aux Etats-Unis, (censée supprimer l'alcoolisme en interdisant l'alcool). Le mot apparaît explicitement sous la plume de GARRAUD :

<<la loi pénale a voulu prévenir même l'abus des fonctions publiques en traçant, autour du fonctionnaire, un cercle de prohibitions qu'il ne peut franchir sans commettre un délit>>.

Il nous semblerait néfaste d'élargir progressivement le "cercle de prohibitions" en chargeant le législateur de tout prévoir et de formuler des interdictions. Transformer ce qui devrait relever de la responsabilité morale individuelle en loi générale et absolue, figeant la prévention, revient à confondre nécessaire anticipation d'un risque -(impliquant le discernement de chacun)- et renoncement, par anticipation, à agir de peur de courir un risque. La première attitude relève de la prudence opérationnelle, la seconde peut recouvrir l'imprudence par omission.

3 - Opposer au réseau corrupteur un maillage préventif

La corruption nécessite, pour sa réalisation, au moins deux personnes (le corrupteur et

le corrompu). Fausses factures, investissements dans des places "offshore", retours sur commissions... autant de techniques montrant que la manoeuvre ne se réduit pas à un geste isolé et ponctuel.

La corruption doit donc être attaquée simultanément sur tous les fronts : une perception tronquée du réseau peut se révéler plus dommageable qu'une ignorance complète car elle pousse à se donner le change, à se satisfaire à moindres frais, donnant insidieusement à penser que <<les choses ne sont pas si graves>>, faute de les avoir saisies dans toute leur ampleur.

Compétences estampillées, prés-carrés administratifs borneraient une stratégie qui doit prendre en compte le fonctionnement "réticulaire" de la corruption. Aussi, est-il utile de promouvoir une approche préventive qui puisse tableur sur les mêmes atouts que les comportements frauduleux auxquels elle doit faire pièce. Il faut saisir le ressort tactique de l'adversaire pour s'y adapter.

Le Service Central de Prévention de la Corruption illustre un premier pas en ce sens, grâce à son interministérialité. Celle-ci est à la fois gage de légitimité et d'efficacité. La légitimité républicaine est fondée sur la double responsabilité, de l'Etat devant les citoyens et des citoyens quant au choix de ceux qui vont incarner l'Etat. Or la lutte contre la corruption relève de cette double responsabilité : elle est à la fois l'affaire de l'Etat et celle de tous. C'est dire que toutes les administrations doivent se sentir parties prenantes. Aussi, le Service a-t-il fait en sorte que sa composition interministérielle ait un effet, en quelque sorte, multiplicateur, puisqu'il organise des séances de travail régulières avec des représentants des juridictions financières, des corps d'inspection et de contrôle, et de directions opérationnelles.

Si l'objectif est de favoriser la détection et la prévention de la corruption, le prolongement naturel de cette démarche est la sensibilisation à l'urgence de la tâche. Il ne suffit pas, tel un entomologiste, d'observer finement un phénomène. Le technicien qui prévient et détecte est aussi et surtout un responsable qui dialogue avec d'autres responsables, ce qui est la vocation même de l'éthique.

L'articulation secteur public-secteur privé dans une commune responsabilité pour prévenir la corruption est chose nécessaire. Les modalités d'échange d'informations doivent être affinées : il s'agit d'éviter l'éthique par excès (consacrant les whistleblowers) ou l'éthique par défaut (vœux pieux quand structures et modes de travail restent inchangés). Ainsi, le Service Central de Prévention de la Corruption collecte-t-il des informations sur les mécanismes de corruption qui, n'étant pas nominatives, invitent à ne pas réduire le discours éthique au commentaire des "affaires".

4 - Articuler au devoir de probité le devoir de prudence :

Si le devoir de probité a clairement partie liée avec l'éthique et la prévention de la corruption, en revanche le devoir de prudence semblerait a priori étranger à notre réflexion car ses applications juridiques touchent au problème de la "mise en danger d'autrui".

Néanmoins, nous suggérons une utilisation novatrice de cette notion puisque :

- la corruption étant un risque, il est logique, pour le décideur, de chercher à le cerner pour l'éviter (devoir de prudence).

Toute notre approche intitulée "prise de conscience des risques" est destinée à remplacer par des idées claires le sentiment d'une menace diffuse et confuse (oscillant entre l'alarmisme, lié aux "affaires", et l'indifférence : affirmer tout de go que la corruption est partout

revient à ne la discerner nulle part, faute d'un examen technique rigoureux).

Une perception très fine du risque corrupteur, à laquelle nous avons mission de contribuer, appelle une obligation de prévoir et de pourvoir (double signification de l'étymologie latine du mot "prudence"). Prévoir sans pourvoir est stérile, pourvoir sans prévoir débouche sur une mauvaise affectation des moyens. Le "devoir de prudence" que nous préconisons est cette responsabilité d'avoir à "tenir fermement les deux bouts de la chaîne".

La prudence n'est pas une simple précaution séparant l'action de l'impulsion, elle ne se réduit pas à l'évitement de dangers connus, repérés, balisés. Tout reste en effet à faire en matière de cartographie des risques de corruption : détecter les facteurs favorisant celle-ci, identifier les zones fragiles est souvent une entreprise inédite. Le risque corrupteur ne se laisse pas circonscrire comme le risque de catastrophe naturelle, le risque d'inondation, le risque d'accident de grande ampleur... : nous mentionnons à dessein ces exemples car ils donnent matière à application du devoir de prudence, codifié à travers des plans (plans particuliers d'exposition aux risques, plans particuliers d'intervention, plan rouge...). Un "plan", -pas plus qu'un code-, n'est transposable dans le domaine de la lutte contre la corruption : les contrevenants étant fort susceptibles de trouver une parade au dispositif de prévention, le devoir de prudence, de la part du décideur, invite ce dernier à adopter une stratégie évolutive aussi "plastique" que le phénomène à combattre.

Il est donc vain d'espérer cristalliser dans un document des procédures destinées à faire échec à la corruption : sans nier l'utilité d'une telle démarche, on peut gager qu'elle aura des effets pervers si elle conduit à se satisfaire une fois pour toutes d'un constat avec préconisations afférentes, comme si la situation était figée. Le devoir de prudence, tel que nous l'entendons, invite au contraire à l'insatisfaction devant les procédures trop bien connues pour ne pas être contournées par les fraudeurs. Ce refus de se contenter du déjà vu et déjà fait, cette vigilance sans faille posent bien l'exigence d'un devoir que le sens, de nos jours affadi, du mot "prudence" a fini par faire oublier.

- sans même impliquer la volonté de nuire, sans même se traduire par des conséquences dommageables, l'imprudence est immorale car elle est oublieuse des obligations envers autrui. De manière symétrique, il convient de restituer son sens éthique à la prudence, à savoir :

- vertu de l'homme pour l'homme :

comme le montre ARISTOTE, elle n'est pas une "vertu surhumaine", de sorte que nul ne peut se dérober au devoir de prudence en arguant du fait qu'"il n'avait pas tous les éléments, qu'il ne pouvait tout contrôler, qu'il pensait que la corruption était marginale..." ;

- vertu permettant d'échapper tant au dogmatisme qu'au relativisme :

La prudence épargne d'avoir à se réclamer d'un savoir trop général et vide, de collectionner le "particulier" (au sens aristotélicien) sans posséder ce minimum de vue d'ensemble qui constitue l'expérience. Nous ne nous contenterons pas de préconiser des études de cas de corruption mais devons sensibiliser à la nécessité de décrypter des mécanismes généraux, et par là-même récurrents. Ni généralité vide ("il faut prévenir la corruption"), ni éparpillement de cas particuliers ;

- vertu allant au-delà de la simple technique :

Si la prudence se réduisait à l'habileté, si elle s'assimilait à un savoir, elle n'aurait rien de moral.

Si l'on peut "capitaliser une expérience", celle-ci ne se transmet pas pour autant comme un capital. La prudence ne se lègue ni ne se délègue : la "culture d'entreprise", inculquée à l'aide d'un "vade-mecum" aux nouveaux arrivants, ne peut tenir lieu de réflexion et d'engagement personnels. Le devoir de prudence se distingue d'une morale paternaliste voyant dans les valeurs un héritage. Ce point est d'importance, car l'éthique est souvent suspectée de paternalisme lorsqu'elle prétend régner dans l'entreprise.

- vertu de l'anticipation et donc de la responsabilité :

La prudence invite à anticiper un risque et donc à être tout aussi responsable en termes d'omission que de "commission" ("commettre un acte") : s'abstenir d'agir, montrer de la négligence, est tout aussi grave que de mal agir. Le devoir de prudence évite d'avoir une conception tronquée de l'éthique qui la réduirait à la non-commission d'actes illégaux. La dimension positive de la morale ne saurait être oubliée, qui incline à faire et non à laisser faire. Laisser se développer la corruption en refusant de mesurer l'importance du problème est un comportement contraire à l'éthique, même si l'on n'est nullement complice (au sens pénal) d'une manœuvre frauduleuse.

5 - Fonder, -et non pas simplement décréter-, une éthique de la responsabilité :

- l'expression "éthique de la responsabilité" est empruntée à Max WEBER et il est d'usage de l'opposer à l'"éthique de la conviction".

<<Selon l'éthique de la conviction, nous avons le devoir de faire certaines choses, que les autres utilisent ou non nos actes à des fins mauvaises (...). En revanche, selon l'éthique de la responsabilité, il est irresponsable de décider de ce que l'on doit faire sans se préoccuper de ce que les autres sont susceptibles d'en faire ensuite. Le fait que le mal puisse résulter du bien et le bien du mal n'est pas, de ce point de vue, simplement une regrettable réalité en ce monde, mais la base sur laquelle nous devrions fonder nos décisions>>. (commentaire de Charles Larmore sur Weber dans Ethique et modernité -PUF - page 113).

Ne pas agir de manière bornée, sans évaluer les conséquences et les risques afférents, telle est l'éthique de la responsabilité qui amène chaque décideur à ne pas se désintéresser des manœuvres corruptrices auxquelles d'autres pourraient se livrer à partir d'actions licites qu'il a lui-même initiées. Le décideur est responsable des actes de ses collaborateurs. Le patron d'un grand groupe international ne peut prétendre ignorer les agissements d'une filiale.

A nos yeux, prévenir la corruption relève de l'obligation d'anticiper, pour le responsable, les suites, effets à long terme de ses décisions, les incidences qu'elles peuvent avoir sur le comportement de ses collaborateurs ; inversement, il doit mesurer d'avance les incidences que le comportement de ses collaborateurs peut avoir sur ses décisions.

L'éthique consiste à élargir son horizon, ce qui n'est pas une tâche aisée, mais réclame plutôt un véritable entraînement à partir de cas d'espèce. A l'inverse d'un code de déontologie figé, l'éthique examine les conflits de devoirs dont la vie quotidienne foisonne.

Plutôt que d'en rester à l'opposition trop fameuse "éthique de la conviction"/"éthique de la responsabilité", nous distinguerons celle-ci de :

a) l'éthique à responsabilité limitée :

celle où éclosent les sophismes "responsable mais pas coupable", "je ne suis responsable que devant mes électeurs"....

b) "l'éthique indolore des temps modernes" (sous-titre de l'ouvrage de Gilles LIPOVETSKI intitulé Le Crépuscule du Devoir) :

celle où chacun est responsable de tout devant tous -(par le biais des "charity shows" par exemple)-, ce qui signifie que la responsabilité se dilue en passant de l'exigeant "je dois car je suis responsable" au vague "il faut car on est responsable".

L'effusion et la profusion des discours éthiques cache le reflux de la notion de devoir.

Or, si la prévention de la corruption n'est pas perçue comme un devoir mais comme une simple nécessité conjoncturelle, elle sera aussi éphémère que l'air du temps.

c) l'éthique intéressée :

celle qui ravale l'éthique à un simple mot, en l'occurrence le dernier nom à la mode donné à la gestion des ressources humaines. "Climat de confiance", "valeurs d'entreprise", "motivation", "participation" : ces termes flous gommant les contours d'un devoir clair, avec toutes les conséquences que cela implique en cas de manquement.

Dans une nébuleuse "responsabilisante" (néologisme révélateur), on en oublie la responsabilité. Trop en faire est une carence, comme pour un acteur, et il y a d'ailleurs bien un aspect de mise-en-scène, d'affichage dans ces valeurs trop clamées pour être réellement écoutées. "Prévention de la corruption" ne doit pas être une expression slogan qui emplirait les discours pour mieux masquer la vacuité des intentions.

d) l'éthique moralisatrice :

Celle du "politically correct" où l'on s'interroge moins sur ce qu'il faut faire que sur ce qu'il ne faut pas dire. Une stratégie de prévention de la corruption envisagée sur le mode de la censure (n'examinant pas, par exemple, les cas épineux où une entreprise licencie pour avoir perdu un marché faute d'avoir versé un pot-de-vin), ne serait qu'hypocrisie.

Pour définir positivement l'éthique de la responsabilité (plutôt que d'énumérer ce

qu'elle n'est pas), nous insisterons sur :

Le devoir d'audace qu'elle requiert

Il ne s'agit pas, en effet, de décréter que l'éthique est importante mais de la fonder en osant poser la question "pourquoi ?" qui est iconoclaste.

En effet, pourquoi prévenir la corruption ?

= parce que la loi en fait obligation ?

= parce que c'est rentable ? (la corruption devenant, à l'inverse, trop coûteuse)

= parce que c'est la mode ? (discours ambiant national et international)

= parce que les "affaires" ont atteint la cote d'alerte ?

= parce que l'on a peur de se faire sanctionner en cas de délit établi ?

= parce que c'est un devoir ? mais qui en décide ?

On constate que les réponses peuvent être fort diverses, ce qui implique de poser clairement la question. Le <<saupoudrage éthique>> est tout aussi dangereux que le saupoudrage budgétaire : il est hasardeux d'emprunter des bribes de réponse à l'angélisme, au cynisme, au pragmatisme et de choisir arbitrairement entre les différentes écoles (éthique vue par les économistes, les juristes, les philosophes,... éthique des Latins, éthique des Anglo-Saxons, éthique des Asiatiques... éthique des croyants, éthique des laïcs... éthique appliquée ou pragmatique... éthique déontologiste, éthique conséquentialiste...) ; l'adhésion non fondée en raison, non explicitée par la réflexion, non argumentée peut verser dans la propagande ou, à tout le moins, dans la manipulation.

Le <<pourquoi prévenir la corruption ?>> débouche naturellement sur la question <<at-on la ferme volonté de prévenir la corruption ?>>

La réflexion sur le sens du mot "devoir" qu' implique "l'éthique de la responsabilité"

Le devoir n'est pas une simple priorité dont le degré d'importance serait variable : si la prévention de la corruption est une priorité et non pas un devoir, elle peut alors être perçue comme étant moins "prioritaire" que d'autres priorités (lutte contre le chômage, équilibre de la balance du commerce extérieur, par exemple...).

Le Service Central de Prévention de la Corruption n'a pas à décréter que la prévention de la corruption est un devoir mais à montrer que lorsqu'on parle d'éthique on ne peut pas ne pas examiner la notion de devoir au travers des conséquences qu'elle comporte. L'éthique va en effet plus loin que la déontologie qui peut se borner à codifier des us, coutumes, pratiques, protocoles perçus comme "convenables", "recommandables" par une profession, un ordre, une administration... Là où la déontologie exprime le désir d'auto-régulation par un groupe, l'éthique tranche par un acte de volonté individuelle qui pose une règle. L'opposition habituelle entre régulation étatique par la loi ou autorégulation professionnelle par la déontologie n'épuise pas la signification de l'obligation éthique, qui va au-delà d'une prescription édictée par le législateur ou par des pairs puisqu'elle renvoie à l'autonomie de la volonté.

6 - Conjuguer approche philosophique, juridique et gestionnaire

Nous n'avons pas à choisir arbitrairement entre différentes écoles. Mieux vaut s'appliquer à cultiver une pratique du "terrain", (en développant nos relations avec nos partenaires), que de faire des préconisations théoriques. Néanmoins, on ne peut faire abstraction d'un héritage culturel qui sédimente plusieurs sens du mot "corruption" (y compris le sens théologique) et plusieurs acceptions du mot "éthique" (habitude, caractère, morale...). La culture générale doit aider à ne pas subir un legs idéologique inconscient : elle retrace les cheminements historiques, donne la parole aux grands penseurs qui stimulent la réflexion dans ce qu'elle a de validité universelle, si différente d'un discours corporatiste.

Pour éviter d'avoir une approche tronquée, illusoirement estampillée par un expert, il est préférable de faire dialoguer plusieurs experts afin de percevoir les limites de chacun. Cet exercice critique permettra de ne pas sombrer dans le scepticisme de qui a trop cru dans l'expertise pour n'en point être déçu. Nous cherchons, en particulier, à échapper au désabusement succédant à l'engouement, tendance que nous pressentons dans un propos tel que : <<Comme il apparaît difficile d'enseigner l'éthique ou de dire à tout un chacun ce qu'il est bien ou mal de faire, mieux vaut contourner la difficulté en insistant sur le côté "dangereux" d'agir contrairement à l'éthique>>³⁰ : nous ne ferons pas nôtre cette stratégie de recul qui met l'accent sur le seul risque de sanction et réduit l'éthique à un calcul.

Conclusion

<<Les principes moraux ne sont pas une manière de se rassurer et de se défaire des questions...>>, écrivait MERLEAU-PONTY dans Sens et Non-Sens, et il poursuivait :

<<Faire de la sincérité une valeur est précisément le propre d'une société non sincère, qui se replie sur elle-même au lieu d'agir sur le monde. La sincérité n'est pas un but. Mais, exactement pour la même raison, l'insincérité ne doit jamais être un système, une règle ou une habitude>>.

Or la corruption, par les interrogations qu'elle suscite, offre matière à ce débat sur les mérites comparés de la sincérité et de l'insincérité :

doit-on privilégier une éthique "sincère", exaltant des "valeurs", ou une éthique "gestionnaire" tenant compte des "réalités" ?

Nous espérons avoir échappé à ce dilemme en montrant qu'une éthique de la responsabilité n'était ni l'une ni l'autre. Nous n'avons pas recherché l'adhésion en vantant un "produit" qui serait la prévention de la corruption. Il nous a semblé préférable d'inviter à la prise de conscience de risques et de devoirs. "Devoirs" semble avoir des résonances moins modernes qu'"adhésion", mais à propos de celle-ci, MERLEAU-PONTY souligne que, <<si elle dépasse les raisons, elle ne doit jamais être contre toute raison. La valeur de l'homme n'est ni dans une sincérité explosive et maniaque, ni dans une foi sans discussion, mais dans la conscience supérieure qui lui permet d'apprécier le moment où il est raisonnable de faire confiance et le moment où il faut questionner...>>

La prévention de la corruption ne doit verser ni dans la suspicion généralisée (il y a un

"moment où il est raisonnable de faire confiance") ni dans les schémas stéréotypés ("il y a un moment où il faut questionner").

<<Elle vous sera de la plus sérieuse utilité, si vous avez des places et des croix à distribuer... Elle a gardé un bon ami à Paris, qui lui envoie du ruban rouge autant qu'elle en demande>> :

Nous n'en sommes certainement plus à cette forme de corruption fruste, prêtée à Mme de Condamine dans La Conquête de Plassans d'Emile ZOLA. Subtilités et sophistications modernisent les pratiques corruptrices, ce qui n'en réclame que plus de vigilance pour les contrecarrer.

Le romancier avait anticipé sur les modernes réseaux : les ROUGON-MACQUART sont une famille qui est elle-même un réseau sur lequel s'en greffent d'autres ; aussi offrent-ils divers visages de la corruption :

- charité sur fond d'affairisme :

<< C'était une véritable association qu'il offrait ; il se donnait comme le liquidateur des sommes volées par le prince, il s'engageait à les rendre aux pauvres, décuplées (...)

(...) avec sa parole ardente qui transformait une affaire d'argent en un conte de poète (...),

(...) transformant en poème ses trafics louches d'aventurier>>, - est-il dit de SACCARD dans l'Argent ;

- corruption liée aux procédures d'autorisation et de concession:

<< (...) Aussi M. Kahn déployait-il une activité prodigieuse pour obtenir la concession ; Rougon l'appuyait énergiquement, et la concession allait être accordée, lorsque M. de Marsy, ministre de l'Intérieur, fâché de ne pas être dans l'affaire, où il flairait des tripotages superbes, très désireux d'autre part d'être désagréable à Rougon, avait employé toute sa haute influence à combattre le projet >> (in Son Excellence Eugène Rougon) ;

- corruption dans la convivialité porteuse de trafic d'influence à l'aube de La Curée:

<< Les convives étaient trop nombreux pour que la conversation pût aisément devenir générale>>, mais les informations se chuchotent pour tramer des opérations d'envergure entre personnages hautement influents.

Le spectacle romanesque de la corruption exclut de prêcher une morale romantique, faite de grands sentiments et d'envolées. La prévention de la corruption ne peut être que d'une ambitieuse modestie.

*

V- Situations et cas de figure illustrant l'éthique de la responsabilité

Nous prêtons à l'expression "éthique de la responsabilité" un sens à la fois plus large et plus étroit que celui donné par Max WEBER :

= plus large, parce que notre but n'est pas de l'opposer à l'éthique de la conviction,

selon la célèbre formule, mais de l'articuler au devoir de prudence, éclairant lui-même certains aspects du devoir de probité ;

= plus étroit, parce que nous adoptons une perspective bien précise, bien délimitée: celle de la prévention de la corruption. Notre priorité n'est pas la réflexion sur l'éthique en tant que telle mais la résolution opérationnelle d'un problème : comment prévenir la corruption ? l'éthique peut-elle nous y aider ?

Pourquoi utiliser une expression d'autant plus "surdéterminée", diraient les linguistes, - qu'elle ne cesse de susciter l'interprétation philosophique telle celle de KARL-OTTO APEL, observant que <<la problématique mentionnée d'une "éthique de la responsabilité" planétaire est devenue particulièrement sensible ces derniers temps (...)>>³¹ Pourquoi citer à notre tour cette "éthique de la responsabilité" qui semble souvent réduite à une simple formule dans nombre d'ouvrages, au point d'en paraître usée, rebattue ? Parce que justement ce côté de "déjà vu, déjà dit" n'en révèle que mieux, par contraste, ce que l'on n'a pas l'habitude de dire ou de chercher à voir s'agissant de la corruption. En effet, on s'en tient au discours sur les "affaires" sans tâcher, - ou bien peu,- de cerner les facteurs et mécanismes de corruption pour agir en amont. L'éthique de la responsabilité n'est donc pas un slogan mais un cheminement dont le point de départ est la prise de conscience des risques de corruption.

Encore faut-il expliquer qui est responsable et comment, qu'il s'agisse de l'élu ou du citoyen, du secteur public ou du secteur privé. Une illustration en est donnée par les situations et cas de figure qui suivent.

1- Les emprunts obligataires des collectivités locales :

- une collectivité locale (un conseil général) lance un emprunt obligataire en passant par un intermédiaire financier, - (procédure conduite par les services financiers de la collectivité puis votée par les élus) ;
- rien d'illégal, rien d'immoral ;
- toutefois, des intervenants extérieurs mettent en lumière le coût exorbitant de cet emprunt et l'absence d'une justification économique solide ;
- aucun fait de corruption n'est prouvé et il peut ne s'agir que d'une simple erreur de gestion ;
- pourtant, derrière le problème de l'efficacité plus ou moins grande de la gestion d'une collectivité locale, derrière le problème de la compétence (au sens technique et non pas juridique), se dessine la question de l'éthique de la responsabilité, vue sous l'angle de l'action des élus :

En effet :

- pourquoi les élus (conseil général et son président) auraient-ils une conception si étroite de leur responsabilité, comme s'ils se contentaient d'entériner une proposition d'un service technique, conférant ainsi implicitement à ce dernier un pouvoir de décision n'appartenant qu'à eux seuls en vertu du suffrage ?

- cette manière de fermer les yeux, fût-elle due à la seule routine, à la négligence ou à la déférence devant qui est censé être le technicien, aboutit au paradoxe d'une responsabilité

juridique sans compétence technique (l'élu) et inversement (le technicien n'est pas responsable devant les électeurs) ;

- or, cette situation est susceptible de favoriser les manoeuvres corruptrices : l'intermédiaire financier peut "négocier" directement avec le technicien ; si celui-ci est indélicat, il peut être tenté de faire passer ses propres intérêts avant ceux de la collectivité ;

- il est anormal que des questions de simple bon sens soient soulevées par des tiers alors qu'il appartenait aux élus de s'en préoccuper : la suspicion de corruption devant les failles d'un montage financier manifestement boiteux crée un climat malsain, tandis qu'il eût été utile, de la part de l'instance électorale, d'être vigilante et d'anticiper le risque de corruption. Nous distinguons ici suspicion (a posteriori) et anticipation (a priori) ;

- nous ne préconiserons pas pour autant de transformer les élus en spécialistes de la finance : ce n'est pas leur rôle. Pas plus que le technicien ne saurait confisquer la responsabilité de l'élu, ce dernier n'a à se substituer au technicien.

La responsabilité (au sens étymologique de "répondre de") consiste à "rendre des comptes de" ; tel est le ressort de l'éthique de la responsabilité ;

Ainsi :

- l'élu ne doit pas abdiquer sa responsabilité au profit du technicien, ni chercher à se dédouaner au détriment de celui-ci : ces deux attitudes, pour paraître opposées, n'en obéissent pas moins à la même logique, celle du "je n'ai commis moi-même aucun fait de corruption ; je ne pouvais pas savoir que mes collaborateurs s'étaient livrés à des manoeuvres frauduleuses, la matière étant trop technique pour que je puisse les déceler ; mon collaborateur doit assumer l'entière responsabilité de sa faute ; je ne suis ni responsable ni coupable" ;

- en fait, l'élu doit demander au technicien qu'il lui rende des comptes, tout comme il doit lui-même rendre compte aux habitants de la collectivité. Le caractère "pointu" de certains dossiers ne doit pas être un obstacle réduisant cette obligation à un exercice formel.

2- les commissaires aux comptes :

= par leur mission, certains acteurs de la vie économique, du monde des affaires, - les commissaires aux comptes par exemple-, ont un rôle stratégique qui devrait leur permettre de signaler des faits de corruption.

Néanmoins, il ne suffit pas de marteler "éthique de la responsabilité", comme s'il s'agissait d'un mot d'ordre, sans expliciter ce que nous entendons par là, à savoir l'examen de l'exercice concret (et non pas théorique) de ladite responsabilité.

En effet, les commissaires aux comptes doivent alerter sur les sorties anormales de capitaux d'une société. Mais cette obligation est toute relative si celles-ci ne sont pas contraires à l'intérêt de la société et ne sont pas assimilables à des détournements crapuleux. On pressent que ces deux négations laissent une certaine marge de manoeuvre soumise à appréciation personnelle : d'un point de vue économique (et non pas juridique) un pot-de-vin versé par une entreprise pour obtenir un marché conditionnant sa survie, et donc celle de ses salariés, n'est dès lors pas contraire à l'intérêt de l'entreprise en question, tant s'en faut...

Un commissaire aux comptes rigoriste ne s'attardera pas sur les conséquences médiatiques et économiques de la mise en lumière d'une irrégularité comme celle que nous venons de mentionner. En revanche, d'aucun pourront penser que le "juridique" ne saurait

l'emporter sur toute autre considération et prendront en compte le "prix à payer" en termes de fragilisation de l'entreprise : procédures judiciaires délicates à gérer, opérations médiatiques de déstabilisation montées par des concurrents, conflits sociaux, licenciements...

Un discours éthique (intérêt des salariés, survie d'une région ou d'un secteur...) peut même justifier une mise entre parenthèses du droit. Entre le juridique et l'économique, la morale pourra pencher en faveur du second en montrant que l'illégal n'est pas toujours immoral et que le strict respect de la légalité peut avoir des conséquences éthiques néfastes.

Comment, dès lors, peut se concrétiser cette éthique de la responsabilité que nous prônons ? Certainement pas en affirmant tout de go que les commissaires aux comptes devraient "davantage" (par rapport à quelle norme ?) saisir le parquet de faits ou de soupçons de corruption. Une telle préconisation, par le caractère lapidaire de son apparente simplicité, cacherait la complexité d'une situation où se mêlent de multiples facteurs tels ceux que nous venons de mentionner. Rappelons en outre que le commissaire aux comptes, lorsqu'il signale une irrégularité, peut se sentir quelque peu en porte-à-faux vis-à-vis de ses collègues experts-comptables dont il semble mettre en cause la clairvoyance, à tout le moins. Il peut également répugner à assumer à lui seul la responsabilité d'une croisade anti-corruption dans un contexte de "corruption ambiante" (pour reprendre la terminologie du Conseil de l'Europe, traduisant "corruzione ambientale") : à quoi servira son intransigeance si l'éviction de "son" entreprise favorise des concurrents moins scrupuleux encore, (transformant le slogan anglo-saxon "ethics pays" en une caricature inversée : "corruption pays") ? A quoi servira sa volonté de redresser les torts des corrupteurs (les entreprises) si ne sont pas en même temps, (et peut-être prioritairement), sanctionnés les corrompus qui sont souvent à l'initiative du "pacte corrupteur" par le biais de ce que l'on appelle familièrement le "racket" ?

L'éthique de la responsabilité doit permettre de sortir de l'impasse du "tout ou rien", du dilemme préconisation irréaliste -acceptation du statu quo. Le fait, pour les commissaires aux comptes de se rapprocher du Service Central de Prévention de la Corruption permettrait de donner corps à une responsabilité qui doit s'exercer dans le dialogue et non dans le silence -(fût-il celui de la conscience)- en étudiant des mécanismes d'alerte sur des soupçons de corruption. Il serait ainsi opéré très en amont, avant qu'il ne soit trop tard, avant que d'être acculé à l'alternative "mise du dossier sous le boisseau - saisine du parquet".

Les éléments constitutifs, -si l'on ose dire-, d'une éthique de la responsabilité (telle que nous l'avons définie) seraient ainsi réunis :

- la prévention de la corruption comme devoir : on ne pourrait plus se persuader de l'impossibilité de lutter contre la corruption en prétextant la fragilisation de l'image de l'entreprise puisque l'échange d'information avec le SCPC reste soumis à la plus stricte confidentialité et qu'il ne s'agit pas d'une procédure judiciaire ;

- l'articulation, au devoir de probité, du devoir de prudence même : s'il n'a pas tous les éléments d'un dossier, le commissaire aux comptes se doit de satisfaire au devoir de prudence en considérant certaines écritures comptables comme des "symptômes" quitte à ce que le mal ne soit pas avéré.

3- les bureaux d'études :

Certains d'entre eux ont été mis en cause dans des affaires de corruption, et c'est dans cette mesure même que leur éventuelle implication dans un dispositif frauduleux est éclairante pour une stratégie préventive comme la nôtre. Nous suggérons une "mobilisation", en faveur de l'éthique, des outils mêmes de la corruption.

A la nébuleuse de responsabilités entourant la présence de multiples intervenants sur un projet, le bureau d'études ajoute un intermédiaire supplémentaire. Se pose alors la question: le recours à un bureau d'études est-il dû à des nécessités d'ordre technique ou au besoin d'"habiller" une opération frauduleuse de sortie de fonds ? En un premier temps, avant enquête, seul le bureau d'études peut répondre à cette question et l'on suppose qu'il est toujours difficile à un tiers d'apporter la preuve qu'une prestation immatérielle de conseil, par exemple, ne se justifiait guère par une valeur ajoutée technique mais par le souci de produire des fausses factures. Il ne s'agit pas de révéler des mécanismes d'ores et déjà bien connus, mais de promouvoir une éthique de la responsabilité en faisant percevoir aux bureaux d'études qu'une suspicion diffuse sur leur activité peut avoir des effets délétères, que les affaires sapent leur image et qu'il est de leur intérêt de prévenir la corruption de "quelques brebis galeuses" ou de s'abstenir de prêter la main aux manoeuvres d'élus dont le mobile juridique ou technique n'est pas clair.

4- le secteur de la grande distribution :

Les anciennes "commissions d'urbanisme commercial" ont été remplacées par des "commissions départementales d'équipement commercial" (loi du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques).

Leur composition est plus restreinte et le poids des élus y est plus grand, outre les dispositions nouvelles concernant le vote. Ces modifications ont-elles réellement contribué à faire échec à la corruption ? On peut difficilement répondre à cette question puisque l'on ne peut jamais quantifier l'évitement d'un risque.

5 - le secteur associatif et les SEM (sociétés d'économie mixte):

Avant de chercher à faire de l'éthique un instrument de prévention de la corruption, encore faut-il examiner la manière dont corrupteurs et corrompus utilisent le discours éthique pour mieux parvenir à leurs fins.

Création d'associations pour handicapés, construction de maisons de retraite, permettent d'afficher un objectif d'intérêt général qui peut être tout à fait réel comme n'offrir qu'une façade de respectabilité à des opérations douteuses. Nous songeons à des cas où des terrains et bâtisses, inexploitable a priori, ont été convertis en équipements dont la "symbolique" morale était forte, ce qui permettait de percevoir des subventions par le biais de projets impliquant des élus, (la suspicion de corruption étant par là entretenue).

L'éthique de la responsabilité est une école de la vigilance pour le citoyen : chercher à connaître les faits qui se cachent derrière les discours n'est certes pas chose aisée, mais c'est du moins ce à quoi il faut tendre. Le citoyen est celui qui vote : il est le responsable qui investit d'autres responsables, les élus, qui ont un pouvoir et un devoir de contrôle. Le citoyen est aussi celui qui paie : l'enrichissement de certains est la contrepartie d'une opération s'effectuant au détriment du contribuable.

D'une manière générale, il ne s'agit pas de jeter l'anathème sur les associations ni sur tout ce qui peut servir d'"écran", telles les SEM. Néanmoins, si une prise de conscience des risques "à la base" (au niveau du citoyen) se faisait jour, si la mise en évidence du risque corrupteur ne restait pas cantonnée aux pages de rapports administratifs, alors la responsabilité du

citoyen ne se réduirait pas à l'exercice formel auquel le convie de temps à autre le calendrier électoral.

6- Inversion de la charge de la preuve : portée éthique de règles de procédure

En vertu du Code Général des Impôts, c'est à l'Administration d'apporter la preuve du caractère indu d'une commission. Dans certains cas (articles 57, 238-a, 240), c'est à la société de démontrer que la commission est justifiée. Cette inversion de la charge de la preuve (disposition juridique) n'est pas sans portée éthique :

l'entreprise qui a fait choix de se placer dans des conditions qui peuvent laisser soupçonner que l'éthique du commerce a été battue en brèche, (opérations conduites dans des paradis fiscaux, par exemple), ne peut esquiver sa responsabilité puisqu'elle sait qu'elle devra apporter la preuve du caractère non frauduleux de cette opération.

L'éthique de la responsabilité se traduit par le refus des échappatoires.

7- Droit des affaires et affairisme :

La formule peut sembler polémique mais elle n'en a pas moins été employée. <<S'interrogeant sur les raisons du besoin moderne d'éthique dans le monde des affaires, besoin que le droit devrait pourtant satisfaire, un auteur dénonçait récemment certains comportements déviants (individualisme exacerbé, corruption généralisée), mais aussi l'inefficacité du droit pénal des affaires et l'habileté des exégètes à tirer parti des règles ésotériques (...) Il est vrai que le droit des sociétés, tout spécialement, pêche par un excès de technicité dont s'emparent adroitement quelques praticiens, sous la pression d'affairistes dénués de scrupules>> Morale et droit des sociétés J.F BARBIERI ; n° du 7 juin 1995 des "Petites affiches - journaux judiciaires associés".

Cette situation illustre la manière dont des montages corrupteurs peuvent utiliser une armature juridique, se greffer sur la légalité. C'est au décideur, - par définition au fait des subtilités des "règles ésotériques" ci-dessus mentionnées -, c'est au décideur, donc, de veiller à ce que manoeuvres douteuses, manipulations juridiques ne tiennent pas lieu de stratégie pour son entreprise. On objectera ici que la concurrence est rude et que ce peut être un critère d'efficacité, (à défaut d'excellence), que de tirer profit des failles du droit : pourquoi pénaliserait-on l'intelligence si n'est commise aucune illégalité formelle ? Néanmoins, avoir juridiquement raison, pour mieux cacher que l'on a "éthiquement" tort peut se révéler hasardeux : nul n'est assuré de détenir le monopole de la roublardise et les positions dominantes en ce domaine sont fragiles.

Quand nous affirmons que le décideur doit être responsable des actes de ses collaborateurs et anticiper sur d'éventuels comportements corrupteurs de leur part, cela signifie, en guise de règle préliminaire, qu'il ne doit pas leur imposer un objectif sans être regardant sur les méthodes employées pour y parvenir. Ainsi, il ne saurait ériger en outil d'évaluation des mérites de chacun certaine débrouillardise suspecte, fût-elle utile à l'élaboration de montages juridico-financiers avantageux.

CONCLUSION

Fil conducteur du présent rapport, la notion de responsabilité mérite de lui servir de conclusion pour au moins deux raisons : elle éclaire le choix des différents secteurs étudiés ; elle rend crédible une stratégie préventive.

L'exigence d'avoir à "répondre de" ne se contente pas de la formule évasive esquivant les vraies questions, telle celle de la corruption. La formule recèle le risque de n'être que formelle, comme peuvent l'être parfois la légalité de certains marchés, la déontologie médicale, les contrôles en matière de commerce international, -domaines explorés dans les pages qui précèdent.

Mais la responsabilité ne se réduit pas au refus des réponses superficielles, car elle est aussi et surtout obligation de répondre, sans se réfugier dans l'abstention ou l'omission. Si l'indifférence à la corruption le cède désormais à l'émotion devant les "affaires", encore faut-il franchir un pas supplémentaire pour faire en sorte que chacun se sente comptable de la prophylaxie en prenant les précautions qui s'imposent. Elles ne souffrent ni exception ni atténuation. Elles sont ou ne sont pas, la demi-mesure se soldant par une double perte, en efficacité et en crédibilité. Démarche inédite, s'agissant de la lutte contre la corruption, la prévention requiert effort et clarté, application et explication. Le Service Central de Prévention de la Corruption a oeuvré pour que, en dépit de son acte de naissance récent, son expérience puisse être capitalisée.

Si la répression s'appuie sur la révélation de faits délictueux, la prévention a pour ressort la découverte de facteurs de risque. Pour relever du truisme, ce constat n'en invite pas moins à rappeler les exigences d'une démarche détectrice, qui doit s'inscrire dans la durée, tant il est vrai que la mise au jour des risques doit s'accompagner de la mise à jour des parades, aussi incessante que leur propre sophistication. La prévention appelle la prospective, d'autant plus difficile en raison de la complexité des procédures, mais d'autant plus indispensable pour cela-même.