

SERVICE CENTRAL DE PRÉVENTION DE LA CORRUPTION

**Rapport d'activité pour l'année 2004
à Monsieur le Premier Ministre
et à Monsieur le Garde des Sceaux,
Ministre de la Justice**

SCPC

129, rue de l'Université, 75007 PARIS
Tel : 01.43.19.81.60 - Télécopie : 01.43.19.81.72
Mél : scpc@justice.gouv.fr
www.justice.gouv.fr/minister/minscpc.htm

INTRODUCTION

De la séparation	12
-------------------------------	-----------

CHAPITRE I^{er}

Le conflit d'intérêts	23
------------------------------------	-----------

I. - La notion de conflit d'intérêts	25
1. Définir le conflit d'intérêts.....	25
2. Gérer les conflits d'intérêts.....	29
II — Le conflit d'intérêts dans le secteur public :	
l'exemple de l'administration française	34
1. Le statut général des fonctionnaires	35
2. Les restrictions d'accès à certaines fonctions.....	38
3. Les limitations au passage des fonctionnaires vers le secteur privé	43
4. Les déclarations de patrimoine de certains élus et agents publics	47
III. - Les conflits d'intérêts des professionnels de justice.....	51
1. Les magistrats	53
2. Les avocats.....	59
3. Les notaires.....	64
4. Les arbitres, experts, administrateurs et mandataires judiciaires	66
IV. — Des lettres ou des chiffres ? ou les risques de conflits d'intérêts dans les prix littéraires.....	76
V. — Chroniqueurs gastronomiques et restaurateurs :	
communauté ou conflit d'intérêts ?.....	79

CHAPITRE II

Intelligence économique et corruption	83
--	-----------

I. — Intelligence économique et manipulation.....	88
1. L'utilisation des renseignements « sensibles » contenus dans des fichiers « réserves ».....	90
2. La corruption directe ou indirecte de salariés	95
II — Les organisations non gouvernementales (ONG) et la Convention de l'OCDE	99
1. Les ONG, possible outil dévoyé d'intelligence économique .	100
2. Les risques d'utilisation dévoyée de la Convention de l'OCDE relative à la corruption d'agents publics étrangers . .	103

III. - Deux exemples d'outils d'intelligence économique : les fonds d'investissement et les dispositifs d'alerte (<i>whistleblowing</i>)	106
1. Les fonds d'investissement	106
2. Les dispositifs d'alerte (<i>whistleblowing</i>).....	110

CHAPITRE III

Les sociétés écran : l'utilisation dévoyée de la personnalité morale	115
I. — La société dans le droit français	117
1. Les différents types de sociétés	118
2. Les principales dispositions statutaires	120
3. L'immatriculation.....	122
II - Réflexions sur les sociétés de fait	123
1. Les sociétés proches des sociétés de fait.....	124
2. Les conditions d'existence des sociétés de fait	126
III. - La société écran : recherche d'une définition	127
1. L'élément formel.....	128
2. L'élément matériel	128
3. L'élément intentionnel	128
4. Les types de sociétés écran.....	129
IV. — Fraudes, corruption et sociétés écran : quelques exemples de montages	130
1. Les montages frauduleux sont organisés et diffusés par l'intermédiaire des conseils	131
2. Typologie des montages mis en place pour modifier la réalité des comptes	133
3. Utilisation de la « dynamique » d'un groupe de sociétés pour faciliter les paiements de la corruption.....	137
V. — Gestion d'un patrimoine à l'étranger	141

CHAPITRE IV

Le point sur des secteurs particuliers de blanchiment..	147
I. — Le blanchiment dans les comptes de l'entreprise	149
1. Majorer le chiffre d'affaires par des apports en espèces	149
2. Majorer le chiffre d'affaires par des apports plus classiques. . .	151
II — Les entreprises d'assurances	157
1. Le secteur assurance vie et capitalisation.....	158

SOMMAIRE

2. Les autres secteurs de l'assurance.....	164
III. - La déclaration de soupçon des avocats	166
1. La loi du 11 février 2004	166
2. Les recommandations du GAFI	167
3. La diversité des statuts dans la profession d'avocat dans le monde	168
4. Blanchiment et avocats	168
5. La Caisse des règlements pécuniaires des avocats (CARPA) . .	169
IV. - La déclaration de soupçon et les notaires.....	170

CHAPITRE V

Thèmes d'actualité	173
Le tsunami n'a pas fini de provoquer de nouvelles vagues	175
Les « marges arrière »	177

CHAPITRE VI

La lutte internationale contre la corruption	181
I. - L'organisation des Etats américains (OEA).....	183
II — L'Union européenne.....	184
III. — L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).....	187
IV. - Le Conseil de l'Europe.....	191
V - L'Union africaine (UA).....	198
VI. — L'Organisation des Nations unies et la Convention universelle contre la corruption.....	198
VII - Le Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI).....	199
VIII.- L'Organisation mondiale des douanes (OMD)	200
IX. - Les autres organisations internationales.....	201

CHAPITRE VII

Corruption dans les transactions commerciales internationales et commissions	203
I. — La nature des commissions versées dans le cadre d'un marché international.....	206

SOMMAIRE

II. — Le versement de commissions peut-il être considéré comme licite ?	208
III. - Existe-t-il de bonnes pratiques dans l'art de gérer des commissions.....	209
IV. — Ces pratiques sont illusoires si elles ne sont pas accompagnées de contrôles internes rigoureux	210
1. Qui est l'intermédiaire ?.....	210
2. S'agit-il du bon intermédiaire ?	211
3. Y a-t-il eu prestation ?.....	211
4. La totalité de la somme concernée est-elle comptabilisée sur un même poste comptable ?.....	212
5. L'application du « risque pays »	212
6. La nature de l'opération commissionnée.....	212
V. — Exemple d'une fiche d'audit des commissions versées.....	213
1. Documentation à obtenir	214
2. Vérifications à réaliser.....	214
CHAPITRE VII	
Fiches pratiques.....	219
CHAPITRE IX	
Bilan d'activité.....	239
CONCLUSION	249
ANNEXES	261

LE SERVICE CENTRAL DE PREVENTION DE LA CORRUPTION

Le Service central de prévention de la corruption (SCPC) est un service à composition interministérielle placé auprès du garde des Sceaux, ministre de la Justice ; il a été créé par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dont les modalités d'application ont été fixées par le décret n° 93-232 du 22 février 1993.

Il est chargé de :

- centraliser les informations nécessaires à la détection et à la prévention des faits de corruption active ou passive et de corruption de directeur ou d'employé d'entreprise privée, de prise illégale d'intérêt, de concussion, de favoritisme et de trafic d'influence ;
- prêter son concours, sur leur demande, aux autorités judiciaires saisies de faits de cette nature ;
- donner des avis sur les mesures susceptibles de prévenir de tels faits, à diverses autorités limitativement énumérées, qui en font la demande. Ce sont certains élus locaux (maires, présidents de conseils régionaux, généraux et de groupements de collectivités territoriales), les chefs des juridictions financières (Cour des comptes, Cour de discipline budgétaire et financière, chambres régionales et territoriales des comptes), des services administratifs de l'Etat (ministres, préfets, trésoriers-payeurs généraux et autres comptables publics, présidents et directeurs des établissements publics de l'Etat), de diverses commissions administratives (Commission des comptes de campagne et des financements politiques, Conseil de la concurrence, Autorité des marchés financiers, TRACFIN, mission interministérielle d'enquête sur les marchés), des organismes ou services d'inspection ou de contrôle relevant de l'Etat et enfin les dirigeants des organismes privés chargés d'une mission de service public.

Parallèlement, le SCPC a conçu et met en œuvre des actions de formation à la demande de divers organismes publics, grandes écoles et universités dans le domaine qui lui est propre. De même, il assure, en étroite collaboration avec le ministère des affaires étrangères, l'Organisation des Nations unies (ONU), l'Organisation de coopération internationale et de développement économique (OCDE), le Conseil de l'Europe, le Fonds monétaire international, la Banque mondiale, une mission internationale grandissante, soit en participant aux travaux et négociations des organisations internationales, soit en nouant

des relations bilatérales avec les représentants des pays ou institutions étrangères soucieux de partager leurs compétences dans le domaine de la lutte et de la prévention de la corruption.

En outre, à la demande de dirigeants de grandes entreprises du secteur public, ce service a développé une politique de sensibilisation à la corruption se traduisant par la signature de conventions de partenariat. Par la suite, le SCPC s'est engagé dans une action similaire à l'égard du secteur privé. Ainsi ont été sollicitées des grandes entreprises ou groupes d'entreprises françaises de tous secteurs, exportatrices ou développant une activité internationale. Des contacts ont également été noués avec des organisations professionnelles ou syndicales représentatives pour les sensibiliser à cette coopération. Ces conventions de partenariat, conçues à titre gratuit, n'ont pour fondement que la seule volonté des parties de travailler ensemble et sont librement négociées entre les signataires. Elles comportent généralement trois volets, qui sont le dialogue et l'échange d'informations, la participation à des instances d'éthique, ainsi que la formation des personnes les plus exposées aux risques de corruption et de manquements au devoir de probité. A ce titre, le service a élaboré des modules de formation, tirés de cas réels, qui permettent d'aborder la pédagogie sous ses aspects les plus concrets.

Placé auprès du garde des Sceaux, ministre de la Justice, le SCPC jouit d'une légitimité reconnue et d'une indépendance affirmée. Installé dans des locaux fonctionnels hors de la chancellerie, il dispose d'un budget annuel autonome dont le chef du service est l'ordonnateur principal délégué.

Le service est composé de :

Claude MATHON, magistrat, chef du service

Pierre-Christian SOCCOJA, secrétaire général

et d'un certain nombre de conseillers :

Jean-Pierre BUEB, chef de service administratif de l'équipement

Elisabeth GAYET, magistrat

Pascal LEPLONGEON, officier de la gendarmerie nationale

James LINET, commissaire principal de la police nationale

Hervé LORIOD, directeur adjoint des douanes

Arnaud MAILLÉ, administrateur civil - direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Pascal MAYSOUNAVE, administrateur civil hors classe

Noël PONS, inspecteur des impôts

N..., premier conseiller de chambre régionale des comptes

N..., magistrat du 2^e grade
N..., magistrat du 2^e grade
N..., conseiller de tribunal administratif
N..., attaché d'administration centrale
N..., chargé de communication.

Le secrétariat est assuré par Véronique ASTRE, Myriam RODRIGUEZ et Christiane MARQUETOUX, la comptabilité par Séverine ROMAGNOLI. Eric CARAMAN est le conducteur automobile du service.

INTRODUCTION

De la séparation

L'union fait la force, mais ne serait-ce pas plutôt la désunion qui rythmerait la vie ?

Cette remarque peut paraître inattendue, mais la séparation semble ancrée au plus profond de nous, comme si elle appartenait à la nature humaine.

Dans le cadre des activités de formation qu'il déploie, le Service central de prévention de la corruption a eu la chance d'être sollicité par Dominique de Courcelles pour participer à l'enseignement dont elle est chargée dans le groupe HEC, dans le cadre du mastère de Management du développement durable.

Directrice de recherche au Centre national de la recherche scientifique, membre du Collège international de philosophie et également chargée d'enseignement à l'Ecole polytechnique, département des Humanités et Sciences sociales, Dominique de Courcelles, informée des réflexions du service sur la séparation et, par voie de conséquence, le conflit d'intérêts, a bien voulu rédiger les réflexions qui suivent, fruit de celles qu'elle mène à HEC et à l'Ecole polytechnique.

Une éthique de la séparation : De soi à l'autre, de la dignité particulière aux projets politiques communs.

Il n'y a pas de vie, il n'y a pas de monde possible sans séparation ni distinction, nous apprend la Bible au commencement du livre de la Genèse'. La création du monde est l'effet d'une parole divine qui distingue et nomme: « Dieu dit... »². Avant cette prise de parole divine, avant la domination du monde par la voix divine, l'Etat du monde est caractérisé par l'absence de vie, la ténèbre, l'abîme ou masse indifférenciée des eaux primordiales³. C'est donc par distinction, par séparation que s'effectue la création. La lumière est la première création, lumière visible, mais également lumière de vie. Le firmament est la deuxième création, consistant en un élément plat ou voûté retenant les eaux supérieures. Dans les deux cas, la parole de création à partir de rien : « Que la lumière soit ! » (1, 3), « Qu'il y ait un firmament au milieu des eaux [...] Dieu appela le firmament "ciel" » (1, 6), est immédiatement suivie de l'acte de séparation souligné par l'acte de nomination : « Dieu sépara la lumière de la ténèbre. Dieu appela la lumière "jour" et la ténèbre "nuit" » (1, 4) ; « Dieu fit le firmament et il sépara les eaux inférieures au firmament d'avec les eaux supérieures. Il

1 Le livre de la Genèse résulte d'un travail littéraire qui s'est poursuivi durant plusieurs générations et se trouve lié à d'autres récits cosmogoniques, tels ceux de la Babylonie où le dieu Mardouk crée le monde en triomphant de Tiamat, c'est-à-dire des puissances du chaos, selon le récit de la création Enouma Elish. Dans l'Egypte ancienne, également, l'action créatrice de Dieu est l'effet d'une parole.

2 Toutes les citations de la Bible sont extraites de la traduction œcuménique de la Bible, Ed. du Cerf, 1980.

3 Tiamat est très précisément la masse informe des eaux primordiales.

en fut ainsi. Dieu appela le firmament "ciel" » (1, 7-8). La terre est alors créée par séparation d'avec la mer : « Que les eaux inférieures au ciel s'amassent en un seul lieu et que le continent paraisse ! Il en fut ainsi. Dieu appela "terre" le continent; il appela "mer" l'amas des eaux» (1, 9-10). Toute la création s'ordonne ainsi par séparation, par distinction, qu'il s'agisse des astres du jour et de la nuit, des plantes et des animaux, « chacun selon son espèce ».

La création de l'homme, après la création du monde, s'effectue, selon la parole divine, « à notre image, selon notre ressemblance » (1, 26). C'est ainsi que l'homme est défini par rapport à Dieu, en une séparation qui est aussi conformité. Le terme « ressemblance » atténue ce que le terme « image » suggère de trop matériel. Il est remarquable que, si Dieu donne un nom au jour et à la nuit, au ciel, à la terre et à la mer, il ne donne pas de nom aux animaux qui sont soumis à l'homme ni aux plantes qui lui sont données. Toute cette œuvre de création par séparation et distinction est jugée bonne : « Dieu vit tout ce qu'il avait fait. Voilà, c'était très bon » (1, 31). Voir, c'est alors saisir immédiatement à distance et par la distance. C'est se servir de la séparation, comme un moyen d'immédiation.

Dans le deuxième récit de la création, qui fait suite immédiatement au premier, Dieu plante un jardin en Eden et y place l'homme qu'il a formé à partir de la poussière prise du sol, ce qui donne à l'homme qui doit cultiver le sol des enracinements cosmiques ; au milieu du jardin, Dieu fait germer l'arbre de vie et « l'arbre de la connaissance du bonheur et du malheur », c'est-à-dire l'arbre du savoir qui permet d'être heureux ou malheureux, l'arbre du discernement de caractère universel qui permet de juger de tout. De tous les arbres, l'homme peut se nourrir, sauf de ce dernier. Manifestant son discernement et son pouvoir, l'homme donne des noms différents aux différentes espèces d'animaux. La soumission du monde passe par la médiation du langage qui distingue et sépare, comme elle passe par la médiation du travail qui transforme. Le monde dans lequel est placé l'homme est donc marqué par la séparation, par la différence entre les arbres autorisés et les arbres interdits, entre le sol désertique et le sol cultivé, et par le manque. L'homme constate la séparation. Puis Dieu endort l'homme et crée la femme à partir d'une côte de l'homme. La femme est donc créée par séparation d'une partie du corps même de l'homme. L'homme en la nommant la déclare à la fois proche et séparée de lui; elle est ishsha, tandis que lui-même est ish. Cette nomination constitue aussi sa propre et première prise de parole jubilatoire : « L'homme s'écria » (2, 23). C'est alors qu'arrive dans le texte l'histoire du péché originel. Le péché originel s'inscrit dans la continuité événementielle de la création du monde par la puissance divine.

Le péché originel est très précisément une histoire de la tentative humaine insensée d'indifférenciation, de non-distinction, alors que la création du monde, en tant qu'énergique et vitale création, est un effet de

la parole divine de distinction et de séparation. « Vous serez comme des dieux », promet le serpent. La femme et l'homme mangent alors du fruit défendu, transgressant le commandement divin. Ce récit de transgression est destiné à établir qu'il y a une origine première du bien et que le mal trouve partiellement son origine radicale dans la transgression libre d'un commandement divin par un couple humain, le serpent ayant déjà perverti la parole divine. Confrontés à la différence sexuelle marquée par l'apparence des corps, l'homme et la femme veulent la dénier en couvrant leurs corps de vêtements. Découvrant l'ampleur de leur finitude, ils se cachent devant Dieu. C'est ainsi que le péché casse l'articulation de la différence et de la ressemblance ; la séparation est désormais mal vécue, éprouvée comme douloureuse contradiction et atteinte à soi, refusée. L'homme constate la séparation, il veut la coïncidence et l'indifférenciation. Les trois tentations du Christ par le diable, au commencement de sa vie publique, selon l'évangéliste Luc (Luc 4), confirment que le péché est une volonté de régresser à l'état d'indifférenciation : le diable propose au Christ l'économie de la médiation du travail pour obtenir du pain, l'économie de la médiation du temps pour obtenir tout, tout de suite, l'économie de la mort et de l'échec pour quêter la toute puissance. Or le monde est caractérisé par le temps et par l'espace, par l'échec et par la mort, par la non-coïncidence avec l'origine divine. Il convient de construire ses relations au cosmos et aux autres dans la reconnaissance du manque propre ou des différences, ou des séparations, ou des contradictions constitutives de soi.

Les anciens Grecs nous apprennent qu'au commencement de l'histoire des hommes, c'est-à-dire de l'histoire des Grecs, il y a un enlèvement, un arrachement. La belle Europe, enlevée à son milieu originnaire par Zeus sous la forme d'un taureau blanc, franchit le détroit des Dardanelles. Le passage de la mer permet la découverte d'un rivage nouveau, ignoré. La séparation est au principe du développement de l'histoire des hommes et de leur pensée. Par séparation, par transport, métaphoriquement, la belle Europe dit plus qu'elle ne dit en sa matérialité, plus que ce que l'on croit savoir. La rencontre avec la matérialité de la lettre du corps de la femme séparée de son origine crée en effet un nouveau monde, l'Europe. Les Grecs inventent l'histoire et la philosophie. L'identité européenne naît grâce à la métaphore, comme la pensée philosophique grecque travaille en jouant sur les mots des métaphores qui séparent, arrachent le sens. Nicole Loraux a souligné que le corps, le contact, l'écriture sont exhibés dans le discours platonicien pour mieux faire croire à l'âme, à la séparation radicale de l'âme et du corps, au logos, la ruse étant d'assigner à l'âme un toucher comme son geste le plus sien, quitte à faire passer tout cela au compte de la métaphore ; c'est ainsi que les Grecs sont complètement séparés des barbares⁴ et l'Europe du reste du monde.

⁴ Nicole Loraux, « Le retour de l'exclu », dans *Le Passage des frontières : autour du travail de Jacques Derrida*, Paris, Ed. Galilée, p. 151-159.

Etant au principe de l'histoire, la séparation est aussi au principe du langage. « Parler comme écrire nous engage dans un mouvement séparateur, une sortie oscillante et vacillante », note Maurice Blanchot dans L'Entretien infini⁵. Et plus loin il explique : « Il y a langage, parce qu'il n'y a rien de "commun" entre ceux qui s'expriment, séparation qui est supposée dans toute vraie parole... Je pense à cette affirmation d'Apollon, lorsque, par la bouche du poète Bacchylide, il dit à Admète : Tu n'es qu'un mortel ; aussi ton esprit doit-il nourrir deux pensées à la fois... Qu'est-ce qu'il est demandé à Admète par le dieu ? Peut-être rien de moins que de secouer le joug du dieu et de sortir enfin du cercle où il demeure enfermé par la fascination de l'unité... ne pas craindre d'affirmer l'interruption et la rupture, afin d'en venir à proposer et à exprimer - tâche infinie - une parole vraiment plurielle... Ainsi nous dissuadant plutôt que nous persuadant viennent vers nous les textes brisés d'Héraclite.⁶ » Pour les Grecs, comme déjà pour les hommes de la Bible, le chaos est l'indifférence fusionnelle sans rivage, d'où tout regard se détourne, refusant de se laisser atteindre par la lumière visible et vitale, séparatrice de jour et de nuit, séparatrice des formes. Or, lorsque les hommes découvrent la multiplicité de leurs lieux et de leurs temps, lorsqu'ils pensent et parlent, nécessairement ils affirment leur particularité, ont le désir de se communiquer les uns aux autres leur particularité et leur vérité, parce qu'ils sont essentiellement séparés. « Platon définit précisément la pensée ainsi [...] C'est à travers la multiplicité empirique des hommes pensants que circulerait le langage qui effectivement se parle », explique Emmanuel Lévinas⁷. Philosophie et poésie s'inscrivent dans la distinction. Et Maurice Blanchot dit encore : « Il faut essayer dépenser l'Autre, déparier en nous rapportant à l'Autre, sans référence à l'Un, sans référence au Même.⁸ » Telle est la condition pour nourrir deux pensées à la fois et être véritablement un homme. La séparation est au principe de la pensée, au principe de la philosophie, au principe de l'humanité.

Dans la seconde moitié du XVI^e siècle, Giordano Bruno, par sa formation à la fois théologique, philosophique et cabalistique, est un modèle de l'humaniste de la Renaissance. Sa liberté d'esprit et son refus d'entériner les dogmes établis l'amènent à être condamné par l'Eglise et à périr sur le bûcher. Dans un petit livre intitulé Des liens, vers 1590, l'humaniste remarque que c'est, paradoxalement, grâce à la séparation effective des hommes et de chaque élément de la création qu'un système de correspondances est établi entre microcosme et macrocosme, entre l'homme et l'ensemble de la création. Cette transmigration d'une même matière en diverses formes et figures, le recours continu à de nouvelles

⁵ Maurice Blanchot, *L'Entretien infini*, Paris, Gallimard, 1969, p. 39.

⁶ Maurice Blanchot, *op. cit.*, p. 79, 113, 115-116.

⁷ Emmanuel Lévinas, *De Dieu qui vient à l'idée*, Paris, Librairie philosophique Vrin, 2^e éd. 1986, p. 216.

⁸ Maurice Blanchot, *op. cit.*, p. 95.

sortes de nœuds produisent un dynamisme, une énergie qui constituent et renouvellent la vie même en ses différents aspects politiques, sociaux, philosophiques, affectifs. « Je suis lié par plusieurs liens, je sens plusieurs êtres qui me lient [...] pour telle raison ou telle autre [...] La nature [...] dissémine les liens de la beauté, de l'agrément, de la bonté, et les diverses affections qui leur sont contraires, pour les faire paraître dans les multiples parties de la matière de manière distincte et séparée.⁹ » Il est important que l'homme soit lié à plusieurs objets, bien distincts et séparés, afin de garder sa liberté de jugement et son indépendance de décision. L'homme responsable, doué de discernement pour lui-même, pour les autres et pour le monde, est un homme qui renonce à l'illusion de l'indifférenciation et de la toute puissance, qui sait distinguer et classer ses objets, qui sait se garder des intérêts mêlés ou unifiés, qui sait gérer la contradiction, par exemple entre les exigences de l'amitié et celles de la justice. Toute société humaine est une société capable de développer à la fois des liens et des contradictions. Dans cette perspective, Emmanuel Lévinas affirme : « La pensée pensante ne serait que le recueillement et le rangement [...] des choses en ordre.¹⁰ »

Si la séparation, l'arrachement sont posés au principe de toute affirmation et de tout affermissement de l'être humain, au principe de toute humanité et de tout humanisme, cette liberté ainsi acquise marque aussi l'avènement de l'humilité, l'acceptation de la contradiction, le souci de l'Autre qui fait les communautés et les Etats. La conscience personnelle vive de la contradiction, de la séparation est bien apte en effet à susciter le discernement social, politique, religieux, etc., qui permet de satisfaire les exigences des uns sans léser trop considérablement celles des autres. Toutes les grandes religions et sagesse soulignent que la contradiction assumée souvent difficilement et douloureusement est la condition de l'élévation et de la purification des individus et des sociétés. Le premier meurtre dans la Bible est celui d'Abel par son frère Caïn, qui ne supporte pas la différence, qui n'assume pas la contradiction entre soi et son autre, qui n'assume pas la responsabilité de cette contradiction. Tuant Abel, il s'enfuit et est condamné par Dieu à l'errance, à la solitude et à la peur, et c'est le troisième frère, Seth, qui fondera la société des hommes. Au début du Contrat social, Jean-Jacques Rousseau formule ainsi la question de l'articulation entre la liberté personnelle et le souci de l'autre : « Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant : tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution." » C'est dans cette perspective que

⁹ Giordano Bruno, *Des liens*, Paris, Ed. Alla, 2001, p. 11-12.

¹⁰ Emmanuel Lévinas, « Le dialogue : conscience de soi et proximité du prochain », *op. cit.*, p. 215.

¹¹ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, I, 6.

L'on peut analyser l'exemplaire instauration en Afrique du Sud de la démocratie et de la république, au sens de la nature commune du pacte fondé sur la souveraineté du peuple. Tandis que l'apartheid avait refusé la séparation et la différence en vidant la citoyenneté et le territoire blancs de toute présence noire, en remplaçant la nationalité sud-africaine des Noirs sud-africains par des nationalités tribales, la commission Vérité et Réconciliation, fondée en juillet 1995, est destinée à entendre les « atteintes graves aux droits de l'homme », les dépositions des victimes et celles des perpetrators, c'est-à-dire des criminels. Elle donne la liberté de parole aux victimes, elle montre la force morale des faibles, capables de dire la violence, ce qui est un geste de « restauration de la dignité humaine » des victimes ; elle offre ensuite aux perpetrators l'occasion de montrer comment, dans leur capacité à rendre compte librement de leurs actes, ils sont « dignes » de l'amnistie et sont eux-mêmes « restaurés ». Jetant « un pont historique entre le passé d'une société profondément divisée [...] et son avenir, fondé sur la reconnaissance des droits de l'homme, sur la démocratie »¹², la Commission consacre la séparation entre ces deux temps et permet la dynamique de la vie et de la pensée du pays. C'est ainsi que le nouveau corps citoyen de l'Afrique du Sud peut savoir, par l'arrachement à son origine d'apartheid que constitue en tant que tel la prise de parole dans le cadre de la Commission, par le respect des différences citoyennes, d'où il tire son origine et ce qui est arrivé, et il peut ainsi éviter une reprise des abus. Ainsi s'élabore une vérité efficace. Les intérêts de chacun sont bien distingués et respectés par l'Etat ; la loi ne saurait plus se confondre avec les intérêts des plus forts. Le rapport de la Commission, lié en partie aux conceptions bibliques, est solennellement remis par l'archevêque anglican du Cap, Mgr Desmond Tutu, au Président Nelson Mandela en octobre 1998. « Le rapport Vérité et Réconciliation, écrit Philippe-Joseph Salazar, éditeur du texte, est un texte qui possède la vivacité d'une instauration politique... il donne, d'un seul tenant, son histoire et les histoires de ceux dont il exprime, en en représentant les récits, le vouloir vivre-en-commun. La réconciliation sud-africaine clôt sur elle la tradition de la volonté générale inaugurée par Rousseau[...] La longue somme des récits avère ce que doit être la nature véritablement publique du savoir politique [...] Le Rapport fonde et formule la dernière république. »¹³

C'est ainsi qu'une éthique de la séparation, de la distinction, de la contradiction, élaborée dans la Bible, prolongée en Grèce, reprise par les humanistes de la Renaissance, aujourd'hui illustrée en Afrique du Sud,

¹² *Vérité, réconciliation, réparation*, sous la direction de Barbara Cassin, Olivier Cayla et Philippe-Joseph Salazar, Paris, Éd. du Seuil, « Le genre humain », 2004, introduction par Maurice Olender, p. 8

¹³ *Amnistier l'apartheid*, travaux de la commission Vérité et Réconciliation, sous la direction de Desmond Tutu, prix Nobel de la paix, édition et introduction établie par Philippe-Joseph Salazar, Paris, Éd. du Seuil, « L'Ordre philosophique », 2004, p. 73.

est profondément réaliste. La séparation est bien au principe de toute vie particulière, de toute humanité, de toute citoyenneté. La liberté, impliquée par la séparation, par la distinction, par la contradiction, vient en échange d'une vérité mise en commun, consensuelle, appropriable par la communauté ou les communautés citoyennes qu'elle contribue à fonder. Il y a là une forme d'humanité mutuelle qui fait que ce qui blesse l'un atteint l'autre, que la justice exige que soient distingués, partagés, séparés les privilèges et les faveurs, que les conflits d'intérêts ne sont pas acceptables. La particulière dignité de chaque être humain peut seule ouvrir l'avenir à des projets politiques communs.

Au vu de cette brillante analyse, il n'est donc pas étonnant que nous vivions dans une culture de séparation. Le mot revient sans cesse, de manière récurrente dans nos propos ou nos écrits, mais avec des sens différents.

La séparation est souvent associée à des événements difficiles de la vie : la séparation d'un être cher, la dislocation d'un couple. Elle est inéluctable, comme inscrite dans l'ordre des choses : ce sont les enfants qui quittent leurs parents pour « vivre leur vie ».

Le Code civil lui-même organise la répartition des biens entre les époux en réglementant le régime matrimonial de la séparation des biens, mais aussi en réglementant la dissolution du couple par le divorce ou la séparation de corps. Les époux vont vivre séparés, non seulement entre eux mais aussi alternativement de leurs enfants qui vont eux-mêmes souffrir de la situation.

Il y a dans ces séparations une notion de sanction, d'échec, en tout cas une connotation négative qui se concrétise parfois physiquement. On a connu le mur de Berlin qui séparait en deux parties une ville écartelée entre l'Allemagne de l'Ouest et l'Allemagne de l'Est. On connaît aujourd'hui le mur édifié en Cisjordanie. Mais, inversement, la séparation peut mener à l'unification ou à la réunification, et c'est bien ce qui a déclenché des scènes de liesse en Allemagne lors de la chute du mur de Berlin. Enfin, elle traduit aussi une recherche de protection. Tel est le cas des fortifications, en particulier de la Muraille de Chine, dont l'utilité a d'ailleurs évolué avec le temps.

La séparation, qui n'est pas étrangère aux lois de la physique, évoque aussi le mélange, puisque lui seul peut mener à elle : séparer le bon grain de l'ivraie ou les composants d'une substance. Elle est couramment et inconsciemment utilisée dans les tâches ménagères grâce aux lois de la force centrifuge. Mais parfois le mélange est impossible : c'est le cas de l'eau et de l'huile, dont la séparation est inéluctable ou le mélange est difficile à éviter : il faut du doigté pour séparer le blanc et le jaune d'un œuf.

Bref, ce mot anodin, en raison de ses multiples acceptions, est finalement révélateur de la complexité qui fait la richesse de notre langue, d'autant qu'il a dans le langage juridique une signification toute particulière qui lui donne, de façon contrastée par rapport à ce qui vient d'être écrit, un aspect positif, sauf bien entendu lorsqu'il permet l'utilisation dévoyée du droit, comme en matière de sociétés écran. Il est en effet associé à la notion de protection des libertés, même si le cloisonnement qui en résulte a des inconvénients, aggravés par notre culture du secret non partagé, notamment au regard de l'intelligence économique qui suppose collaboration des services et échange d'informations.

Il s'agit, bien évidemment, de la théorie de la séparation des pouvoirs élaborée par Montesquieu, mais aussi par Locke, philosophe, humaniste et médecin anglais, rarement cité, tout du moins en France. Celle-ci vise à séparer les différentes fonctions de l'Etat (exécutive, législative et judiciaire) afin de limiter l'arbitraire et empêcher les abus liés à l'exercice de missions souveraines.

Cette théorie a imprégné depuis le XVIII^e siècle notre culture et l'organisation administrative du pays. Elle n'est pas étrangère à la centenaire séparation de l'Eglise et de l'Etat et se décline dans de nombreuses institutions, par une expression particulièrement éloquente : on ne peut être à la fois juge et partie. Elle fait écho à l'adage immortalisé par l'Evangile de saint Matthieu : « *Personne ne peut servir deux maîtres à la fois. Vous ne pouvez donc pas servir Dieu et l'argent* » (6, 22). Il convient de remarquer ici, dès les origines, la référence à l'argent.

C'est ainsi, par exemple, car il est impossible d'être exhaustif et ce n'est pas le propos de cette introduction, que dans les procédures judiciaires pénales les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement sont séparées, que dans l'ordre juridictionnel administratif il y a une séparation entre les fonctions juridictionnelles et les fonctions administratives, que dans les finances publiques on distingue les ordonnateurs et les comptables. Enfin, la théorie de la séparation des pouvoirs explique le régime des incompatibilités qui régissent l'ensemble de nos procédures, qu'elles soient constitutionnelles, administratives, judiciaires, commerciales...

La bonne gouvernance de l'entreprise impose, comme dans le monde de la finance, la mise en place de « murailles de Chine », c'est-à-dire la séparation des fonctions de décision, d'audit et de contrôle, en professant plus généralement que ceux qui certifient les comptes d'une entreprise ne peuvent y avoir des intérêts financiers.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est emparée de cette question de la séparation des pouvoirs ou des fonctions et a développé une abondante jurisprudence sur le « tribunal impartial », voire de l'apparence d'impartialité. Elle imprègne notre procédure et régit la composition des

juridictions, en application de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui énonce que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial...* ». Cette notion de tribunal impartial est reprise dans le texte de la Constitution européenne actuellement en cours d'adoption dans les différents pays de l'Union.

La séparation des pouvoirs et des fonctions, les incompatibilités, l'impartialité, la limitation des cumuls de fonctions ou de mandats sont des notions qui tendent à éviter les conflits d'intérêts lorsqu'une personne a des intérêts personnels qui entrent en conflit ou risquent d'entrer en conflit avec les devoirs de ses fonctions. Comprendre cette notion fondamentale dans le processus de corruption, c'est prévenir toute dérive. En faire une synthèse exhaustive, c'est la raison même de l'existence du Service central de prévention de la corruption.

CHAPITRE I^{er}

Le conflit d'intérêts

Il est des expressions ou des mots que tout un chacun comprend intuitivement, si bien que d'en donner une définition précise peut apparaître inutile. C'est le cas de l'expression « conflit d'intérêts ».

Si tout le monde comprend les mots « intérêt » et « conflit », personne ne peut dire exactement ce que recouvre l'expression elle-même. Si dans certains pays il existe des textes législatifs recouvrant cette notion, cela n'est pas le cas en France. Il est pourtant nécessaire d'approfondir cette notion qui fait aujourd'hui partie du langage juridique international car les magistrats devront se prononcer de plus en plus sur des situations de conflits d'intérêts susceptibles d'entraîner des faits constitutifs d'infractions pénales (telle que prise illégale d'intérêts, favoritisme...).

Il convient donc de définir cette notion¹⁴ et d'indiquer quels « outils » ou quelles « bonnes pratiques » peuvent permettre de réduire les risques de conflits d'intérêts ou de mieux gérer ceux que l'on rencontre. Ensuite, des exemples pratiques¹⁵ tirés des secteurs public et privé permettront d'illustrer les problèmes spécifiques à différentes catégories d'acteurs ainsi que les régulations mises en œuvre.

I. - LA NOTION DE CONFLIT D'INTÉRÊTS

1. DÉFINIR LE CONFLIT D'INTÉRÊTS

1.1. Les définitions existantes

Une définition simple pourrait être la suivante : le conflit d'intérêts est une situation de fait dans laquelle se trouve placée une personne face à deux intérêts divergents, un intérêt général et un intérêt particulier, devant lesquels elle a un choix à faire.

La recommandation n° R (2000)10 du Comité des ministres [du Conseil de l'Europe] aux Etats membres sur les codes de conduite pour les agents publics, adoptée par le 11 mai 2000 lors de la 106^e session, indique en son article 8 que « *l'agent public doit éviter que ses intérêts privés entrent en*

¹⁴ En s'inspirant des travaux du Conseil de l'Europe et de ceux de l'OCDE, notamment « *Managing conflict of interest in the public service* », *OECD Guide Lines and Country Experiences*, 2003.

¹⁵ Ces exemples proviennent de la synthèse des mémoires suivants :

- Julie Petit, *Le Conflit d'intérêts dans le secteur public*, université de Paris-X, Nanterre ;
- Marion Pontille, *Les Conflits d'intérêts des professionnels de justice*, université Jean-Monnet de Saint-Etienne ;
- Oriane Normand, *Les Conflits d'intérêts et le PDG [d'une société anonyme] : sanctionner et prévenir*, université Jean-Monnet, Paris-XI

conflit avec ses fonctions publiques. Il est de sa responsabilité d'éviter de tels conflits, qu'ils soient réels, potentiels ou susceptibles d'apparaître comme tels ».

L'article 13 de cette recommandation en donne une définition qui est la suivante :

« Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle un agent public a un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions officielles.

L'intérêt personnel de l'agent public englobe tout avantage pour lui-même ou elle-même ou en faveur de sa famille, de parents, d'amis ou de personnes proches, ou de personnes ou organisations avec lesquelles il ou elle a ou a eu des relations d'affaires ou politiques. Il englobe également toute obligation financière ou civile à laquelle l'agent public est assujéti. »

Enfin, une définition plus récente a été adoptée par l'OCDE lors de la 29^e session du Comité de la gouvernance publique, qui s'est tenue à Paris les 15 et 16 avril 2004 :

« Un conflit d'intérêts implique un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités. »

Les définitions du Conseil de l'Europe et de l'OCDE ne concernent que les agents publics. Cela se comprend, puisqu'elles s'adressent aux représentants des Etats membres de ces deux organisations internationales, auxquels il était conseillé de promouvoir l'adoption de codes nationaux de conduite ou de mettre en place des outils permettant de réduire les possibilités de conflits d'intérêts.

Cette notion de conflit d'intérêts ne doit pas être limitée au secteur public, il est possible d'adapter la définition et d'en étendre son application au secteur privé. Dans ce cas, on pourrait considérer que : « Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle une personne employée par un organisme public ou privé possède, à titre privé, des intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer sur la manière dont elle s'acquitte de ses fonctions et des responsabilités qui lui ont été confiées par cet organisme ».

1.2. Les différents types de conflits d'intérêts

Si cette notion de conflit d'intérêts paraît plus simple à comprendre à l'aide des définitions précédentes, son interprétation reste difficile puisqu'il existe différents types de conflits d'intérêts.

Le conflit réel

Si l'agent possède un intérêt avéré, le conflit est dit « effectif » ou « réel ». Il s'agit d'un intérêt privé susceptible d'influencer la façon dont l'agent s'acquitte de ses responsabilités ou de ses obligations professionnelles. L'influence peut tenir à la nature de ses intérêts (responsabilités familiales, foi religieuse, liens professionnels, appartenance politique, biens personnels, investissements, dettes, par exemple) ou à leur valeur (intérêts dans une entreprise familiale, possibilité de réaliser un bénéfice important, d'éviter une perte, par exemple).

Le conflit apparent

Le conflit peut être « apparent » si le risque n'existe pas en réalité, parce que les intérêts personnels d'ordre privé n'existent pas réellement, ou que les faits en cause ne sont pas certains : l'agent « semble posséder » des intérêts. Une enquête minutieuse est donc nécessaire pour lever tous les doutes. On devra, notamment, vérifier que les fonctions de l'agent ne sont pas incompatibles avec sa situation personnelle, qu'il ne commet pas d'irrégularités ou qu'il ne fait pas preuve de mauvaise foi dans sa façon d'exercer ses responsabilités. Tant que ces faits ne sont pas prouvés, l'agent reste confronté à un conflit d'intérêts apparent, et il ne devrait pas pouvoir être mis en cause.

Le conflit potentiel

Le conflit reste potentiel lorsque l'agent possède des intérêts privés qui ne sont pas suffisants à l'instant où la question du conflit est posée, puisqu'il n'existe pas encore de relation entre ses fonctions et ses intérêts privés. En revanche, si les fonctions de l'agent changent ou évoluent, il convient de vérifier que ses intérêts privés ne sont pas de nature à influencer sur la façon dont il pourrait s'acquitter de ses nouvelles fonctions, et de s'assurer ainsi que le conflit reste seulement potentiel.

1.3. La notion d'« intérêt personnel »

La notion d'intérêt privé ou personnel est particulièrement vaste, puisqu'elle englobe des intérêts directs et indirects, c'est-à-dire ceux de l'intéressé lui-même, mais aussi ceux de ses proches, de ses amis ou même ceux d'un groupe auquel il appartient. On a donc affaire à une notion très extensive. Cette extensibilité se manifeste également dans le sens que l'on donne au mot intérêt puisque l'on ne prend pas seulement en compte l'intérêt financier de l'individu concerné, mais aussi tout ce qui pourrait constituer, pour lui, un intérêt, qu'il soit familial, politique, professionnel, confessionnel ou sexuel.

Ainsi, en France, lorsque le décideur favorise un intérêt personnel, direct ou indirect, au détriment de l'intérêt général, il peut être pénalement condamnable du chef de « prise illégale d'intérêts » conformément aux dispositions de l'article 432-12 du Code pénal lorsque les faits concernent des personnes exerçant des fonctions publiques.

Cependant l'individu concerné n'est pas tenu d'avoir un réel pouvoir de décision ou de conseil, il est seulement supposé en avoir un. Tant que la décision n'est pas prise, le conflit reste potentiel. En droit français, un tel conflit n'est pas condamnable, seule la décision prise qui conduirait à favoriser un intérêt personnel au détriment de celui de l'organisme est condamnable (« prise illégale d'intérêt »). En revanche, dans de nombreux pays, le simple fait de se trouver en position de conflit peut être sanctionné, soit pénalement, soit administrativement.

1.4. L'exercice « impartial et objectif » des fonctions ou des responsabilités

L'appréciation de « l'exercice impartial et objectif des fonctions ou des responsabilités » est un exercice délicat. Il est, en effet, difficile de trouver des critères objectifs permettant de mesurer l'impartialité et l'objectivité. Dans certaines circonstances, une décision objective et impartiale sera considérée comme ne l'étant pas, alors qu'un acte partial et totalement subjectif pourra être perçu comme une décision juste et honnête.

En effet, la transparence d'une décision ne permet pas toujours d'affirmer qu'elle a été prise de manière objective et impartiale. Par contre, la transparence permet d'accroître l'objectivité et l'impartialité. Pour autant, certaines décisions, aussi bien dans la sphère privée que dans l'action publique, ne doivent pas toujours être « transparentes », ne serait-ce que pour la protection des intérêts supérieurs de l'Etat ou de l'entreprise.

En droit pénal français, la « prise illégale d'intérêt » (article 432-12 du Code pénal) concerne le fait de « *prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération* ». L'intention coupable est caractérisée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte incriminé, même s'il n'avait pas d'intention frauduleuse. On ne se base que sur la réalité des faits, et non sur l'idée que l'on se fait de la possibilité d'agir de la personne incriminée. On ne trouve donc pas trace de l'aspect subjectif lié à la potentialité qui ressort, notamment, des définitions évoquées plus haut.

1.5. Conflit d'intérêts et corruption

Le lien entre le conflit d'intérêts et la corruption n'est pas évident et immédiat. L'agent public exerce l'autorité de l'Etat et occupe des fonctions

qui influent sur les droits et les intérêts des citoyens. Dans le secteur privé, l'agent occupe des fonctions qui ont des répercussions sur l'activité et la survie de l'entreprise ou de l'association à laquelle il appartient.

Les missions exercées bénéficient de la confiance que l'Etat ou l'organisme, d'une part, les citoyens, les fournisseurs ou les clients, d'autre part, mettent dans le comportement de l'agent, dans le professionnalisme des services qu'il assure. Ne pas respecter cette confiance, c'est mettre en cause le fonctionnement même des institutions publiques ou des organisations privées.

Le fait qu'un conflit d'intérêts puisse influencer sur l'exercice des responsabilités du représentant de l'organisme pourrait sérieusement ébranler la confiance dans l'intégrité de l'agent ou de l'organisme concerné. Il ne paraît donc pas concevable que l'agent en cause puisse profiter indûment de sa position pour en tirer un avantage personnel.

Un tel usage de sa position constituerait un « acte déloyal » vis-à-vis de son employeur et vis-à-vis des redevables. Ainsi, dans les faits de corruption, le corrompu accepte d'agir ou de s'abstenir en échange d'un avantage quelconque, et favorise donc son intérêt personnel au détriment de celui de sa mission.

2. GÉRER LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

Dans tous les cas, compte tenu de l'existence de conflits d'intérêts apparents ou potentiels, il n'est jamais possible de supprimer tous les conflits d'intérêts, il convient seulement de s'efforcer de gérer au mieux ceux qui pourraient survenir.

Ne pas confier l'attribution d'un marché de travaux publics à un fonctionnaire ayant des intérêts dans une entreprise de BTP, ne pas confier le rôle d'acheteur à un employé ayant des intérêts dans l'entreprise d'un fournisseur potentiel, tels sont, parmi d'autres, des exemples concrets.

Ce type de situation ne présente, au départ, que des risques potentiels de favoritisme mais oblige l'agent concerné à choisir entre son intérêt personnel et celui de son employeur. Cela ne signifie pas que le choix qui sera fait serait préjudiciable à l'entreprise ou à l'Etat. Cela signifie seulement que la confiance des citoyens envers l'Etat ou la confiance des fournisseurs ou des clients envers le donneur d'ordre, public ou privé, pourrait être gravement altérée, voire perdue.

C'est principalement pour éviter cette perte de confiance que des précautions doivent être prises et des sanctions éventuellement prononcées.

Par ailleurs, pour maintenir la confiance dans le cadre d'une gestion efficace des situations de conflit d'intérêts, il convient de permettre à l'agent soit de se défaire des intérêts privés, soit de se récuser.

2.1. Le « désinvestissement »

Pour un décideur, le moyen le plus simple de ne pas voir sa propre responsabilité engagée dans une décision ou une action susceptible d'être considérée comme favorisant son intérêt propre consiste à se défaire de la propriété ou du contrôle de l'intérêt privé en cause.

Au moins deux moyens peuvent lui permettre d'effectuer ce « désinvestissement » :

- il se défait de la propriété ou du contrôle de l'intérêt ou de l'actif en cause ;
- il transfère ou délègue à un tiers l'intégralité de la gestion de l'intérêt ou de l'actif en cause en veillant à ce que ce transfert ou cette délégation soient effectués en faveur d'un organisme à gestion indépendante dans lequel il ne peut exercer aucune influence.

A l'issue de ce « désinvestissement », l'agent concerné ou l'organisation à laquelle il appartient devront être en mesure de prouver, publiquement si nécessaire, que les intérêts de l'agent sont indépendants des décisions qu'il a prises ou qu'il pourrait être amené à prendre.

Une condition est toutefois nécessaire pour que l'on puisse procéder à ce désinvestissement : que l'intéressé ou son organisation soient informés de l'existence d'un risque potentiel. Cela semble simple lorsque ce risque de conflit peut effectivement devenir réel, mais beaucoup plus compliqué lorsqu'il n'y a, *a priori*, aucune possibilité de conflit entre l'intérêt personnel de l'individu concerné et celui de son employeur. Dans ce cas, pour « faire taire la rumeur », seule une action de communication de l'organisme est susceptible de régler le problème.

2.2. La récusation

Lorsque l'agent continue de détenir ou de contrôler certains intérêts privés qui pourraient entrer en conflit avec la décision qu'il est amené à prendre, la solution consiste à confier temporairement sa mission à un autre agent qui n'est pas susceptible d'avoir un conflit d'intérêts.

Dans la réalité, cette possibilité de transfert de responsabilité n'existe pas toujours ; en effet, dans certains cas, le transfert ne peut s'effectuer que vis-à-vis de personnes possédant des capacités particulières mais qui présenteront elles aussi une situation de conflit d'intérêts. Parfois aussi, la récusation n'est pas une solution satisfaisante pour l'organisme lui-même,

car elle irait à l'encontre des mesures administratives et des procédures mises en place pour garantir l'intégrité des décisions prises en son nom, et, de ce fait, elle pourrait compromettre une réputation d'intégrité établie de longue date.

D'autres mécanismes sont donc nécessaires pour que la confiance ne puisse être altérée. Il s'agit alors de mesures qui ne sont pas destinées à régler le conflit mais à prévenir l'apparition de conflits d'intérêts potentiels.

2.3. Prévenir les conflits d'intérêts

Instaurer et mettre en œuvre des cadres d'action efficaces dans la maîtrise des conflits d'intérêts est une tâche qui peut s'avérer très complexe. Gérer un conflit implique d'établir les faits, de faire respecter la loi ou la règle déontologique interne à l'organisation, et de faire la différence entre les situations de conflits d'intérêts « effective, réelle, apparente ou potentielle », si l'on utilise la terminologie de l'OCDE.

L'identification de ces situations de conflits d'intérêts ne peut se faire qu'en demandant, à la fois à l'agent et à sa hiérarchie, de répondre précisément à deux questions¹⁶ : De quelles fonctions ou missions l'agent est-il responsable ? Possède-t-il des intérêts privés de nature pertinente ? Les réponses obtenues permettent d'identifier la nature du conflit prévisible.

Des enquêtes et des investigations sont donc toujours nécessaires pour établir la matérialité des faits concernant soit les intérêts de l'agent, soit sa responsabilité réelle.

2.4. Identifier les principaux domaines à risques

Il appartient aux responsables de recenser les domaines présentant des risques pour l'un de ces agents en cas de conflit d'intérêts. Parmi ceux-ci, on retiendra tout particulièrement :

- l'exercice d'une activité parallèle ou extérieure ;
- la connaissance et la divulgation d'informations « privilégiées » ;
- la préparation, la négociation, la gestion ou l'exécution des contrats ;
- la participation à la prise de décisions stratégiques importantes ;
- l'acceptation de cadeaux et autres avantages ;
- la participation aux instances de direction d'entités tierces liées à l'organisme ;
- le « pantouflage »...

¹⁶ Voir sur ce point le document « Gérer les conflits d'intérêts dans le service public » adopté lors de la 29^e session du Comité de la gouvernance publique de l'OCDE, qui s'est tenu à Paris les 15 et 16 avril 2004.

Dans tous ces cas, après avoir identifié le ou les risques, l'organisme doit définir des règles strictes et des procédures susceptibles d'éviter d'éventuels conflits d'intérêts, ou tout au moins gérer ceux qui pourraient survenir. Le comportement attendu de la part des agents est inscrit, dans des lois¹⁷ parfois complétées par des codes de déontologie concernant des professions particulières (pour le secteur public) ou dans des codes d'éthique ou de déontologie de l'entreprise (pour le secteur privé).

Dans un souci de prévention, la recommandation du Conseil de l'Europe susvisée prévoit la possibilité de mettre en place pour certains agents publics particulièrement exposés un système de déclaration d'intérêts.

2.5. La déclaration d'intérêts

Cette déclaration permettrait de recenser rapidement les intérêts des agents particulièrement exposés. Elle doit être prévue par la loi pour ne pas porter atteinte à leur liberté individuelle en tant que citoyen. Le principe est celui d'une déclaration individuelle, régulièrement actualisée, dont la non-production serait, en elle-même, susceptible de sanctions.

Pourraient aussi être recensés, pour l'agent et ses proches, par exemple : les biens immeubles, les avoirs en actions ou instruments assimilables, les intérêts détenus dans une fiducie familiale ou commerciale ou une société mandataire, les fonctions d'administrateur exercées dans d'autres entreprises, les placements, les autres sources de revenus importantes, les cadeaux à déclarer (voyages, hébergements...), les dettes et tous autres intérêts susceptibles de créer une situation à risque.

Il convient de préciser qu'une adaptation de ce type de déclaration existe en France par la mise en place de la déclaration de patrimoine obligatoire pour certains élus et hauts responsables (qui sera abordé dans le développement sur le conflit d'intérêts dans le secteur public).

2.6. Les mesures de contrôle et de prévention

Le contrôle de ces déclarations permet, d'une part, d'éviter à certains agents d'être placés par leur hiérarchie dans des situations de conflit d'intérêts (prévention) et, d'autre part, de vérifier que l'agent ne s'est pas enrichi de manière illicite pendant la durée de son mandat ou pendant son activité de fonctionnaire. Cette situation est, dans ce cas, susceptible de déboucher sur des sanctions pouvant aller de la restitution des sommes

¹⁷ Le « statut de la fonction publique » est, en France, un bon exemple de ce type de lois qui définissent les droits et les devoirs des fonctionnaires. Le « guide de comportement » élaboré par le ministère de l'Équipement complète le statut tout en laissant aux agents l'entière responsabilité de leurs décisions finales. D'autres « codes de conduite » (Direction générale des impôts, par exemple) sont plus précis et indiquent aux agents ce qu'ils doivent ou ne doivent pas faire dans diverses circonstances.

indûment perçues à la radiation de l'administration, assortie ou non des sanctions pénales applicables.

D'autres moyens existent pour contrôler l'intégrité des agents, aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé. Ils visent, le plus souvent, à placer l'agent délibérément et à son insu dans une situation potentiellement compromettante afin de contrôler ses réactions, qui sont minutieusement examinées et évaluées. Initialement destinés aux agents des services de police qui avaient fait l'objet de dépôts de plaintes ou qui étaient accusés de corruption ou d'inconduite, ces contrôles d'intégrité ont été étendus à de nombreuses « populations à risques », y compris dans le secteur privé, où ils permettent parfois de mettre en cause des collaborateurs dont on cherche à se débarrasser pour d'autres raisons.

Ce type de contrôles est souvent contesté, non seulement par ceux qui pourraient y être soumis, mais aussi par ceux qui pourraient les mettre en place, car ils requièrent un certain nombre de précautions qui ne sont pas toujours prises :

- une autorisation par des dispositions législatives particulières ;
- une formation spéciale des contrôleurs pour garantir leur efficacité ;
- une information de l'ensemble du personnel de l'organisation pour éviter une influence néfaste et négative sur le personnel non corrompu qui redouterait d'être accusé par erreur.

Dans tous les cas, la prévention par la formation est indispensable. Elle peut prendre plusieurs formes :

- sensibilisation et formation de l'encadrement et des agents en leur rappelant leurs obligations vis-à-vis de leur employeur et en insistant sur les risques encourus aux plans administratif, pénal ou civil ;
- prise de conscience de la nécessité d'informer la hiérarchie et de solliciter l'utilisation des mesures préventives existantes ;
- consultation des conseils en déontologie chaque fois qu'il existe un doute sur la conduite à tenir.

Prévenir et gérer les conflits d'intérêts n'est donc pas simple. On constate que les mesures mises en place depuis de longues années dans l'administration sont aujourd'hui reprises par les entreprises privées dans leurs codes de conduite ou d'éthique. La déontologie, la transparence de l'action, les contrôles, le renforcement des sanctions sont communs à toutes les entités. Les scandales et les conflits d'intérêts touchent toutes les organisations.

Des exemples vont nous permettre d'apprécier la manière dont la question du conflit d'intérêts a été traitée dans le domaine de la fonction publique en France et chez les professionnels de justice : magistrats,

avocats, notaires, mandataires de justice... En outre, ont été abordés les conflits lors de l'attribution des prix littéraires ou de l'élaboration des guides de restaurants.

Dans le secteur de l'entreprise privée, la loi Sarbanes-Oxley votée aux Etats-Unis en 2002 et la loi de sécurité financière adoptée en France en 2003 ont déjà provoqué la mise en place de dispositifs de prévention adaptés. Cependant ces lois sont trop récentes pour analyser finement leur application ; c'est pourquoi, un recul étant nécessaire, elles seront traitées dans un prochain rapport.

II. - LE CONFLIT D'INTÉRÊTS DANS LE SECTEUR PUBLIC : L'EXEMPLE DE L'ADMINISTRATION FRANÇAISE¹⁸

Depuis longtemps, la France s'est dotée d'une réglementation destinée à prévenir et à sanctionner les conflits d'intérêts. Déjà en 1302, Philippe le Bel édictait un certain nombre de règles que ses agents devaient respecter : désintéressement, impartialité, interdiction des cadeaux (y compris les « pots de vin »), interdiction des rémunérations provenant des particuliers, interdiction d'accepter des prêts, vie de « bonne renommée »... Mais ces bonnes intentions furent mises à mal par le développement, dès 1483, du système de vénalité des charges et l'autorisation de la pratique des menus cadeaux faits par les administrés. A la fin du XVIII^e siècle, la corruption était quasi généralisée.

La Révolution française est la période durant laquelle a émergé la notion de « fonctionnaire ». Il s'agit d'un concept assez large, qui englobe des fonctions très diverses mais qui concerne uniquement les personnels disposant de prérogatives de puissance publique. Ainsi, seuls les ecclésiastiques, les administrateurs, les juges, les officiers et les notaires sont qualifiés de fonctionnaires. En revanche, les agents des administrations centrales tels que les chefs de bureau, les secrétaires et commis sont désignés sous le terme d'« employés¹⁹ ». La période révolutionnaire réaffirme et remet en vigueur les valeurs traditionnelles : fidélité, moralité, honnêteté, notamment.

Ces valeurs font partie intégrante du « serment » politique imposé à tous les fonctionnaires (1791) et les oblige à être fidèles à la Nation, à défendre

¹⁸ Etude réalisée en utilisant le mémoire de DESS d'administration publique *Le Conflit d'intérêts dans le secteur public*, soutenu au titre de l'année universitaire 2003-2004 à l'université de Paris-X, Nanterre, par Mlle Julie Petit.

¹⁹ A.M. Patault, « Les origines révolutionnaires de la fonction publique : de l'employé au fonctionnaire », *Revue historique de droit français et étranger*, 1986, p. 389-405.

la liberté et l'égalité, et même à mourir pour les défendre (1792). D'autres mesures prises dès cette époque montrent le souci des révolutionnaires de transformer en profondeur l'administration héritée de l'Ancien Régime :

- interdiction des dons d'étrennes, gratifications et cadeaux dès 1789 ;
- réglementation des marchés publics en 1793 ;
- détermination, en 1791, des premières incompatibilités, par exemple, entre un emploi de fonctionnaire et une situation de faillite ;
- obligation de déclarations de patrimoine des fonctionnaires et percepteurs en 1793 ;
- adoption en 1794 de la règle de non-cumul : « *Aucun citoyen ne peut exercer ou concourir à l'exercice d'une autorité chargée de la surveillance médiate ou immédiate des fonctions qu'il exerce dans une autre qualité.* »

Aujourd'hui, le fonctionnaire est « encadré » dans son activité par des obligations statutaires, des incompatibilités fixées par la loi et, dans certains cas, une obligation de déclaration de patrimoine. Ces mesures préventives s'ajoutent aux sanctions administratives ou pénales qui peuvent les frapper.

1. LE STATUT GENERAL DES FONCTIONNAIRES

Les efforts menés pendant la période révolutionnaire pour doter la fonction publique d'une certaine éthique n'ont pas remporté le succès escompté, si bien que la corruption dans l'administration a subsisté et s'est traduite, notamment, par la collusion de fonctionnaires avec des compagnies d'assurance, des banques ou des compagnies de chemins de fer.

C'est sous le régime de Vichy²⁰ que les obligations du fonctionnaire sont codifiées. Cependant, ce statut ne sera jamais appliqué, en raison principalement de l'hostilité de la haute administration et de l'absence de mesures d'application²¹. Jusqu'en 1946, les devoirs des agents publics figurent donc dans des textes épars, d'origine législative ou réglementaire, adoptés au coup par coup, sans souci d'harmonie ni d'homogénéité²². Ont ainsi été, notamment, promulgués le décret-loi du 4 avril 1934 interdisant la participation des fonctionnaires aux organismes de direction des sociétés commerciales, ou encore la loi du 29 octobre 1936 restreignant les

²⁰Loi du 14 septembre 1941 portant statut général des fonctionnaires civils de l'Etat et des établissements publics de l'Etat, *JO* du 1^{er} octobre 1941, p. 4211. Les dispositions de ce statut et les obligations générales des fonctionnaires seront étendues aux fonctionnaires communaux par le décret n° 2541 du 9 septembre 1943 publié au *JO* du 14 septembre 1943, p. 2415.

²¹ D. Jean-Pierre, *L'Ethique du fonctionnaire civil*, LGDJ, 1999.

²² *Ibid.*

possibilités de cumuls d'emplois et de rémunérations. Ces textes s'ajoutent à la loi du 6 octobre 1919 qui précise que les fonctionnaires doivent respecter un délai minimum de cinq ans à compter de leur cessation de fonctions avant de pouvoir prendre des participations dans des entreprises qu'ils ont été amenés à surveiller durant l'exercice de leurs fonctions.

Après la Seconde Guerre mondiale, l'Assemblée constituante vote la loi du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires de l'Etat. Elle sera suivie de l'ordonnance du 4 février 1959 qui promulgue un nouveau statut, largement inspiré par le texte précédent. Les statuts de 1946 et 1959 se contentent d'édicter des obligations générales pour le fonctionnaire, sans entrer dans le détail des obligations particulières à chaque catégorie de fonctions. En outre, ils ne concernent que les fonctionnaires de l'Etat. Le statut général du personnel communal, qui se voit soumis aux mêmes obligations que les fonctionnaires de l'Etat, sera créé par la loi du 28 avril 1952. Enfin, les agents hospitaliers, qui, à l'époque, n'étaient pas considérés comme des fonctionnaires, sont soumis à un statut général depuis le décret du 20 mai 1955.

Les obligations essentielles s'imposant désormais aux fonctionnaires sont diverses : désintéressement, discrétion professionnelle, loyauté et intégrité, notamment.

Le désintéressement

Les statuts interdisent « à tout fonctionnaire, quelle que soit sa position, d'avoir, par lui-même ou par personne interposée et sous quelque dénomination que ce soit, dans une entreprise soumise au contrôle de son administration ou service, ou en relation avec son administration ou service, des intérêts de nature à compromettre son indépendance.²³ » Un règlement d'administration définit les activités privées qu'un fonctionnaire ne peut exercer, après sa cessation définitive de fonctions, pendant des délais variables allant de deux à six ans. Pendant les mêmes délais, il ne peut prendre de participation financière dans des entreprises en relation avec son ancien service. Enfin, il ne peut cumuler une activité privée avec une fonction publique que dans les limites fixées par le décret du 29 juin 1936. L'obligation de désintéressement affecte également l'activité professionnelle privée du conjoint du fonctionnaire, qui doit faire l'objet d'une déclaration auprès de l'administration.

La discrétion professionnelle

La discrétion professionnelle s'applique à « tout ce qui concerne les faits et informations dont il a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions²⁴ ». Elle se traduit aussi dans le fait que les

²³ Article 8 du statut de 1946, article 8-2 du statut de 1959 et article 4 du décret de 1955.

²⁴ Article 13 du statut de 1946, article 10-1 du statut de 1959 et article 8-1 du décret de 1955.

fonctionnaires sont « *tenus au secret professionnel dans le cadre des règles édictées par le Code pénal* ». Cette disposition vise, comme les précédentes, à éviter tout risque de conflit d'intérêts. Au-delà de cette recommandation d'ordre général, les informations classées « secret défense nationale » font l'objet de prescriptions particulières.

La loyauté et la neutralité

La loyauté et la neutralité restent visées par les statuts de 1946 et 1959, qui prévoient également la possible application de sanctions disciplinaires en cas de non-respect de l'ensemble des obligations précitées. Le devoir de loyauté existe à l'égard de l'administration. Il se manifeste également à l'égard des usagers, avec lesquels le fonctionnaire doit être impartial et neutre. Cette obligation se traduit, par exemple, pour tout administré par son droit de demander la récusation des membres des juridictions administratives qui seraient susceptibles de faire preuve de partialité dans leurs jugements.

L'intégrité

L'intégrité dont doit faire preuve le fonctionnaire suppose l'honnêteté, l'incorruptibilité, l'honorabilité et la probité de l'agent public. Cela interdit aux fonctionnaires de prendre des intérêts de nature à compromettre leur indépendance dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent. Ils ne peuvent donc pas utiliser leur fonction pour servir leurs propres intérêts, ce qui réduit sensiblement les risques de conflit. Les obligations d'honneur et de probité sont expressément citées par les juges administratifs pour sanctionner sévèrement les fonctionnaires qui auraient manqué à leurs devoirs. Ces obligations concernent principalement l'interdiction absolue de se faire rémunérer par les usagers du service public. Le juge ne tient compte ni de la modicité des sommes détournées ou de l'objet emprunté ni de la restitution éventuelle des sommes ou des biens, sauf si elle a lieu de manière spontanée et avant le début de la procédure disciplinaire. Le fonctionnaire peut également être sanctionné pour l'usage personnel des moyens mis à sa disposition par le service.

Le statut général met donc en œuvre de nombreuses mesures qui ont pour objectifs majeurs de réduire les possibilités d'abus de fonctions et d'éviter les conflits d'intérêts. Il est, depuis toujours, appliqué de manière stricte au sein des administrations. L'ancienneté de cette réglementation et son application sans complaisance expliquent très largement les raisons pour lesquelles, jusqu'à ce jour, l'élaboration de codes de conduite ou d'éthique n'a pas été jugée nécessaire au sein de l'administration française. Seuls certains codes de déontologie viennent compléter ce statut en apportant aux agents exerçant des métiers spécifiques les réponses aux questions qu'ils doivent se poser lors de certaines phases particulières de l'exercice de leurs fonctions.

2. LES RESTRICTIONS D'ACCÈS À CERTAINES FONCTIONS

Pour pallier tout risque de conflit d'intérêts, l'agent public se voit également interdire l'accès à certaines fonctions électives et l'exercice de certaines responsabilités, notamment, l'exercice d'une activité privée lucrative.

2.1. Interdiction de cumuler activité lucrative et emploi de fonctionnaire

L'article 25 du statut général des fonctionnaires interdit à tout fonctionnaire d'exercer « *une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit* ». Cet article vise donc, d'une part, à faire en sorte que le fonctionnaire consacre toute son activité professionnelle au service de son employeur (Etat, collectivité territoriale, milieu hospitalier) et, d'autre part, à éviter qu'il use de ses fonctions pour servir ses intérêts personnels ou pour exercer une activité privée rémunérée.

Le Conseil d'Etat a précisé qu'un fonctionnaire ne peut être membre ni du conseil d'administration d'une société anonyme (sauf si la société a un but désintéressé ou s'il s'agit d'une société de famille) ni du comité de surveillance d'une société à responsabilité limitée (sauf si la société n'attache aucune rémunération ni aucun avantage matériel à cette participation). De même, il ne peut pas être président d'une société anonyme, à moins que la société soit à but non lucratif et que ses fonctions ne soient pas rémunérées. Enfin, même dans le cas d'une participation licite, le supérieur hiérarchique peut toujours, par une décision individuelle prise dans l'intérêt du service, restreindre ou interdire l'exercice des fonctions en cause. Cette dernière disposition prend tout son sens si l'on considère que, même non rémunéré, le fonctionnaire peut, par l'usage de ses fonctions, favoriser une société dans laquelle il aurait un intérêt non plus financier mais moral.

Le système comporte un certain nombre d'exceptions qui sont fixées par le décret-loi du 29 octobre 1936, dont l'essentiel des dispositions reste toujours en vigueur²⁵. En dehors de la libre production d'œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques, les fonctionnaires peuvent effectuer des expertises ou donner des consultations sur la demande d'une autorité administrative ou s'ils y sont autorisés par le ministre ou le chef de l'administration dont ils dépendent. Ils peuvent, dans les mêmes conditions, être appelés à donner des enseignements ressortissant à leur compétence. L'exercice de telles activités suppose donc l'autorisation écrite ou verbale du supérieur hiérarchique du fonctionnaire.

²⁵ Voir l'instruction du gouvernement de l'époque du 15/06/1937 pour l'application du décret de 1936, *JO* du 19/06/1937, p. 6862.

Cette dérogation au principe de l'interdiction des cumuls permet aux enseignants, par exemple, d'exercer « *les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions* » sans devoir solliciter l'autorisation préalable de l'administration. Cependant, l'autorité administrative peut enjoindre le fonctionnaire de mettre un terme à son activité privée lorsque celle-ci n'est pas conforme aux dispositions de l'article 3 du décret de 1936. L'administration dispose donc d'un contrôle *a posteriori* sur les activités exercées par l'agent.

Il faut noter que cette exception profite surtout aux universitaires, car le Conseil d'Etat considère que le contenu et le niveau des cours dispensés permet de regarder l'exercice d'une profession privée comme découlant de la nature de leurs fonctions²⁶. A l'inverse, un avocat peut être professeur de droit, le professionnel pouvant apporter une vision concrète par des exemples éclairant la pure théorie. Toutefois, si les professeurs des facultés de droit peuvent exercer la profession d'avocat, c'est à la condition de ne pas plaider contre l'administration. Il s'agit là d'une interdiction permanente et absolue, qui ne souffre aucune dérogation. Cette dernière doit être étendue aux professeurs de droit, qui donnent des consultations aux gouvernements étrangers ou plaident devant les cours et tribunaux internationaux, sauf autorisation préalable donnée par le ministre compétent²⁷.

Il ne fait pas de doute qu'une telle limitation découle d'impératifs d'éthique professionnelle et s'explique par le fait qu'il ne saurait être toléré qu'un fonctionnaire agisse contre les intérêts de son employeur. La question de la prohibition des conflits d'intérêts apparaît ici au cœur du problème, comme le souligne la circulaire du 25 avril 1988, qui interdit l'exercice de toutes les activités secondaires plaçant l'enseignant dans une situation de salarié de droit privé, c'est-à-dire le situant dans un lien de dépendance envers un employeur. La violation par le fonctionnaire de cette interdiction constitue une faute disciplinaire de nature à justifier une sanction pouvant aller jusqu'à la révocation. Le manquement à cette obligation entraîne aussi la retenue sur son traitement principal de la somme effectivement perçue au titre de l'activité privée irrégulièrement exercée.

Enfin, concernant le secteur médical, il faut signaler que la loi du 27 janvier 1987 a réintroduit à l'hôpital le « secteur privé »²⁸ qui permet aux médecins des hôpitaux publics de déroger à l'interdiction d'exercer une activité privée lucrative. Cette dérogation les autorise ainsi à recevoir, à titre privé, leurs patients dans les locaux mêmes de l'établissement public, à faire assurer leur secrétariat, à s'entourer de collaborateurs appartenant à la fonction publique hospitalière et, enfin, à utiliser le matériel de l'établissement pour des opérations relevant du secteur privé. L'explication

26 Voir par exemple, CE, 24/11/1982, « M. Delpy », D.A., 1983, n° 21.

27 Article 3, alinéa 5, du décret de 1936.

28 Il avait été supprimé en 1982.

d'une telle mesure accordée aux médecins hospitaliers réside très probablement dans la volonté des pouvoirs publics de retenir à l'hôpital des médecins de qualité. Précisons tout de même que les médecins concernés doivent reverser une partie de leurs recettes en contrepartie de l'utilisation des locaux et matériels.

2.2. Incompatibilités et inéligibilités

S'il est reconnu aux agents publics la possibilité d'exercer des responsabilités politiques, ceux-ci ne doivent pas utiliser leurs fonctions professionnelles pour asseoir leurs ambitions électorales. Ils sont donc amenés dans certains cas à choisir entre les unes et les autres, et ce, en fonction de règles déterminant des régimes d'incompatibilités et d'inéligibilités. Celles-ci sont d'interprétation stricte et ne peuvent être établies que par la loi.

Les cas d'inéligibilité du fonctionnaire

Les mesures d'inéligibilité sont plus strictes que celles concernant les incompatibilités. Elles visent essentiellement des fonctionnaires d'autorité : chefs de service ou responsables d'unités territoriales. Il est toutefois important de signaler que ces interdictions ne sont pas homogènes suivant les ministères et les administrations. En l'absence d'incompatibilité, l'exercice effectif du mandat électif est non seulement autorisé, mais aussi facilité.

Si aucune impossibilité ne frappe les fonctionnaires pour présenter leur candidature aux élections présidentielles, ce n'est pas le cas, en revanche, pour les élections législatives. En effet, les candidats aux élections législatives ont l'obligation d'avoir cessé leurs fonctions, depuis une période comprise entre six mois et trois ans, dépendant du rang et des responsabilités du fonctionnaire, pour pouvoir se présenter dans le ressort dans lequel ils ont exercé leurs fonctions. Ils peuvent toutefois se présenter dans un autre ressort sans respecter aucun délai. Dans le cas où un fonctionnaire frappé d'inéligibilité serait élu, l'élection se verrait invalidée par le juge compétent. Le contrôle de l'éligibilité s'effectue donc toujours postérieurement au scrutin.

Les cas d'inéligibilité aux élections locales prévus par le Code électoral sont nombreux. En effet, les possibilités d'influence sont plus fréquentes à ce niveau en raison de la plus grande proximité existant entre la population et le fonctionnaire futur élu et aussi de son implication possible dans la gestion locale. Le contrôle des élections locales incombe aux juridictions administratives qui l'effectuent de façon très pragmatique, puisqu'elles examinent, concrètement, la réalité des attributions des agents et des emplois occupés et ne se contentent ni des titres ni de l'interprétation

littérale du Code électoral. Il est essentiel pour le juge de rechercher si le fonctionnaire occupe de véritables fonctions d'autorité et s'il est, par conséquent, en mesure d'exercer une influence réelle sur les électeurs.

Les agents salariés communaux qui, au jour du scrutin, travaillent effectivement pour la commune sont inéligibles aux élections municipales. Cependant, ce type d'inéligibilité ne se prolonge pas après la cessation des fonctions de l'agent. Le juge administratif veille à l'application du régime des inéligibilités. S'il ne reconnaît pas la qualité d'agents salariés aux fonctionnaires recevant une indemnité de la commune, il considère comme inéligibles des agents dont les fonctions et la rémunération sont parfois modestes²⁹.

Sont également inéligibles aux élections municipales les comptables des deniers communaux. Ne peuvent se présenter aux élections dans le département où ils exercent leurs fonctions les agents de la comptabilité publique, les fonctionnaires des impôts, ainsi que, dans certains cas, les agents des douanes³⁰.

Dans les élections nationales et locales, le fonctionnaire ne peut donc pas mettre son activité professionnelle au service de ses intérêts politiques. Cette interdiction contribue nécessairement au maintien d'une éthique professionnelle de la fonction publique qui est encore renforcée, sur cet aspect, par le régime des incompatibilités.

Les régimes d'incompatibilités

L'incompatibilité des fonctions interdit de cumuler un mandat électif avec des fonctions ou une profession qui pourraient en compromettre l'exercice. Le fonctionnaire peut se faire élire pendant qu'il exerce ses fonctions, mais si c'est le cas, et si ces dernières se révèlent incompatibles avec l'exercice d'un mandat électif, il doit alors choisir entre ledit mandat et son emploi. S'il décide de conserver son mandat, il doit mettre fin aux fonctions incompatibles avec celui-ci, en demandant, le cas échéant, une mutation, une mise en disponibilité, un détachement...

Ce système des incompatibilités s'explique par la certitude que l'exercice simultané par un même individu de deux fonctions publiques, dont l'une est élective, ne peut se faire qu'au détriment de l'une ou de l'autre, car leur titulaire pourrait avoir à défendre simultanément des intérêts contradictoires entre eux. Il s'agit donc d'une mesure importante pour prévenir les conflits d'intérêts qui s'interprète strictement, car elle restreint le droit de tout citoyen d'assumer des fonctions électives et de participer à la vie politique.

²⁹ C'est le cas d'un appariteur-afficheur, CE, 13/12/1989, « Elections municipales de Saint-Jean-le-Blanc », req. n° 10-7583.

³⁰ D. Jean- Pierre, *op. cit.*

Le Code électoral rappelle que l'exercice de fonctions publiques non électives est incompatible avec un mandat de député et de sénateur. Le Conseil constitutionnel estime toutefois que cette règle ne s'applique pas aux personnes exerçant des fonctions de président et de membre du conseil d'administration, de directeur général et de directeur général adjoint des entreprises et établissements publics régionaux ou locaux, ainsi qu'aux agents qui exercent des activités de conseil de manière permanente auprès de ceux-ci (alors qu'elle s'applique pour les mêmes individus membres d'entreprises nationales ou d'établissements publics nationaux). De plus, le Code électoral, en ce qui concerne les fonctionnaires, prévoit expressément une exception importante au régime des incompatibilités, au bénéfice des professeurs titulaires de chaires ou chargés de direction de recherche. Une telle exception est justifiée au nom du principe de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur reconnue³¹ par le Conseil constitutionnel.

De manière générale, si le fonctionnaire est élu, il dispose d'un délai de huit jours, à compter de son entrée en fonction³², pour opter entre son activité professionnelle et son mandat. S'il choisit une carrière politique, il est placé de plein droit en position de disponibilité, avec droit à réintégration dans son corps à l'expiration de son mandat, mais il ne pourra bénéficier d'aucune promotion ou nomination³³.

Le Code électoral fixe la liste exhaustive des incompatibilités, parmi lesquelles, à titre d'exemples, on peut mentionner que :

- les fonctions de préfet, de sous-préfet et de secrétaire général de préfecture, ainsi que celles de fonctionnaire des corps actifs de police sont incompatibles avec les fonctions de conseiller municipal ;
- le mandat de conseiller régional est jugé incompatible avec les fonctions d'agent salarié de la région et des établissements publics et agences créées par elle³⁴ ;
- les agents des administrations financières ayant à connaître de la comptabilité communale, de l'assiette, du recouvrement, du contrôle de tous impôts et taxes ne peuvent être maire ou adjoint, ni en exercer même temporairement les fonctions, dans toutes les communes qui, dans leur département de résidence administrative, sont situées dans le ressort de leur service d'affectation³⁵.

Ces incompatibilités ne font pas double emploi avec les inéligibilités. Ces dernières ne valent que dans le ressort où le fonctionnaire exerce ses fonctions, tandis que le champ d'application de l'incompatibilité demeure

31 C.C, 83-165 DC, 20/01/1984, « Libertés universitaires », rec. 30.

32 Ou de la décision du Conseil constitutionnel, s'il y a eu contestation de l'élection.

33 CE, avis 6/12/1958, et CE, avis 29/11/1961.

34 Article L. 343 du Code électoral.

35 Article L. 2122-5 du Code des collectivités territoriales.

beaucoup plus large. Ainsi, même s'il n'existe aucune législation réprimant explicitement les conflits d'intérêts, les fonctionnaires et agents publics se trouvent encadrés par un certain nombre d'obligations et de restrictions qui permettent d'éviter qu'ils ne se trouvent dans une telle situation.

3. LES LIMITATIONS AU PASSAGE DES FONCTIONNAIRES VERS LE SECTEUR PRIVÉ

Le risque pour un agent public de se retrouver en situation de conflit d'intérêts se manifeste souvent lorsque celui-ci abandonne momentanément ou définitivement ses fonctions publiques pour intégrer le secteur privé. Le législateur, conscient de possibles dérives est intervenu pour réglementer ce « passage aux affaires ». Des commissions de déontologie ont été mises en place afin d'encadrer la pratique de ce que l'on appelle couramment « pantouflage ».

Le « pantouflage³⁶ » consiste, pour un fonctionnaire, à quitter temporairement ou définitivement ses fonctions publiques afin d'occuper un poste dans le secteur privé. La réglementation de cette pratique, intéressante *a priori* aussi bien pour l'administration que pour le secteur privé, n'a pas pour objectif de dresser entre la fonction publique et le secteur privé une barrière infranchissable, mais seulement d'en limiter les abus. Les circulaires d'application précisent, en effet, que « *pour des motifs éthiques autant que juridiques, les règles régissant le passage d'agents publics dans le secteur privé, si elles ne doivent pas mettre obstacle par principe à ce passage, doivent éviter ceux des départs qui seraient critiquables au regard tant de l'impératif d'impartialité qui s'impose aux agents publics, que de la dignité des fonctions qu'ils exercent*³⁷ ».

3.1. Le rôle des commissions de déontologie

Avant la création des « commissions de déontologie », le pantouflage avait déjà fait l'objet de plusieurs tentatives de réglementation pour en limiter les abus. Ainsi, la loi a posé, à l'égard des trois fonctions publiques, le principe de l'interdiction, pour les fonctionnaires cessant leurs fonctions de façon temporaire ou définitive, d'exercer des activités dans le secteur privé, qui seraient incompatibles avec leurs précédentes fonctions. Mais, jusqu'en 1991, ces activités n'étaient pas définies.

Aujourd'hui, il existe une commission pour la fonction publique de l'Etat, une pour la fonction publique territoriale, une pour la fonction

³⁶ Voir aussi le rapport du SCPC pour l'année 2000, p. 51 à 72.

³⁷ Circulaire du 17/02/1995, *JO* du 19/02/1995, p. 2719 ; circulaire du 10/07/1995 pour la fonction publique hospitalière, *JO* du 12/07/1995, p. 10423 ; circulaire du 19/03/1996 relative à la commission de déontologie pour la fonction publique territoriale, *JO* du 23/03/1996, p. 4503.

publique hospitalière et, depuis 1996³⁸, une commission particulière pour les militaires. Les différentes commissions sont placées auprès du Premier ministre, auquel elles doivent remettre un rapport annuel d'activité.

La procédure de contrôle du « pantouflage » est prévue par le décret n° 95-168 du 17 février 1995 relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires placés en disponibilité ou ayant cessé définitivement leurs fonctions et aux commissions de déontologie instituées par la loi n° 94-530 du 28 juin 1994.

L'initiative de la procédure appartient au fonctionnaire lui-même, qui doit informer, par écrit, l'autorité dont il relève lorsqu'il envisage d'exercer une activité privée. La commission de la fonction publique d'Etat estime, depuis 2002, que si l'activité privée s'exerçait régulièrement avant la mise en disponibilité, ou la cessation d'activité, le simple changement de position ou de situation statutaire ne peut justifier une interdiction et que, par conséquent, elle n'a pas à être saisie à cette occasion. Cette nouvelle jurisprudence permettra d'éviter des saisines massives et peu utiles, en cas de transformation de services administratifs, d'établissements publics ou d'entreprises publiques en entreprises privées. Cependant, la commission reste compétente si la modification de situation administrative de l'agent s'accompagne d'un changement d'activité privée, soit au sein de la même entreprise, soit dans le cas où il y a changement d'employeur.

L'autorité administrative qui a reçu la déclaration de la part de l'agent a l'obligation de saisir, dans les quinze jours, la commission compétente de la fonction publique concernée. La commission dispose alors d'un délai d'un mois pour rendre son avis. Son silence pendant ce délai d'un mois vaut avis favorable à l'égard de l'activité privée envisagée.

La commission détient un véritable pouvoir d'instruction et peut convoquer le fonctionnaire pour entendre ses explications, ou recueillir auprès des personnes publiques et privées les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Le fonctionnaire peut également être entendu sur sa demande. Lorsque la demande est recevable et la commission compétente, elle peut rendre trois types de décisions :

- incompatibilité lorsque l'activité privée envisagée par le fonctionnaire n'est pas compatible avec la fonction publique précédemment exercée ;
- compatibilité sous réserve, qui permet d'opposer une incompatibilité à un agent dont le projet ne soulèverait de difficulté que s'il était mis en œuvre dans certains lieux ou selon certaines modalités³⁹ :

38 Décret n° 96-28 du 11/01/1996.

39 La réserve permet ainsi d'interdire l'exercice dans ces lieux (en général, le ressort de l'ancien service) ou bien selon ces modalités (en général, les contacts avec l'ancien service ou le conseil à des personnes soumises au contrôle de l'ancien service). Aujourd'hui, la technique de la ...
(suite p. 45)

- compatibilité entre l'activité privée envisagée et la fonction publique précédente.

L'avis rendu par la commission est ensuite transmis à l'autorité dont relève le fonctionnaire, qui en informe l'intéressé. Cet avis ne lie pas l'autorité administrative. Celle-ci dispose d'un délai d'un mois pour rendre sa décision. Au terme de ce délai, le silence gardé par l'autorité administrative vaut décision conforme à l'avis de la commission. Ces délais de procédure relativement courts garantissent à l'agent de voir son cas étudié avec célérité et ne ralentissent pas la poursuite de sa carrière.

3.2. Les décisions rendues par les commissions de déontologie

Le décret du 17 février 1995 prévoit deux types d'activités qui sont incompatibles avec les fonctions antérieurement exercées : d'une part, celles interdites en raison des liens ayant pu exister dans le passé entre le fonctionnaire et l'entreprise et, d'autre part, celles prohibées en raison des liens futurs susceptibles de se nouer entre le fonctionnaire et l'entreprise qui souhaite le recruter.

Les incompatibilités en raison des liens passés avec l'entreprise

L'interdiction vise les liens qui ont pu exister, au cours des cinq années précédant la cessation des fonctions, entre le fonctionnaire et l'entreprise dans laquelle il envisage d'aller travailler. Il s'agit de l'entreprise avec laquelle il a été chargé de passer des marchés ou des contrats ou d'exprimer un avis sur de tels marchés ou contrats ou de l'entreprise qu'il était chargé de contrôler ou de surveiller.

Cette interdiction s'étend aux activités exercées dans une entreprise détenant au moins 30 % du capital de l'entreprise précitée ou dans une filiale, à 30 % au moins, de cette dernière.

La Commission a décidé, par exemple, qu'il n'est pas nécessaire pour justifier l'interdiction que le fonctionnaire ait effectivement et personnellement contrôlé l'entreprise ; il suffit qu'il ait seulement eu vocation à exercer ce contrôle. C'est ainsi qu'un sous-directeur à la direction de l'architecture de Paris chargé de passer des marchés n'a pas reçu d'avis favorable pour aller travailler dans une filiale d'une société concluant habituellement des marchés avec cette direction.

39 (*suite*) réserve étant connue dans les administrations, il arrive fréquemment que le demandeur propose spontanément d'apporter un certain nombre de restrictions à son activité privée ou de l'exercer selon certaines modalités. Les commissions ne sont toutefois pas tenues par ces engagements ; elles peuvent considérer qu'une réserve plus sévère est nécessaire ou bien, à l'inverse, que toute réserve est inutile.

Les interdictions ne s'appliquent qu'aux activités professionnelles accomplies dans une entreprise privée, ou une entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément au droit privé.

Les incompatibilités en raison des liens futurs avec l'entreprise

Ces incompatibilités visent les activités lucratives, salariées ou non, dans un organisme ou dans une entreprise privés et les activités libérales si, par leur nature ou leurs conditions d'exercice et eu égard aux fonctions précédemment exercées par l'intéressé :

- ces activités portent atteinte à la dignité desdites fonctions ;
- ou risquent de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service⁴⁰.

Par conséquent, les activités bénévoles sont exclues du champ d'interdiction.

La dignité des fonctions est interprétée de manière restrictive et un avis d'incompatibilité n'est donné que lorsque l'activité envisagée est interdite par la loi et passible de sanctions pénales. Un cas typique concerne l'activité de magnétiseur, parce qu'elle constitue un exercice illégal de la médecine⁴¹. Il en va de même pour un gardien de la paix exerçant ses fonctions au sein d'un commissariat de police et désireux de créer un salon de tatouage dans la même ville. Selon la Commission, cette activité est incompatible avec les fonctions précédentes car susceptible de porter atteinte à la dignité de celles-ci⁴². En revanche, l'activité d'astrologue ne porte pas atteinte à la dignité des fonctions d'un ancien agent de l'Agence nationale pour l'emploi⁴³.

Les notions de mise en cause du fonctionnement normal du service, d'indépendance et de neutralité du service, sont considérées par la Commission comme indissociables. Aussi la Commission rend-elle un avis défavorable lorsque le fonctionnaire qui souhaite partir risque d'avoir, dans sa nouvelle activité professionnelle, des liens avec son ancien service et ses anciens collègues. La Commission souhaite aussi empêcher qu'une entreprise recrute un fonctionnaire uniquement pour son entree et sa connaissance du milieu administratif. Il est donc essentiel aux yeux des membres de la Commission qu'un agent n'exerce pas sa nouvelle profession

40 Article 1-1-2° du décret du 17/02/1995, précité.

41 Voir à ce sujet l'avis n° 99.A0867 du 20/12/1999 : incompatibilité concernant une demande faite par un agent des impôts souhaitant devenir magnétiseur-tradipraticien à titre libéral, car cette activité, interdite par l'article L. 372 du Code de la santé publique, qui réprime l'exercice illégal de la médecine, serait de nature à porter atteinte à la dignité de ses fonctions précédentes. Voir aussi : Commission de déontologie de la fonction publique d'Etat, 7^e rapport d'activité, 1999, La Documentation française, Paris, 2000, p. 40.

42 Avis n° 01.A0498 du 17/05/2001, Commission de déontologie de la fonction publique de l'Etat, 7^e rapport d'activité, 2001, p. 52, précité.

43 Avis n° 99.A0286 du 22/04/1999, Commission de déontologie de la fonction publique d'Etat, 5^e rapport d'activité, 1999, La Documentation française, Paris, 2000, p. 40.

dans le même secteur d'activité et dans le même ressort territorial que lors de ses fonctions antérieures.

La Commission a souvent recours à la technique des réserves pour encadrer les modalités d'exercice de l'activité privée en liaison avec les administrations d'origine. Il est demandé à l'intéressé de s'abstenir d'avoir des relations d'affaires avec son ancien service. Il est également demandé de ne pas avoir de relations professionnelles avec des personnes physiques ou morales avec lesquelles l'agent a été en contact dans ses anciennes attributions, afin que l'on ne puisse pas considérer qu'il s'est « constitué une clientèle » grâce à son passage dans l'administration. Enfin, aux agents en service dans des corps de contrôle ou des juridictions, il est demandé de s'abstenir de traiter des affaires relevant ou ayant relevé de la compétence de leur ancien service, afin qu'ils ne se trouvent pas confrontés à leurs anciens collègues⁴⁴.

Ainsi, à titre d'exemple, une activité de gérant d'une société d'investissement immobilier dans une région est incompatible avec des fonctions de conseiller à la chambre régionale des comptes, l'intéressé étant nécessairement amené à avoir des contacts avec les collectivités territoriales ou organismes soumis au contrôle de ladite chambre⁴⁵.

Le contrôle de la pratique du pantouflage, exercé par les commissions de déontologie, contribue à la moralisation de la fonction publique, puisque l'exercice d'activités interdites constitue une faute disciplinaire susceptible de sanctions ou peut entraîner des retenues sur pension ou encore la déchéance de ces mêmes droits, sans compter l'éventualité de poursuites pénales dans le cadre du délit de prise illégale d'intérêts prévu et réprimé à l'article 432-13. Les différentes commissions de déontologie sont de plus en plus souvent saisies par les administrations et les agents publics eux-mêmes. Cependant, il ressort de leurs rapports annuels qu'elles souffrent encore d'un défaut de publicité et d'un manque d'« assiduité » de la part des autorités compétentes, qui ne respectent pas toujours l'obligation légale de les saisir lorsque l'un de leurs agents envisage de rejoindre le secteur privé. Ce phénomène nuit à l'efficacité des commissions de déontologie, d'autant plus qu'aucune procédure ne semble avoir été mise en œuvre concernant la vérification de l'obligation qui pèse sur les administrations d'origine.

4. LES DECLARATIONS DE PATRIMOINE DE CERTAINS ÉLUS ET AGENTS PUBLICS

Parmi les outils permettant de lutter contre les conflits d'intérêts figure la déclaration de patrimoine à laquelle sont tenus certains fonctionnaires et

44 Commission de déontologie de la fonction publique d'Etat, 8^e rapport d'activité, 2002, p. 45.

45 Avis n° 02.A0708 du 19/09/2002, *ibid.*, p. 46-47.

élus. Il s'agit de faire état, à différentes phases d'une carrière, de l'inventaire de son patrimoine personnel.

4.1. L'obligation de déclaration : mise en place et champ d'application

Le système des déclarations de patrimoine a été mis en place par deux lois du 11 mars 1988⁴⁶, parallèlement à l'instauration d'un régime juridique du financement des campagnes électorales et des partis politiques. Le but de la législation est de s'assurer que l'exercice d'un mandat ou d'une fonction publique n'a pas fourni l'occasion d'un enrichissement illicite de la personne intéressée.

Ces lois concernaient à l'origine uniquement les candidats à l'élection présidentielle, les membres du gouvernement, les parlementaires et certains élus locaux dotés de responsabilités exécutives. La loi organique du 19 janvier 1995⁴⁷ et la loi ordinaire du 8 février 1995⁴⁸ ont complété ce dispositif sur trois points : élargissement du champ d'application, renforcement des modalités du dépôt de déclaration et instauration de la Commission pour la transparence financière de la vie politique comme organe unique de contrôle (ou CTFP).

L'obligation de déclaration a été étendue non seulement à de nouvelles catégories d'élus (représentants français au Parlement européen, conseillers régionaux, par exemple), mais aussi à des personnalités exerçant certaines fonctions dans le secteur public et parapublic : les présidents, les directeurs généraux et les directeurs généraux adjoints des entreprises nationales, des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial, des organismes publics d'habitation à loyer modéré gérant plus de deux mille logements et des sociétés d'économie mixte dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 750 000 €

4.2. Les modalités du contrôle du dépôt de la déclaration

Le contrôle du dépôt des déclarations de patrimoine relève exclusivement de la Commission pour la transparence financière de la vie politique. Le bilan qui peut être fait à l'heure actuelle montre que, globalement (élus et dirigeants d'organismes publics pris ensemble), les délais de dépôt des déclarations sont mieux respectés que dans le passé, les mises en

46 Loi n° 88-226 du 11/03/1988 relative à la transparence financière de la vie politique, *JO* du 12/03/1988, p. 3288, et loi n° 88-227 du 11/03/1988 relative au même objet, *ibid.*, p. 3290.

47 Loi organique n° 95-63 du 19/01/1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement, *JO* du 20/01/1995, p. 1041.

48 Loi n° 95-126 du 8/02/1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du gouvernement et des titulaires de certaines fonctions, *JO* du 9/02/1995, p. 2184.

garde successives de la Commission ayant produit les effets attendus. En outre, la création de formulaires de déclaration a contribué à rendre ces déclarations plus homogènes et plus exhaustives. De plus, il est possible désormais de télécharger le formulaire de déclaration sur le site Internet de la Commission.

Des procédures de sanction peuvent être déclenchées dès lors que l'intéressé s'est soustrait à ses obligations déclaratives soit en ne déposant pas de déclaration, soit en la déposant hors délai, soit en ne fournissant pas à la Commission les explications nécessaires pour apprécier utilement les évolutions de patrimoine.

Ainsi, la nomination des dirigeants des organismes publics est considérée comme nulle si, à l'issue du délai d'un mois, la déclaration prévue lors de l'entrée en fonctions n'a pas été déposée.

Par ailleurs, la possibilité pour la Commission de transmettre un dossier au parquet a été prévue par l'article 3-II (dernier paragraphe) de la loi du 11 mars 1988 modifiée : «*Dans le cas où la Commission a relevé, après que l'intéressé aura été mis en mesure de faire ses observations, des évolutions de patrimoine pour lesquelles elle ne dispose pas d'explications, elle transmet le dossier au parquet.* » La Commission relève ainsi dans son huitième rapport, sans citer le nom des intéressés, qu'elle «*a procédé, entre 1996 et 1998, à l'audition de trois personnes soumises à l'obligation de déclaration et dont les explications écrites sur leur situation patrimoniale, au terme de nombreuses demandes de précisions, ne paraissaient pas suffisantes* ». Ces auditions n'ayant pas «*permis de lever certaines incohérences et contradictions sur l'évolution du patrimoine des intéressés* », la Commission a décidé de transmettre ces trois dossiers au parquet⁴⁹.

4.3. Les limites du dispositif

4.3.1. Limites générales

La Commission pour la transparence financière de la vie politique n'a pas obtenu le statut d'autorité administrative indépendante et ne dispose pas de moyens d'investigations et d'enquêtes. Ce n'est que de façon exceptionnelle que des explications écrites jugées insuffisantes conduisent l'institution à procéder à l'audition des personnes intéressées.

Par ailleurs, la loi n'a prévu aucune sanction spécifique en cas de déclarations de patrimoine fausses ou inexactes.

En outre, les revenus n'entrent pas dans la déclaration de patrimoine, ce

⁴⁹ Huitième rapport de la CTFVP, année 1998.

qui peut rendre difficile l'appréciation de la variation d'un patrimoine sans connaître la capacité d'épargne des intéressés.

Enfin, ce système de déclaration souffre d'un manque de transparence à l'égard des citoyens. En effet, le législateur a limité la publicité des déclarations au *Journal officiel* aux seules déclarations de début et de fin de mandat du Président de la République. Pour tous les autres assujettis, le législateur a fait prévaloir une logique de confidentialité des déclarations à l'égard des tiers. La loi du 8 février 1995 a confirmé cette logique et a même, contre l'avis du gouvernement, interdit à la Commission de mentionner dans son rapport public toute « *indication nominale quant aux situations patrimoniales* ». Bien plus, des sanctions pénales ont été prévues à l'encontre de ceux qui publieraient ou divulgueraient, « *de quelque manière que ce soit, tout ou partie des déclarations ou des observations* » des personnalités assujetties⁵⁰. En l'Etat actuel de la législation, la transparence externe est donc limitée.

Cependant, dans son douzième rapport relatif aux années 2002 et 2003⁵¹, la Commission a constaté qu'un petit nombre d'assujettis n'ont pas rempli de manière satisfaisante leurs obligations déclaratives, malgré de nombreux rappels écrits ou téléphoniques, et, comme elle l'avait déjà envisagé dans des rapports précédents, elle a mentionné les noms et fonctions de quatre dirigeants d'organismes publics concernés.

4.3.2. *Le cas particulier des « agents publics »*

Dans son rapport de l'année 2001, la Commission a indiqué que « *comme les années précédentes, le constat reste très mitigé pour les dirigeants d'entreprises publiques* », la majorité d'entre eux ne respectant pas le délai légal de dépôt de déclaration. En outre, elle s'est interrogée sur « *le manque d'informations dont les grands groupes nationaux font preuve à son égard* » et elle a considéré qu'elle rencontre « *de réelles difficultés lorsqu'il s'agit de connaître l'identité de dirigeants nommés ou renouvelés dans leurs fonctions, les créations ou liquidations de sociétés* »⁵².

D'une manière générale, la Commission faisait observer que le nombre d'organismes publics et par suite le nombre des dirigeants concernés étaient très importants, et laissait entendre que seule une réforme d'ordre technique lui permettrait d'exercer un contrôle efficace sur un nombre raisonnable de sociétés.

Dans son dernier rapport d'activité de 2002-2003 (cité *supra*), la Commission a réitéré ses préoccupations et a indiqué que, compte tenu de

⁵⁰ Article 4 de la loi du 8/02/1995.

⁵¹ Douzième rapport de la CTFVP, années 2002 et 2003, publié au/O du 19/02/2004, p. 3414.

⁵² Onzième rapport de la CTFVP, année 2001, publié au/O du 18/07/2002, p. 12291.

la difficulté fréquente « *d'identifier les organismes dont les dirigeants sont assujettis à cette obligation [de déclaration de patrimoine] puis d'obtenir que ces dirigeants y satisfassent* », il était nécessaire de concentrer le contrôle en restreignant le champ des dirigeants d'organismes et d'entreprises publics assujettis.

Par conséquent, il ressort de ces rapports que l'organisme chargé du contrôle de déclaration de patrimoine concernant certains très hauts agents publics manque manifestement de moyens de contrôle et de persuasion, et que l'efficacité du dispositif soulève des interrogations. Cependant, l'un des remèdes préconisés serait de limiter le nombre des personnes soumises à l'obligation de déclaration, alors même que le nombre de responsables publics est déjà fort limité au regard du nombre total des agents publics, ce qui constitue une méthode particulière pour résoudre la difficulté.

L'administration a mis en place, depuis fort longtemps, de nombreuses mesures qui permettent de limiter sensiblement les risques de conflits d'intérêts. Ces mesures complètent les sanctions administratives ou pénales qui s'appliquent à ceux qui ont opté pour leur intérêt personnel aux dépens de l'intérêt public. Les transgressions persistent néanmoins. Cela ne signifie pas que la répression n'est pas assez sévère car la réglementation est appliquée, en règle générale, de manière stricte. Cela peut, en revanche, signifier que les mesures préventives ne sont pas suffisamment contraignantes et qu'un certain nombre d'entre elles pourraient être améliorées : ainsi, à ce jour, la déclaration de patrimoine s'impose (en dehors des élus) seulement à un petit nombre de dirigeants d'organismes publics. Cela peut signifier aussi que l'information des personnels et de l'encadrement sur les situations de conflits et sur les risques encourus est insuffisante.

III. - LES CONFLITS D'INTÉRÊTS DES PROFESSIONNELS DE JUSTICE⁵³

Les médias dénoncent régulièrement des comportements déviants imputables à des professionnels de justice⁵⁴. Les faits qui attirent l'attention

53 Etude réalisée à partir du mémoire de mastère II, Droit et justice, de Marion Pontille : *Les Conflits d'intérêts des professionnels de justice*, université Jean-Monnet de Saint-Etienne, année universitaire 2003-2004

54 Bordu F., « Les coups tordus des notaires », *Capital*, mars 2003, p. 126.

Decugis J.-M., « Ces juges qui dérapent », *Le Point*, 28 novembre 2003, p. 64.

Gattegno H., « Une enquête menace les administrateurs judiciaires parisiens », *Le Monde*, 8 avril 1999, p. 8.

Gaudino A., *La Mafia des tribunaux de commerce*, Albin Michel, 1998.

Gay M., *Enquête sur les notaires*, Stock, 1998.

sont, le plus souvent, ceux qui sont pénalement sanctionnables, tels le faux en écriture, l'abus de confiance, le trafic d'influence, voire la corruption. Au-delà de l'intérêt médiatique suscité par ces dérives, une certaine prise de conscience des pouvoirs publics peut être observée.

Ainsi, dès 1997 un rapport commandé par le ministère de la Justice au sujet des professions juridiques et judiciaires insistait sur la nécessité d'instaurer une déontologie commune et exigeante. En 1998, le rapport de la commission d'enquête parlementaire sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce mettait l'accent sur les dysfonctionnements et plus particulièrement sur les nombreuses situations de conflits d'intérêts constatées dans l'activité des juges consulaires et des administrateurs et mandataires judiciaires. Plus récemment, le garde des Sceaux créait une commission de réflexion sur l'éthique de la magistrature, après la « *révélation de faits ou de comportements isolés, commis par une infime minorité de certains de ses représentants [...] susceptibles de constituer de graves manquements aux devoirs de leur charge* ». Dans son rapport remis le 27 novembre 2003, cette commission insistait sur le fait que les procédures qui mettent en cause les magistrats risquaient « *d'affecter gravement et durablement la confiance que tous les Français accordent à la justice* »⁵⁵.

Une partie de la doctrine dénonce, elle aussi, des comportements problématiques tels que l'exercice en réseau de la profession d'avocat qui comporte « *les risques du mélange des genres, de la confusion et de l'intérêt commun à faire que finalement tout marche bien* », cette attitude étant de nature à conduire dans certaines affaires à des « *catastrophes*⁵⁶ ». La pratique du « *pantouflage* » des magistrats est, elle aussi, dénoncée⁵⁷ comme pouvant conduire à des situations de conflit d'intérêts si elle n'est pas correctement accompagnée.

Les pratiques déviantes observées dans le monde de la justice, et plus particulièrement celles qui prennent la forme du conflit d'intérêts, font partie intégrante des préoccupations actuelles concernant l'exercice des professions de justice.

Littéralement et par opposition à l'amateur, le professionnel peut se définir comme la personne qui a fait d'une activité son métier et qui en vit. Cela suppose qu'il en maîtrise la théorie et la pratique, qu'il en partage la

55 Rapport de la commission de réflexion sur l'éthique des magistrats (présidée par J. Cabannes), 27 novembre 2003.

56 Iweins P.-A., *Avocats : les réseaux multidisciplinaires, la déontologie et la Cour de cassation*, Dalloz 2003, p. 773.

57 Le rapport de la commission de réflexion sur l'éthique des magistrats (présidée par J. Cabannes) du 27 novembre 2003 préconise une modification des règles relatives à la mise en disponibilité et au détachement des magistrats notamment pour permettre au Conseil supérieur de la magistrature d'exercer un réel pouvoir de contrôle sur ces positions administratives.

culture et les valeurs et qu'il en respecte l'éthique⁵⁸. Ces premiers éléments permettent de comprendre que le professionnel inspire naturellement la confiance à ceux qui sont susceptibles de faire appel à ses services.

L'expression « professionnels de justice » pourrait donc être comprise comme englobant toutes les personnes vivant d'une activité relative au domaine du droit et qui concourent ainsi au fonctionnement du système juridique. Cette notion a fait l'objet d'une définition dans le cadre d'un rapport sur les professions judiciaires et juridiques, rendu public en 1997⁵⁹, qui englobait de très nombreux professionnels mais ne prenait pas en compte les magistrats qui participent pourtant, au premier chef, au fonctionnement de la justice.

La définition intègre également les personnes qui interviennent dans le fonctionnement de la justice de façon non permanente. Tel est le cas des arbitres, des experts judiciaires ou encore des juges non professionnels tels que les juges consulaires ou les juges de proximité.

Toutefois, compte tenu du nombre et de la diversité des professionnels concernés, le champ d'analyse a été réduit à l'étude des professions suivantes : magistrats, avocats, notaires, administrateurs et mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises, experts judiciaires et arbitres.

1. LES MAGISTRATS

1.1. L'impartialité et l'indépendance

Les situations de conflits d'intérêts constituent une menace pour l'indépendance ou l'impartialité du professionnel concerné. En cela, elles mettent en cause les fondements du système judiciaire. Comme le souligne un auteur : « *Qu'attend en effet l'utilisateur de la justice, si ce n'est d'abord l'objectivité de celui devant lequel il se présente et entre les mains duquel il remet sa vie familiale, ses engagements contractuels, sa liberté ou son honneur ?* »⁶⁰.

La relation entre le magistrat et le justiciable se caractérise par la confiance accordée par ce dernier et que le premier se doit de respecter en faisant preuve d'indépendance et d'impartialité. Le respect de ces

58 Cannac Y., « Que peut-on apprendre des autres modèles de responsabilité ? », in *Les Juges : un pouvoir irresponsable ?*, sous la direction d'A. Garapon et Nicolas Philippe, 2003.

59 Morain E., le rapport de M^e Jean-Marc Varaut sur les professions judiciaires et juridiques, *Gazette du Palais*, 12 mars 1998, p. 347.

60 Commaret D.-N., *Une juste distance ou réflexion sur l'impartialité des magistrats*, Dalloz 1998, chr. p. 262.

exigences est d'autant plus important que le professionnel se voit confier des pouvoirs qui touchent à l'essentiel, à savoir « *les liens familiaux et sociaux, économiques et commerciaux, la disposition et l'échange de biens matériels ou intellectuels, les relations de travail, celles de l'usager et de l'administration ou encore les champs plus individuels mais non moins importants de l'exercice effectif des droits, de la responsabilité, de la liberté, l'enfermement ou la censure, enfin de la considération ou l'infamie*⁶¹ ».

Les notions d'impartialité et d'indépendance ne sauraient être confondues. Elles recouvrent des réalités différentes.

Dans le cadre des fonctions de magistrat, la notion d'indépendance est souvent appréhendée de façon concomitante avec la notion d'impartialité. Traditionnellement, la doctrine enseigne que l'indépendance serait une donnée objective qui s'apprécierait par rapport à des liens structurels, alors que l'impartialité serait essentiellement subjective, c'est-à-dire fonction de références éthiques. L'indépendance implique l'absence de subordination, elle renvoie à un état lié au statut du juge alors que l'impartialité est une attitude à tenir dans le cadre de l'instance.

Au niveau européen, l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial.

La Cour européenne des droits de l'homme a précisé que l'indépendance devait se comprendre comme la traduction institutionnelle du principe de séparation des pouvoirs permettant de garantir le juge contre toute forme de pression, qu'elle émane d'autres pouvoirs (législatif ou exécutif) ou de n'importe quel groupe d'intérêts et même des parties. L'impartialité renvoie quant à elle à l'absence de préjugé ; elle correspond plus à un état d'esprit du juge au cours du déroulement du procès.

De même, la Cour accorde une importance toute particulière à l'exigence d'impartialité considérée comme une composante essentielle du droit à un procès équitable, lequel constitue l'un des droits de l'homme auquel la Cour est attachée.

La situation de conflit d'intérêts pose problème par rapport à l'impartialité du magistrat. Par exemple, lorsqu'il est amené à trancher un litige, alors qu'il a conseillé auparavant l'un des plaideurs, ou lorsque l'une des parties en cause est le débiteur de son conjoint, c'est bien le comportement personnel du magistrat qui est en cause et qui permet de penser que la justice n'est pas rendue de façon impartiale.

⁶¹ Commaret D., « Les responsabilités déontologiques des magistrats à travers la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature », in *Actes du colloque sur la responsabilité du juge*, Ecole nationale de la magistrature, 1999.

Si l'exigence d'impartialité s'impose au juge par le truchement du droit européen, force est de constater que le principe d'impartialité n'est pas expressément formulé dans les textes de droit interne relatifs au statut des magistrats. Cela est lié au fait que le droit français avait une conception extensive de la notion d'indépendance qui recouvrait largement celle d'impartialité avant que le droit européen n'acquière l'importance qu'on lui connaît aujourd'hui. L'impartialité s'apprécie donc comme une exigence fondamentale dans le statut des magistrats et constitue une « *référence déontologique majeure du magistrat* »⁶².

1.2. La notion de conflit d'intérêts

Plus spécifiquement, le conflit d'intérêts est envisagé dans le cadre de la profession de magistrat au travers des mécanismes de l'abstention et de la récusation figurant au nouveau Code de procédure civile.

7.2.7. L'exercice d'un pouvoir sur les intérêts d'autrui

« Le juge [civil] tranche les litiges conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »⁶³. La mission du juge consiste essentiellement à décider entre des intérêts opposés que lui soumettent des justiciables en litige. Cette mission prend la forme d'une obligation dans la mesure où l'article 4 du Code civil prohibe le déni de justice. Le juge dispose donc d'un pouvoir important sur les intérêts d'autrui et, de ce fait, se trouve dans une position dominante par rapport aux intérêts des justiciables.

7.2.2. L'opposition d'intérêts

Des intérêts différenciés ne sont pas forcément contraires. En revanche, l'existence d'une opposition d'intérêts est indispensable à la formation du conflit d'intérêts. Il est inutile de relever l'existence d'une atteinte effective aux intérêts du justiciable. Peu importe que le magistrat exploite ou non cette situation de conflits aux dépens des intérêts du justiciable. Le simple risque est en lui-même problématique.

Le conflit d'origine interne

Le conflit d'origine interne survient lorsque l'intérêt personnel du magistrat est en jeu à l'instance et qu'il devient à la fois juge et partie.

Cette situation est la plus fréquente. En effet, la plupart des causes de récusation prévues par les Codes de procédure civile ou pénale concernent des conflits d'intérêts d'origine interne. Certaines causes de récusation

⁶² Commaret D., « Les responsabilités déontologiques des magistrats à travers la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature », in *Actes du colloque sur la responsabilité du juge*, Ecole nationale de la magistrature, 1999.

⁶³ Article 12 du Code de procédure civile.

sont liées au fait que le juge est par exemple créancier ou débiteur de l'une des parties, ou qu'il existe une amitié, ou inimitié, notoire entre le juge et l'une des parties⁶⁴.

Le conflit d'origine externe

Le conflit d'intérêts peut trouver son origine à l'extérieur de la relation qu'entretient le professionnel avec la personne qui lui soumet ses intérêts. Ainsi, les liens entretenus de façon plus ou moins occulte par le magistrat avec des tiers, c'est-à-dire avec des personnes autres que le client ou les parties à l'instance, sont susceptibles de l'empêcher de mener convenablement sa mission.

Le conflit d'intérêts d'origine externe est largement absent des dispositions qui régissent l'activité juridictionnelle des magistrats. Cela s'explique par le fait que leur statut leur assure une protection importante par rapport aux pressions extérieures : leur régime d'incompatibilité les place, en effet, dans une véritable situation d'autonomie professionnelle.

7.2.3. *Les limites du conflit d'intérêts*

Les limites du conflit d'intérêts chez les magistrats sont fondées sur ses convictions personnelles, notamment ses engagements en tant que citoyen : engagements religieux, syndicaux ou politiques.

La question de l'incidence des convictions religieuses du magistrat sur son impartialité fait depuis peu l'objet d'un regain d'intérêt, notamment en raison de l'importante publicité donnée à la décision de la cour d'appel de Paris du 3 novembre 2003⁶⁵. Dans cette affaire intervenant en matière pénale, un requérant se présentant comme « *d'origine arabe et de confession musulmane* » et se référant au conflit israélo-palestinien avait formé une demande de récusation contre un magistrat au motif qu'il était de confession juive et qu'il ne pouvait donc pas aborder avec impartialité l'affaire opposant le requérant à une « *société dont les intérêts sont étroitement liés avec ceux de son fondateur, de confession juive* ». Cette requête a été rejetée au motif que le requérant n'apportait « *aucun élément de nature à démontrer la réalité de l'allégation de partialité avancée* ».

Il n'y a donc aucun conflit d'intérêts dans l'hypothèse où un magistrat doit trancher un litige alors qu'il appartient à une confession religieuse différente de celle de l'un des requérants. Dans ce cas, l'opposition d'intérêts fait défaut : le seul fait d'appartenir à une confession religieuse ne fait pas naître d'intérêts opposés à ceux de la partie de religion différente. Aucune

64 Articles 341-2° et 341-8° du nouveau Code de procédure civile.

65 Guibert N., « Une demande de récusation d'une juge à Paris a été motivée par sa supposée "confession juive" », *Le Monde*, 20 novembre 2003, p. 10.

considération d'ordre moral ou économique permettant à la communauté religieuse à laquelle appartient le magistrat de retirer un avantage ou un bénéfice de la décision de ce dernier n'entre en opposition avec les intérêts du plaideur qui appartient à une autre religion.

Cette importante limite permet de comprendre que la notion d'« intérêts opposés » ne doit pas être étendue de façon abusive sous peine de perdre toute signification et de permettre la mise en cause systématique de l'impartialité du juge. Un certain nombre de décisions mettent en évidence le fait que les engagements religieux du juge, auxquels on peut assimiler ses engagements politiques et syndicaux, relèvent par principe de sa liberté d'opinion et de sa vie privée.

Faire partie de tel ou tel parti politique, être fidèle d'une religion, adhérer à une loge maçonnique sont autant de libertés reconnues à tout individu (liberté politique, liberté religieuse, liberté d'association...). Rien ne semble justifier que ces droits fondamentaux protégés par la Convention européenne des droits de l'homme soient restreints sous prétexte qu'ils concernent un magistrat.

1.3. Les conflits d'intérêts financiers

L'organisation juridictionnelle française est fondée sur le principe d'une magistrature professionnelle. Par exception, il existe un certain nombre de juridictions composées de magistrats non professionnels, qui ont été créées en raison des besoins particuliers inhérents à la matière dans laquelle ils interviennent. De façon générale, la création de ces juges non professionnels s'explique par la recherche d'une proximité aussi bien géographique que psychologique (les justiciables doivent avoir l'impression d'être écoutés et compris) entre le juge et le justiciable. En ce sens, les défenseurs de la juridiction consulaire portent au crédit de celle-ci le fait que les juges non professionnels issus du monde économique qui la composent sont plus à même de traiter des litiges commerciaux en raison de leur connaissance pratique du monde des affaires. Dans la même optique, la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice a créé des juges de proximité afin de répondre aux besoins qu'éprouvent les particuliers confrontés à de petits litiges de pouvoir saisir facilement un juge et de voir leur affaire traitée avec rapidité et efficacité.

Cette proximité, tout à fait louable dans son principe, pose toutefois un certain nombre de problèmes par rapport au principe d'impartialité, lequel s'impose à l'ensemble des magistrats professionnels et non professionnels.

1.3.1. Les juges consulaires

La question se pose de savoir si les juges consulaires, en dépit des avantages qu'ils offrent, présentent toujours les garanties d'impartialité

inhérentes à l'exercice de leur fonction.

Si les juges consulaires sont généralement des chefs d'entreprise en province, en région parisienne, ce sont souvent des cadres qui, en tant que salariés, doivent rendre des comptes à leur employeur. Si ces cadres sont fréquemment des juristes de haut niveau et s'ils apportent une certaine professionnalisation aux tribunaux de commerce, les entreprises peuvent les utiliser pour défendre leur politique et s'informer sur l'état du marché et des concurrents. Une telle pratique révèle l'existence d'un conflit d'intérêts d'origine interne.

Par ailleurs, les juges consulaires sont proches des justiciables en raison de leur recrutement géographique. La justice consulaire court alors le risque de devenir une « *justice de l'entre soi et une justice de connivence*⁶⁶ ». Cette proximité favorise, elle aussi, l'apparition de conflits d'intérêts d'origine interne. A titre d'illustration, le rapport Colcombet cite l'exemple d'un juge consulaire qui n'était autre que le cadre d'une banque créancière dans l'affaire qu'il était amené à connaître, ou encore celui d'un juge commissaire placé dans une situation telle qu'il pouvait être conduit à rendre une décision mettant en liquidation l'un de ses concurrents.

Dans un certain nombre de cas, le conflit d'intérêts s'est mué en prise illégale d'intérêts sanctionnée par la justice.

Exemple :

La gérante d'un commerce faisant l'objet d'un dépôt de bilan trouve un repreneur qui lui propose deux millions de francs. Le juge-commissaire cède le commerce à un autre repreneur pour le prix de sept cent mille francs. Il avait été embauché quelques jours auparavant pour une rémunération annuelle de deux cent mille francs par le repreneur favorisé⁶⁷.

1.3.2. Les juges de proximité

Dans la loi organique du 26 février 2003 intégrée au statut de la magistrature⁶⁸, il est précisé que les juges de proximité, contrairement aux juges professionnels, peuvent exercer une activité professionnelle concomitamment à leurs fonctions judiciaires. Cependant, ils ne peuvent exercer leurs fonctions dans le ressort du tribunal de grande instance où ils ont leur domicile professionnel.

⁶⁶ Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce présidée par F. Colcombet, 2 juillet 1998.

⁶⁷ Exemples tirés du rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce présidée par F. Colcombet, 2 juillet 1998.

⁶⁸ Ordonnance du 22 décembre 1958 figurant au Code de procédure civile.

Or, la distance séparant certains tribunaux de grande instance peut paraître insuffisante pour garantir efficacement l'impartialité de ces nouveaux juges et pour limiter l'émergence d'une situation de conflits d'intérêts.

C'est pourquoi la Chancellerie, consciente du risque, a pris un certain nombre de précautions dont l'avenir dira si elles sont suffisantes :

- le ministère de la Justice sous le contrôle du Conseil supérieur de la magistrature, lorsque la distance séparant deux tribunaux de grande instance est trop restreinte, propose d'affecter les candidats dans le ressort d'un tribunal de grande instance plus éloigné ;
- il a été mis en place un mécanisme juridique dans l'hypothèse où un juge de proximité aurait eu à connaître d'une affaire dont il est saisi dans le cadre de son activité professionnelle : on peut citer le cas d'un huissier qui avait délivré une citation dont il a été saisi ensuite comme juge de proximité. Il a demandé alors au président du TGI de saisir un autre juge de proximité du ressort ;
- les juges de proximité ne sont pas seuls concernés par les limites qui leur sont imposées ; en effet, leurs associés, et d'une manière générale, leurs collaborateurs et salariés sont également touchés par cette prohibition.

On peut craindre également que les juges de proximité ne soient amenés à statuer sur des faits ayant un rapport avec leurs fonctions.

En définitive, alors même que la légitimité des juges consulaires et des juges de proximité est fondée sur le fait qu'ils sont proches du justiciable, ce qui représente un atout considérable, une telle proximité peut devenir un inconvénient et être propice à l'apparition de conflits d'intérêts si des précautions ne sont pas prises.

Il n'y a aucune raison de penser que les juges de proximité ne seront pas d'une vigilance tatillonne, à l'instar des juges professionnels, dont ils sont nécessairement proches, car il faut bien convenir qu'en ce qui concerne ces derniers, les cas de conflits d'intérêts sont rares. En effet, ils n'hésitent pas à se « déporter » lorsqu'ils en ressentent la nécessité. Prétendre le contraire, serait faire un mauvais procès par anticipation aux juges de proximité.

2. LES AVOCATS

2.1. L'impartialité et l'indépendance

La notion d'impartialité est par définition inopérante pour les professions qui n'exercent pas des fonctions de jugement. En revanche, s'agissant de la profession d'avocat, l'indépendance se présente comme une obligation

déontologique fondamentale qui exige que le professionnel exerce seul et en toute liberté les pouvoirs qui lui sont conférés.

Les termes mêmes du serment⁶⁹ de l'avocat, conjugués au fait que le principe d'indépendance est consacré dans le statut de la profession, suffisent pour comprendre que la notion d'indépendance est essentielle. Les avocats se doivent d'exercer leurs fonctions respectives en toute liberté sans se laisser atteindre par quelque forme de pression que ce soit.

2.2. La notion de conflit d'intérêts

La profession d'avocat est la seule qui fasse apparaître explicitement la notion de conflit d'intérêts dans le cadre de ses règles professionnelles. Elle est aussi la seule à opérer une véritable analyse de la question permettant de dégager une définition pour l'ensemble de la profession. Le conflit d'intérêts est traité dans le décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, à son article 155. Ce décret ne propose pas de définition générale mais décrit un certain nombre de situations de conflit d'intérêts et impose le comportement à suivre dans ces circonstances.

Les dispositions du décret du 27 novembre 1991 ont été reprises à l'article 4 du règlement intérieur unifié du 24 avril 2004⁷⁰, qui donne en outre une définition générale du conflit d'intérêts.

2.3. Les caractéristiques et limites du conflit d'intérêts

2.3.7. *Vers une définition spécifique du conflit d'intérêts chez les avocats*

Les textes permettent de distinguer plusieurs hypothèses de conflit d'intérêts selon que celui-ci survient dans le cadre d'une seule et même affaire ou dans le cadre d'une pluralité d'affaires.

En cas d'unicité d'affaire, il s'agit de savoir si un même avocat peut prendre en charge les intérêts de plusieurs clients concernés par une même affaire. La réponse apportée est nuancée et dépend de l'intensité et du degré du conflit. Celui-ci peut être manifeste ou seulement présenter un risque sérieux.

Un conflit d'intérêts manifeste survient lorsque les parties en litige saisissent un seul et même avocat après la naissance de leur différend. Il est purement et simplement interdit à l'avocat d'être le conseil des deux

⁶⁹ Depuis la loi du 31 décembre 1971, le serment doit être prononcé en ces termes : « Je jure comme avocat d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité. »

⁷⁰ Conseil national des barreaux, règlement intérieur unifié des Barreaux de France, décision à caractère normatif n° 2004-001 adoptée par l'assemblée générale le 24 avril 2004.

parties en conflit. L'éventuel accord des parties pour saisir un seul et même avocat est sans effet. Si le conflit est né et que les parties en litige avaient saisi auparavant un seul et même avocat, l'intervention de l'avocat est interdite, sauf si les deux parties l'autorisent expressément à défendre les intérêts de l'une des parties.

Le risque sérieux de conflit d'intérêts se présente lorsqu'un avocat est saisi simultanément ou successivement par deux clients entre lesquels existe un risque de conflit d'intérêts ; l'avocat peut alors demeurer le conseil des deux parties à condition qu'il obtienne leur accord exprès. Cette hypothèse renvoie notamment à la demande de divorce sur requête conjointe formée par deux époux ou au domaine de la rédaction de contrats.

En cas de pluralité d'affaires, il s'agit de savoir si un avocat qui défend un client pourra :

- plaider contre ce client dans une autre procédure ;
- utiliser les informations confiées par ce client dans une autre procédure qui ne le concerne pas.

Le décret de 1991 impose l'abstention de l'avocat lorsque ce dernier pourrait utiliser des informations confiées par son ancien client qui favoriseraient de façon injustifiée le nouveau client ou qui emporteraient violation du secret professionnel.

Le règlement intérieur unifié des Barreaux de France du 24 avril 2004 a donné une définition du conflit d'intérêts opérationnelle pour l'ensemble de la profession. Cette définition repose sur la distinction entre les fonctions de conseil et les fonctions de représentation et de défense (activité juridique et activité judiciaire). Selon ce texte, il y a conflit d'intérêts dans la fonction de représentation et de défense lorsque, au jour de sa saisine, l'assistance de plusieurs parties conduirait l'avocat à présenter une défense différente, notamment dans son développement, son argumentation et sa finalité, de celle qu'il aurait choisie si lui avaient été confiés les intérêts d'une seule partie.

Il y a conflit d'intérêts dans la fonction de conseil lorsque, au jour de sa saisine, l'avocat qui a l'obligation de donner une information complète, loyale et sans réserve à ses clients ne peut mener sa mission sans compromettre, soit par l'analyse de la situation présentée, soit par l'utilisation des moyens juridiques préconisés, soit par la concrétisation du résultat recherché, les intérêts d'une ou plusieurs parties.

2.3.2. Les limites du conflit d'intérêts

Le règlement intérieur unifié des Barreaux dispose qu'il n'y a pas conflit d'intérêts lorsque l'avocat cherche à concilier les contrariétés d'intérêts de plusieurs clients ou lorsqu'il leur conseille, à partir de la situation qui lui

est soumise, une stratégie commune. Le règlement précise que les clients en cause doivent avoir été informés et avoir donné leur consentement.

La conciliation menée par l'avocat

Il ne saurait y avoir de conflits d'intérêts « *lorsque, après avoir informé ses clients et recueilli leur accord, l'avocat dans ses différentes fonctions cherche à concilier leur contrariété d'intérêts* ». Par cette formule, le Conseil national des barreaux pose une importante limite à la notion de conflit d'intérêts. Cette justification paraît largement fondée sur des considérations pratiques dues à l'intérêt croissant de la médiation⁷¹.

Le règlement prend cependant soin de préciser qu'en cas d'échec de la conciliation l'avocat ne pourra être le défenseur ni le conseil d'aucune des parties dans la même affaire car, dans ce cas, il retrouve sa fonction traditionnelle.

Cela ne signifie pas que le règlement pose comme principe l'absence de tout conflit d'intérêts lorsque l'avocat exerce une mission de conciliation. Ainsi, un conflit d'intérêts d'origine interne est tout à fait concevable, par exemple parce que l'avocat médiateur est directement concerné par l'objet du différend ou entretient des relations privilégiées avec l'une des parties en cause. L'avocat devrait alors refuser d'exercer les missions de conciliation conformément aux règles de sa profession qui lui défendent d'intervenir lorsqu'il a un intérêt à la prestation fournie⁷².

L'élaboration d'une stratégie commune

Il ne saurait y avoir de conflit d'intérêts lorsque l'avocat, en plein accord avec ses clients, leur conseille une stratégie commune. Par ailleurs, lorsque, dans le cadre d'une négociation, des avocats membres d'une même structure interviennent séparément pour des clients différents informés de cette commune appartenance, le conflit d'intérêts n'existe pas.

Ainsi, le conflit d'intérêts d'origine externe ne saurait être caractérisé lorsqu'en matière gracieuse, l'avocat représente et défend les intérêts de deux époux dans le cadre d'une procédure de divorce sur requête conjointe. Si les intérêts des époux sont par hypothèse divergents (chacun a, par exemple, intérêt à obtenir le maximum d'avantages sur le plan patrimonial au détriment de l'autre), leur objectif commun est d'aboutir au divorce sur le principe duquel ils se rejoignent. L'avocat qui devient le conseil des époux ne se place pas dans une situation de conflit d'intérêts puisque sa mission ne consiste pas à défendre les intérêts opposés de chacun des

71 Benalcazar I. et Benalcazar S., « L'avocat et le conflit d'intérêts : une notion au cœur de la déontologie et de la nouvelle économie », *Petites Affiches*, 15 mai 2001, p. 96.

72 Article 55 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971.

époux mais à les rapprocher pour leur permettre de réaliser leur objectif commun. En revanche, l'avocat qui a été conseil commun de deux époux dans une procédure de divorce par requête conjointe doit ensuite refuser d'être le conseil de l'un des époux, dans une autre procédure de divorce pour faute, car les intérêts pécuniaires des époux sont alors en opposition.

2.4. Les conflits liés à la fixation des honoraires

Les conflits d'intérêts économiques liés à la rémunération du professionnel supposent naturellement que le professionnel soit rémunéré directement par le justiciable.

Selon le principe posé par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, les honoraires de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie sont fixés en accord avec le client. L'avocat ne peut être tenu de respecter un barème d'honoraires, même indicatif, publié par exemple par les barreaux. Le même texte n'impose pas la conclusion d'une convention préalable d'honoraires entre l'avocat et son client.

En pratique, dans l'hypothèse où le prix de la prestation de l'avocat n'a pas été fixée au jour de la conclusion du contrat, le professionnel adopte le plus souvent une attitude pragmatique qui consiste à demander une première provision au début de l'affaire puis d'autres provisions en cours de procès selon les développements pris par l'affaire et enfin le solde des honoraires une fois le jugement rendu. C'est au moment où l'avocat réclame le solde de ses honoraires que le client peut en contester le montant : si ce conflit ne peut être réglé à l'amiable, il sera soumis au bâtonnier. La fixation judiciaire du montant des honoraires est alors guidée par les critères limitatifs⁷³ énoncés à l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 (situation de fortune du client, difficulté de l'affaire, frais exposés par l'avocat, notoriété et diligence de l'avocat).

La fixation des honoraires de l'avocat obéit à un second grand principe, celui de la prohibition de l'honoraire de résultat, encore appelé pacte de *quota litis*. Cette méthode de calcul des honoraires consiste à fixer exclusivement le montant des honoraires à un pourcentage de la somme accordée par le tribunal. Cette méthode de rémunération, très répandue aux Etats-Unis, entre en totale contradiction avec la conception française traditionnelle du rôle de l'avocat qui considère comme immoral le fait que l'avocat identifie son intérêt à celui de son client. Néanmoins, la jurisprudence admet qu'un honoraire de résultat puisse être réclamé par l'avocat en complément de l'honoraire principal.

⁷³ En ce sens : Civ. 1^{er} 3 mars 1998, Synthelabo contre Gantelme, *Gazette du Palais*, 11 juillet 1998, Damien.

La fixation du montant des honoraires est par nature source de tension entre le client et l'avocat, car la recherche d'une solution acceptable pour les deux parties ne doit pas occulter le fait que chacun obéit à des attentes et à des impératifs différents. Cette situation d'intérêts en conflit est susceptible de dégénérer en conflit d'intérêts lorsque l'avocat utilise une méthode de calcul de ses honoraires principalement comme un moyen de faire prévaloir son intérêt financier au détriment des intérêts de son client.

Dans ces circonstances, il apparaît que le choix de la méthode de calcul d'honoraires n'est pas sans influence sur l'apparition du conflit d'intérêts. Certaines méthodes sont, en effet, de nature à limiter les conflits d'intérêts alors que d'autres les favorisent parce qu'elles ne permettent pas de trouver un équilibre satisfaisant entre les intérêts du client et ceux de l'avocat.

Ainsi, la facturation horaire, qui est la méthode de calcul des honoraires la plus largement répandue, semble tout à fait propice à créer des situations de conflits d'intérêts économiques d'origine interne. Dans ce système, l'avocat peut être tenté d'accepter des affaires qui n'ont aucune chance d'aboutir en privilégiant le volume par rapport à la qualité.

La méthode de l'honoraire fixe relatif est, elle aussi, de nature à favoriser l'apparition des conflits d'intérêts : le fait d'accorder à l'avance une somme fixe à l'avocat risque de l'inciter à manquer de diligence envers les intérêts de son client.

En revanche, la facturation à l'heure avec taux variable semble de nature à limiter le conflit d'intérêts. Elle se présente comme une combinaison d'une facturation à l'heure avec un facteur de valorisation en fin de processus. En ce sens, elle entraîne un partage plutôt satisfaisant des risques entre le client et l'avocat puisqu'ils bénéficieront ensemble des conséquences d'un éventuel succès mais supporteront ensemble les charges d'un échec.

De même, la méthode des honoraires de résultat telle qu'elle est autorisée en France présente des avantages significatifs à la fois au profit des clients et des avocats puisqu'elle va dans le sens d'une bonne administration de la justice. A la différence d'autres systèmes de rémunération, cette méthode facilite l'accès aux modes amiables ou judiciaires de règlement des conflits pour des personnes ayant des ressources limitées, qui pourront s'adresser à de meilleurs avocats pour des litiges à fortes chances de succès⁷⁴.

3. LES NOTAIRES

S'agissant de la profession de notaire, le principe d'indépendance figure de façon incidente à l'article 1^{er} *ter* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat modifiée par la loi du 31 décembre 1990

⁷⁴Lempereur A. et Scodellaro M., *Conflits d'intérêts économiques entre avocats et clients: la question des honoraires*, Dalloz 2003, chr. p. 1380.

qui traite du notaire salarié. On peut toutefois noter que le préambule du règlement national élaboré par le Conseil supérieur du notariat et approuvé le 24 décembre 1993 contient la formule suivante : « *Il est l'arbitre impartial des contrats qu'il reçoit.* » Cette formule s'explique par l'importance de l'obligation de conseil dans le cadre de la profession de notaire. Ce devoir de conseil conduit le notaire à éclairer les parties sur leurs droits respectifs afin d'aboutir à une convention équilibrée. En ce sens, il joue le rôle d'une sorte de médiateur impartial et équitable qui se doit d'exercer ses différentes fonctions en toute liberté sans se laisser atteindre par quelque forme de pression que ce soit.

Caractéristiques et limites du conflit d'intérêts

Une disposition susceptible d'être rattachée à la question du conflit d'intérêts est l'article 13-4° du décret du 19 décembre 1945 qui interdit au notaire de prêter son ministère lorsqu'il a un intérêt à l'affaire en cause. Par ailleurs, le règlement national du Conseil supérieur du notariat, dans son article 5, alinéa 2, précise que l'intérêt du client prime toujours celui du notaire.

La fonction première du notaire est d'assurer la force probante des actes et contrats qu'il reçoit en minute en leur conférant valeur authentique⁷⁵. Les notaires ont par ailleurs l'obligation de conseiller les parties lors de la préparation de l'acte à dresser. Le devoir de conseil signifie que les notaires ont l'obligation d'éclairer leurs clients sur le contenu et les effets des engagements qu'ils souscrivent. Le règlement national du Conseil supérieur du notariat indique quant à lui que le notaire est « *l'arbitre impartial des contrats qu'il reçoit et le conseil des personnes, des entreprises et des collectivités ; il assure la moralité et la sécurité de la vie contractuelle* ».

Le notaire a donc le devoir d'orienter son client vers la solution la plus avantageuse pour lui tout en garantissant l'efficacité juridique de l'acte adopté.

Par le biais du devoir de conseil, le notaire se voit donc imposer l'obligation d'agir dans une perspective de sauvegarde, de promotion, voire de défense des intérêts de son client.

La profession de notaire est sensiblement différente de celle d'autres professionnels de justice. En effet, les rares dispositions qui renvoient à la question du conflit d'intérêts ont exclusivement trait à l'hypothèse du conflit d'intérêts d'origine interne : notamment l'article 5, alinéa 2, du règlement national des notaires et l'article 13-4° du décret du 19 décembre 1945 déjà cités. Il convient d'ajouter l'article 55, alinéa 4, de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions

⁷⁵ Article 1^{er} de l'ordonnance du 2 novembre 1945 reprenant celle du 25 ventôse an II.

judiciaires et juridiques qui dispose notamment : « *Toute personne autorisée à donner des consultations juridiques ou à rédiger des actes sous seing privé, pour autrui, de manière habituelle et rémunérée, doit [...] s'interdire d'intervenir si elle a un intérêt direct ou indirect à l'objet de la prestation fournie.* »

En revanche, la question du conflit d'intérêts d'origine externe est purement et simplement éludée dans les textes réglementant l'exercice de la profession de notaire si l'on excepte les dispositions relatives aux incompatibilités qui visent à prévenir un type particulier de conflit d'intérêts d'origine externe (dispositions se retrouvant dans toutes les professions juridiques). Or, de nos jours, les notaires sont également des « conseils » pour les parties faisant appel à leur service. Le conflit d'intérêts même s'il est plus difficile à repérer en matière juridique n'en est pas moins présent. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que ce risque de conflit d'origine externe est pris en compte de façon importante pour les avocats alors qu'il est ignoré chez les notaires.

4. LES ARBITRES, EXPERTS, ADMINISTRATEURS ET MANDATAIRES JUDICIAIRES

4.1. Les arbitres

L'arbitrage est un mode original de règlement des conflits : il procède de la volonté des parties de confier à un tiers le pouvoir de juger. Cette pratique soulève des interrogations relatives à l'exigence d'impartialité inhérente à l'activité juridictionnelle. Il apparaît ainsi qu'un certain nombre d'usages ayant cours en matière d'arbitrage font naître des conflits d'intérêts dans la personne de l'arbitre.

Dès lors, face au silence du nouveau Code de procédure civile et sachant que l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme au statut d'arbitre est très discutée⁷⁶, on peut se demander si l'exigence d'impartialité s'impose aux arbitres. Les auteurs s'accordent pour affirmer que l'arbitre est soumis à l'exigence d'impartialité au même titre que tout autre juge⁷⁷. Cette position exprime l'idée que l'arbitrage doit suivre les mêmes règles que celles fixées pour les magistrats professionnels.

⁷⁶ Viatte J., « De la récusation des arbitres », *Gazette du palais*, 1973, doct. p. 719 : « *Force est de constater qu'en droit français positif l'arbitre est un juge [...] et que comme tel son impartialité est requise au même titre que celle du magistrat professionnel.* »

⁷⁷ Jarrosson C., « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 573;

Mourre A., « Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme », *Gazette du palais*, 1^{er}-2 décembre 2000, p. 2066.

En effet, toute pratique juridictionnelle exige un minimum de garanties pour les plaideurs. L'impartialité est « *consubstantielle au pouvoir juridictionnel* »⁷⁸.

4.1.1. *L'arbitre partie*

Dans les arbitrages internationaux, où les intérêts en jeu sont souvent importants, il est fréquent de constituer un tribunal arbitral composé d'au moins trois arbitres, ce qui donne la possibilité à chaque partie de choisir un arbitre. Les deux arbitres ainsi désignés en choisiront un troisième qui sera le président du tribunal arbitral. Dans cette optique, chaque partie est tentée de désigner un arbitre non seulement compétent, mais également susceptible de contribuer à la solution la plus équitable du litige telle qu'elle est conçue par cette partie qui le désigne. On comprend alors que la désignation est basée sur l'idée selon laquelle chaque partie a « son » arbitre. Il s'agit pour les parties de désigner l'arbitre qui sera le mieux disposé à leur égard sachant qu'une fois en place ce dernier ne pourra oublier les conditions de sa nomination.

L'arbitre est alors considéré comme l'avocat de la partie qui l'a désigné, ayant pour fonction de soutenir ses intérêts lors du délibéré : il devient le défenseur d'une thèse au sein du tribunal arbitral. Certains soutiennent que cette pratique permet de garantir que le point de vue de la partie sera dans tous les cas bien compris par le président du tribunal arbitral. En pratique, l'arbitre partie ainsi désigné est souvent le conseil, un membre de l'entourage ou encore un technicien appartenant à l'entreprise du plaideur⁷⁹. L'arbitre désigné dans ces conditions doit donc faire face à un conflit d'intérêts manifeste : il est à la fois juge et partie.

4.1.2. *L'arbitrage corporatif*

L'arbitrage corporatif désigne l'instance arbitrale dont l'objet a trait à des questions très précises et techniques. Le litige en cause ne peut être tranché que par des experts parce qu'il nécessite une compétence technique spécialisée. Mais le nombre d'experts aptes à cette fonction est très réduit, de sorte que ce sont toujours plus ou moins les mêmes qui sont chargés des fonctions d'arbitrage.

Dès lors, il est fréquent qu'ils soient aussi eux-mêmes impliqués en tant que partie : un jour arbitre, ils sont le lendemain conseil ou partie. De plus, comme le souligne un auteur⁸⁰, toutes ces procédures arbitrales

⁷⁸ Commaret N, *Une juste distance ou réflexion sur l'impartialité des magistrats*, Dalloz 1998, chr., p. 262.

⁷⁹ Clay T., *L'Arbitre*, « Nouvelle bibliothèque des thèses », Dalloz, 2001, n° 353.

⁸⁰ Clay T., *L'Arbitre*, « Nouvelle bibliothèque des thèses », Dalloz, 2001, n° 358.

ne se succèdent pas forcément, elles peuvent se chevaucher, si bien que les mêmes personnes peuvent être arbitres, conseils ou parties selon les litiges.

Dans ce cadre, le choix de l'arbitre s'exerce dans une sphère professionnelle étroite, ce qui peut contribuer à créer des situations de conflits d'intérêts les plus divers.

4.2. Les experts judiciaires

La situation de l'expert judiciaire peut être rapprochée de celle des magistrats malgré les particularités de ses fonctions et de son statut. L'expert est un professionnel spécialisé. Désigné par le juge, il l'assiste dans sa fonction de juger. Si l'expert n'est pas investi du pouvoir de juger et de décider, il trouve sa raison d'être dans son rôle d'informateur de ceux qui ont le pouvoir de décider.

C'est pourquoi l'expert peut être considéré comme un véritable collaborateur du juge, chargé de lui apporter les éclaircissements de nature technique ou de fait que ce dernier ne peut obtenir lui-même. L'expert est parfois considéré comme « *un véritable démembrement ou dédoublement du juge* »⁸¹, c'est pourquoi il est soumis à l'obligation de prêter serment et de respecter les principes fondamentaux gouvernant la fonction de juger, au premier rang desquels figure l'exigence d'impartialité.

Le conflit d'intérêts est plus explicitement évoqué dans les règles de déontologie de l'expert judiciaire qui énoncent que « *l'expert doit accomplir sa mission avec la plus stricte impartialité, faisant abstraction de ses opinions, de ses goûts ou de ses relations avec des tiers* » et « *conserver une indépendance absolue, ne cédant à aucune pression ou influence, de quelque nature qu'elle soit* »⁸². Un article précise même que, en toute circonstance, « *l'expert consulté à titre privé ne peut ensuite accepter une mission d'expertise concernant la même affaire* ».

Cependant, seules des compagnies d'experts s'imposent des règles de déontologie. Les experts judiciaires qui ne sont pas inscrits auprès d'une compagnie d'experts et qui ne sont donc pas soumis à des règles de déontologie particulières restent soumis aux dispositions générales du décret du 31 décembre 1974 qui leur fait obligation d'apporter leur concours à la justice, d'accomplir leur mission, de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et leur conscience.

81 Garreau D., *L'Expert judiciaire et le service public de la justice*, Dalloz, 1988, chr. p. 97.

82 Articles 9 et 10 des règles de déontologie de l'expert judiciaire adhérant à une compagnie affiliée à la Fédération nationale des compagnies d'experts près les cours d'appel ou les tribunaux administratifs.

De plus, les magistrats veillent particulièrement à ce que les experts judiciaires ne soient pas parallèlement experts auprès d'une compagnie d'assurances afin d'assurer une réelle indépendance et impartialité des experts judiciaires.

4.3. Les mandataires et les administrateurs judiciaires

Dans le cadre des professions d'administrateur et de mandataire judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises, l'exigence d'indépendance figure au nombre des principes fondamentaux constituant « *d'impérieux devoirs* » dans les règles déontologiques élaborées par le Conseil national⁸³.

Les règles déontologiques abordent la question du conflit d'intérêts lorsqu'elles prévoient, par exemple, que l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire « *ne peut user de ses fonctions pour rechercher un avantage indu pour son compte ou au bénéfice d'autrui, notamment auprès des établissements financiers, des entreprises sous mandat et plus généralement de toute personne physique ou morale avec laquelle il peut avoir un contact professionnel* » ou ne peut acquérir à l'amiable les actifs d'une personne, physique ou morale, soumise à une procédure collective⁸⁴.

4.3.1. Les caractéristiques du conflit

Le mandataire judiciaire a pour mission d'assurer la représentation des créanciers pendant la période d'observation et de procéder à la liquidation de l'entreprise lorsque celle-ci est décidée par le tribunal. Dans ce dernier cas, sa mission consiste plus précisément à déterminer les droits des créanciers, à réaliser l'actif en vue de procéder à l'apurement du passif, à mettre en œuvre les licenciements et enfin à effectuer la reddition des comptes lorsque le tribunal prononce la clôture de la liquidation. Le mandataire judiciaire est chargé de défendre les intérêts de l'ensemble des créanciers et non pas l'intérêt particulier de tel ou tel type de créancier.

S'agissant de l'administrateur judiciaire, pendant la période d'observation de la procédure, sa mission consiste à assister et surveiller le débiteur dans la gestion de ses biens.

⁸³ Article 2-1 des règles professionnelles arrêtées en application de l'article 54-1 (II) du décret n° 85-1389 du 27 décembre 1985 modifié par le Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises.

⁸⁴ Article 2-2-2.1 des règles professionnelles arrêtées en application de l'article 54-1 (II) du décret n° 85-1389 du 27 décembre 1985 modifié par le Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises.

Cette mission doit être exercée en conformité avec les objectifs fixés par l'article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985⁸⁵ selon lequel la procédure de redressement judiciaire doit permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi ainsi que l'apurement du passif.

L'administrateur n'a pas à assurer la défense des intérêts de la personne physique ou morale qu'il assiste, contrôle ou représente. Il a pour mission de concilier le maintien de l'activité en vue d'un redressement avec une gestion prudente qui interdit tout nouveau passif tout en favorisant le maintien de l'emploi.

L'administrateur doit donc tenir compte des différents intérêts en présence au sein de la procédure collective afin d'adopter *in fine* la solution la plus conforme à l'intérêt général. Il n'a pas à protéger un intérêt en particulier ni à trancher entre les différents intérêts en jeu. Cette mission s'avère être des plus délicates ; elle confère incontestablement un pouvoir immense à l'administrateur judiciaire non seulement sur les intérêts du débiteur, mais également sur les intérêts de toutes les personnes concernées par la procédure.

4.3.2. *Les conflits d'intérêts liés aux modes de rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires*

La rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires n'est pas assurée par l'Etat. Ceux-ci sont payés par l'entreprise en difficulté qui fait l'objet de la procédure collective dans laquelle ils ont été désignés. Le décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985 fixe le tarif des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires. L'article 19 de ce décret précise que les émoluments sont « *exclusifs de toute rémunération ou remboursement de frais pour les mêmes diligences* ». Il leur est, par ailleurs, interdit de « *réclamer ou percevoir aucune somme en dehors des émoluments et débours prévus dans ce décret* ». Contrairement aux honoraires des avocats, les honoraires des administrateurs et mandataires judiciaires ne sont pas libres.

Les administrateurs judiciaires perçoivent une rémunération basée sur quatre éléments :

- un droit fixe ;
- une rémunération exprimée en taux de base proportionnelle au nombre de salariés employés par l'entreprise ;
- un droit proportionnel dégressif calculé sur le montant du chiffre d'affaires ;
- un droit proportionnel dégressif calculé sur le montant total du prix de cession.

⁸⁵ Article 1^{er} de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises devenu l'article L. 620-1 du Code de commerce.

La rémunération des mandataires est composée de cinq éléments :

- le droit fixe prévu pour les administrateurs judiciaires ;
- un droit fixe par créance pour la vérification des créances autres que salariales ;
- un droit fixe par salarié pour la vérification des créances salariales ;
- un droit proportionnel pour toute créance contestée ;
- un droit proportionnel pour tout recouvrement d'actif après l'intervention du jugement de liquidation.

Cette description sommaire de la composition ces rémunérations suffit à démontrer la complexité du système. En pratique, les problèmes d'interprétation rendent difficile le suivi de son application. L'inconvénient majeur de ce dispositif est qu'il favorise l'émergence de conflits d'intérêts économiques.

Dans un certain nombre d'hypothèses, le barème pousse le professionnel à mener sa mission en fonction du seul intérêt financier escompté et non plus en fonction de l'intérêt supérieur de l'entreprise en difficulté. Le conflit d'intérêts d'origine interne est alors manifeste ce que montrent bien les exemples suivants.

Pour toute créance contestée, le mandataire judiciaire perçoit un droit proportionnel de 5 %, calculé sur la différence entre le montant de la créance déclarée et celui de la créance définitivement admise⁸⁶. Ainsi une créance forclosée, ou déclarée par erreur, fera alors l'objet d'une contestation puis d'un rejet. Cette créance non fondée donnera lieu à la perception d'un droit proportionnel disproportionné par rapport au travail engagé par le mandataire qui n'aura qu'à constater la forclusion ou l'erreur, voire le simple retrait de la production. Cette situation constitue un détournement des fonds de la procédure dans la mesure où des sommes destinées à rembourser les créanciers ont finalement été encaissées par le mandataire de justice chargé de les représenter.

En second lieu, le fait pour le mandataire liquidateur de percevoir un droit fixe par créance vérifiée autre que salariale⁸⁷ peut inciter ce dernier à vérifier toutes les créances chirographaires des procédures impécunieuses. Or, il sait par définition qu'elles ne pourront être réglées par l'entreprise en difficulté et qu'elles constitueront *in fine* des frais de justice à la charge du trésor public ; en outre, un texte spécial (l'article 99 de la loi du 25 janvier 1985 précitée devenu l'article L. 621-102 du Code de commerce) autorise le liquidateur à ne pas procéder à ces vérifications de créances quand les procédures sont manifestement impécunieuses.

⁸⁶ Article 15 du décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985.

⁸⁷ Article 13 du décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985.

De même, la mise en œuvre des règles du barème permet de constater que si le mandataire procédait à une cession, il serait mieux payé que s'il mettait en place un plan de continuation et de sauvegarde des emplois. En effet, en cas de cession, le barème prévoit qu'il percevra un pourcentage sur la vente des actifs. Pourtant l'objectif principal de la procédure collective clairement affirmé dans la loi de 1985 est de permettre l'apurement du passif en sauvegardant l'entreprise et l'emploi.

Le mandataire peut être confronté à une opposition entre ses intérêts financiers personnels, à savoir favoriser la cession, et un intérêt général différent, à savoir favoriser le redressement de l'entreprise en difficulté dans des conditions telles qu'elle puisse poursuivre son activité avec succès ; voire cet intérêt général peut commander d'accompagner sa disparition mais dans le respect des intérêts des créanciers et des salariés.

En outre, les enquêtes réalisées à ce sujet déplorent que le système tarifaire incite globalement les mandataires judiciaires à allonger la durée des procédures, et donc à accroître d'autant le montant de leur rémunération.

Ces exemples permettent de montrer que certains professionnels pourraient être enclins à prendre des décisions, pourtant primordiales pour chacun des intervenants à la procédure et pour l'intérêt économique du pays, en fonction de leur propre intérêt financier. Au total, les créanciers sont perdants et ces auxiliaires de justice sont gagnants⁸⁸.

4.4. Les régulations

Le conflit d'intérêts met en cause l'indépendance et l'impartialité des professionnels de justice et nuit plus généralement à la confiance que la justice doit inspirer au citoyen. Le législateur prévoit un certain nombre d'instruments qui permettent de prévenir les situations de conflits d'intérêts au sein des professions de justice. Parmi les différents moyens visant à limiter les conflits d'intérêts, il est possible de d'établir une distinction au regard de l'implication des différents acteurs : les professionnels eux-mêmes et les justiciables.

4.4.1. *Les outils à disposition des professionnels de justice*

Deux possibilités sont offertes à tous les professionnels de justice. Il s'agit en premier lieu du régime des incompatibilités qui permet de restreindre le champ des conflits d'intérêts d'origine externe et, en deuxième lieu, de la faculté pour les professionnels de refuser dans certains cas d'exercer

⁸⁸ Rapport d'enquête sur l'organisation et le fonctionnement des tribunaux de commerce de juillet 1998 diligentée en commun par l'Inspection générale des finances et l'Inspection générale des services judiciaires.

leur mission. Ce second mode de régulation, laissé à l'initiative du seul professionnel, suppose l'analyse par ce dernier de sa propre impartialité et de son degré d'indépendance. Le professionnel est, en effet, le plus apte à apprécier la situation dans laquelle il se trouve et dont il connaît tous les paramètres.

Il existe une troisième possibilité propre aux arbitres, qui est l'information du justiciable par le professionnel sur l'éventuelle situation de conflits d'intérêts (*cf.* notamment l'article 1452 du nouveau Code de procédure civile). Ce mécanisme se présente plutôt comme un mode de régulation hybride qui associe le justiciable et le professionnel. En effet, le justiciable ne pourra effectivement prendre l'initiative de régulation des conflits d'intérêts que s'il dispose de l'information nécessaire pour ce faire, sachant que c'est le professionnel qui en dispose.

4.4.2. *L'action du justiciable*

Le justiciable peut initier deux actions différentes afin de mettre un terme ou de sanctionner une situation de conflits d'intérêts : la récusation et la mise en cause de la responsabilité du professionnel.

La récusation

La récusation permet au justiciable de mettre fin à sa relation avec le professionnel qui se trouverait en situation de conflit d'intérêts.

La procédure de récusation trouve son origine dans la passivité du professionnel qui, par hypothèse, a décidé de ne pas s'abstenir en toute connaissance de cause. Chez les magistrats, la procédure de récusation est très contraignante. Il s'agit ainsi d'éviter les mises en causes injustifiées qui pourraient nuire à l'image de la justice dans son ensemble. Au plan civil, la récusation d'un juge est prévue aux articles 341 et suivants du nouveau Code de procédure civile, et au plan pénal, les causes de récusation sont prévues aux articles 668 et suivants du Code de procédure pénale.

Cette rigueur procédurale ne se retrouve pas dans la récusation des experts judiciaires et des arbitres.

Enfin, il convient de souligner la facilité avec laquelle le client d'un avocat ou d'un notaire peut à tout moment le récuser sans formalisme particulier, s'il découvre que le professionnel se trouve dans une situation de conflit d'intérêts.

La mise en jeu de la responsabilité du professionnel

La mise en jeu de la responsabilité du professionnel de justice apparaît comme un second moyen de lutte contre les conflits d'intérêts entre les

mains du justiciable. Alors que la récusation intervient pendant l'exercice de la mission du professionnel puisqu'elle y met fin par son éviction, la mise en œuvre de la responsabilité intervient au terme de la relation du professionnel et du justiciable.

Le professionnel peut voir sa responsabilité mise en cause sur le plan disciplinaire si la situation est constitutive d'un manquement déontologique, et donc d'une faute disciplinaire. L'inconvénient de ce mode de régulation à l'initiative du justiciable est que ce dernier n'a pas véritablement les moyens de provoquer effectivement la sanction du professionnel, d'autant plus que les professions semblent favoriser le traitement précontentieux des plaintes.

Le professionnel peut, par ailleurs, voir engagée sa responsabilité civile. La jurisprudence admet en effet que les règles déontologiques peuvent être utilisées pour la qualification des fautes civiles. Elle admet même, dans certaines hypothèses particulières, que ces dernières doivent s'imposer au juge dans la qualification des fautes civiles. La mise en œuvre de la responsabilité civile du professionnel par le justiciable lésé semble constituer un moyen satisfaisant car potentiellement efficace, pour remédier aux conflits d'intérêts même si l'on peut regretter que les mécanismes d'assurances obligatoires en limitent quelque peu l'aspect punitif.

Enfin, le professionnel est susceptible de voir sa responsabilité pénale engagée par le justiciable victime du conflit d'intérêts. Cette régulation permet une importante stigmatisation du professionnel en cause lorsque son comportement a porté préjudice à la société. En pratique, son champ d'application est toutefois assez limité.

Les limites de l'action du justiciable

La mise en œuvre effective de ces deux instruments de régulation suppose que le justiciable soit informé de la situation de conflit d'intérêts à laquelle est confronté le professionnel. Le justiciable doit pouvoir accéder à l'information qui lui permettra de remédier à une situation problématique.

Or les conflits d'intérêts constituent généralement des situations occultes et souvent subtiles qui n'ont donc pas force d'évidence pour le justiciable. La clé de la lutte contre les conflits d'intérêts réside en définitive dans l'information du justiciable, laquelle ne peut venir que du professionnel lui-même puisque lui seul dispose de tous les éléments permettant d'évaluer la situation. Le justiciable ne pourra faire usage des instruments de lutte contre les conflits d'intérêts que lorsque le professionnel aura laissé filtrer ou n'aura su empêcher la divulgation par des tiers des informations permettant au justiciable de prendre conscience de la situation. Celui-ci se trouvera bien souvent démuné.

Les conflits d'intérêts des professionnels de justice constituent des situations problématiques car ils menacent les fondements mêmes du système juridique et judiciaire. Ils mettent en cause, « *bien au-delà d'intérêts particuliers, la prééminence du droit, valeur essentielle de la démocratie* »⁸⁹. Pierre Drai, premier président honoraire de la Cour de cassation, considère quant à lui que « *aller vers son juge en toute confiance, avec la seule volonté de convaincre par la force du raisonnement ou la richesse de ses arguments, c'est la seule démarche possible d'un homme libre dans un pays de liberté* »⁹⁰.

Cependant, la relation entretenue par le justiciable et le professionnel constitue un terrain favorable à l'apparition des conflits d'intérêts. Le justiciable qui s'adresse à un professionnel de justice remet toujours entre ses mains les intérêts principaux de son existence parce qu'il ne peut prendre en charge seul les problèmes juridiques qu'il rencontre. Cette relation renvoie à un déséquilibre des compétences : le justiciable s'en remet au savoir et au degré élevé de compétence du professionnel pour faire face à un monde qui lui est, le plus souvent, étranger. Toute relation qui se noue entre un professionnel de justice et un justiciable est ainsi marquée par la position dominante dans laquelle se trouve le premier par rapport au second parce que le savoir dont dispose le professionnel constitue, de fait, une véritable source de pouvoir. En effet, comme a pu le démontrer le sociologue L. Karpik à propos des avocats, la situation de « *pouvoir dissymétrique* » fondée sur la confiance qu'accorde le justiciable au professionnel présente « *la particularité éminente de favoriser les positions d'abus de l'avocat* »⁹¹.

Ce sociologue insiste sur le fait que, parmi tous ceux qui exercent une délégation, les avocats se distinguent par un pouvoir discrétionnaire très étendu parce qu'il suppose « *l'emploi de compétences qui ne peuvent être que difficilement anticipées* ». La solution que commande le problème particulier auquel est confronté le justiciable est, en effet, le plus souvent largement imprévisible, les possibilités de contrôle par le mandant sont donc très problématiques. De façon générale, il apparaît ainsi que la dissymétrie inhérente à toute relation nouée entre un professionnel de justice et un justiciable constitue un contexte particulièrement favorable à l'apparition des conflits d'intérêts.

89 Soyer J.-C. et De Salvia M., article 6, in *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. Pettiti, Economica, 2^e édition, 1999.

90 Propos rapportés par D. Commaret, *Une juste distance ou réflexion sur l'impartialité des magistrats*, Dalloz 1998, chr. p. 262.

91 Karpik L., *Les Avocats. Entre l'Etat, le public et le marché, XIII - XX^{ème} siècle*, Gallimard, 1995.

En définitive, le respect des principes d'indépendance et d'impartialité au sein des professions de justice réside à la fois dans l'application des lois, des règles déontologiques propres à chaque catégorie et dans l'éthique personnelle des professionnels. Le justiciable ne peut jouer qu'un rôle marginal dans la régulation des conflits d'intérêts alors même que ce sont ses principaux intérêts qui sont en jeu. La vigilance des acteurs de la vie juridique doit rester soutenue car les situations de conflits d'intérêts sont souvent aussi largement méconnues que dangereuses pour les justiciables.

IV. - DES LETTRES OU DES CHIFFRES? OU LES RISQUES DE CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS LES PRIX LITTÉRAIRES

Au commencement étaient les lettres. C'est dans ce contexte qu'Edmond Huot de Goncourt a institué par testament la Société littéraire des Goncourt, qui a donné naissance en 1903 au prix du même nom afin de récompenser la qualité littéraire d'un roman publié dans l'année. Depuis cette date, les choses ont bien changé.

Selon l'hebdomadaire *Le Point*⁹², « 180 titres, dont 84 nouveautés, sont édités quotidiennement et 1231 millions de livres vendus par 300 maisons d'édition. Le chiffre d'affaires quotidien de l'édition française est de 7,8 millions d'euros. Chaque jour sont vendus 162 838 manuels scolaires et parascolaires, 118 715 dictionnaires et encyclopédies, 278 830 ouvrages littéraires (dont 273 822 romans), 188 909 livres pour la jeunesse, 91 912 bandes dessinées, 29295 guides touristiques. 35 titres sont édités en poche chaque jour, dont 17 nouveautés, 343213 livres de poche sont produits chaque jour et 310060 sont vendus ».

Dans une livraison précédente, le même hebdomadaire⁹³ rapportait que la seule annonce de la parution du sixième volume des aventures de Harry Potter avait fait progresser de 7,5 % l'action de la maison d'édition, les cinq premiers volumes, traduits en 60 langues, ayant été vendus à 525 millions d'exemplaires.

Ces chiffres « donnent le tournis » et révèlent les enjeux qui caractérisent le monde des lettres et de l'édition. Pour s'en convaincre, s'il en était besoin, il suffit de se reporter à certains succès récents de librairie aux thèmes douteux, exhumant les secrets d'alcôve ou les fantasmes sexuels de tel acteur, qui ne paraissent avoir d'autre justification que les sommes d'argent qu'ils rapportent à leurs auteurs et à leurs éditeurs. Il s'agit en l'espèce

⁹² *Le Point*, n° 1687 du 13 janvier 2005, « Un jour en France », p. 61.

⁹³ *Le Point*, n° 1684 1685, 23 et 30 décembre 2004, rubrique « Majuscules », p. i

d'entreprises beaucoup plus mercantiles que littéraires. Les exemples sont multiples ; il n'est nul besoin de s'y attarder, d'autant que si cette littérature existe, c'est qu'elle a une clientèle. Car c'est bien de commerce qu'il s'agit. Certaines pratiques l'attestent, telle la publication d'un pamphlet dont l'auteur est anonyme⁹⁴, ce qui déchaîne les interrogations médiatiques et offre une publicité à bon compte. On peut également citer l'exploitation qui est faite de certains événements dramatiques de l'histoire ou d'affaires criminelles dont les auteurs condamnés acquièrent une notoriété qui défie parfois les règles de la morale.

La question prend une acuité particulière chaque année en septembre au moment de ce qu'il est désormais convenu d'appeler la rentrée littéraire avant la distribution des prix du même nom à l'automne. Car nous vivons dans une société qui décerne des prix à défaut de ceux qui marquaient autrefois la fin de l'année scolaire. D'ailleurs, tout le monde a son prix, le boucher pour son boudin ou ses tripes, le vigneron, le restaurateur, le boulanger, etc. Les gens du spectacle fêtent le retour du printemps en multipliant les cérémonies de congratulations réciproques, pendant que de multiples concours agricoles animent nos campagnes. Le monde littéraire n'échappe pas à ce déchaînement de récompenses souvent décernées dans des conditions obscures mais qui vont appâter le chaland, à tel point que certains livres sont recouverts d'une bande rouge pour attirer l'attention et laisser croire qu'ils ont été primés.

Notre propos n'est pas d'ajouter un pamphlet à ceux⁹⁵ qui régulièrement viennent prendre à partie le monde de l'édition qui cherchent eux-mêmes à devenir des succès littéraires et qui, volontairement ou non, alimentent ainsi le système.

Notre seul but est d'attirer l'attention sur des dérives possibles compte tenu de l'importance des sommes en jeu.

Chaque année, environ 600 romans nouveaux marquent la rentrée littéraire. Très peu d'entre eux sont élus et connaissent le succès : moins de 20 atteindront un tirage égal ou supérieur à 50 000 exemplaires. Dès lors, l'affirmation de Jérôme Lindon apparaît comme particulièrement pertinente : « *L'édition est le seul secteur de l'économie qui répond à une baisse de la demande par une hausse de l'offre.* » Or les maisons d'édition ne sont pas des entreprises philanthropiques. Elles existent avant tout pour faire des bénéfices et rapporter des dividendes à leurs actionnaires. Elles vont donc pratiquer une sorte de mutualisation, de compensation. Elles vont devoir récupérer sur certains succès les gains modestes ou les sommes perdues sur d'autres, ce qui prend une importance nouvelle avec le développement des à-valoir, c'est-à-dire des avances, généralement non remboursables en cas d'insuccès.

94 X, « Au secours ! Lionel revient ! », Éd. Privé.

95 Guy Konopnicki, *Prix littéraires : la grande magouille*, Jean-Claude Gawsewitch, éditeur.

C'est là que se situent les dérives possibles et qu'entrent en scène les prix littéraires. On en dénombrerait 1150 par an, toutes catégories confondues (près de 2 000 en comptant les distinctions et concours littéraires divers), les prix les plus importants et les plus connus générant des tirages supérieurs à au moins 100 000 exemplaires, quelle que soit la qualité de l'œuvre primée, ce qui, de l'avis des spécialistes, représente un succès de librairie et assure des lendemains heureux à une maison d'édition.

En effet, il est difficile de faire la part des choses entre les membres des jurys, généralement tous auteurs d'œuvres littéraires, et les maisons qui les éditent. Il y a là bien évidemment un risque évident de conflits d'intérêts. Or, les conditions dans lesquelles sont recrutés, voire cooptés, les jurés, souvent désignés à vie, sont peu claires, ce qui les rend *a priori* suspects. Certains⁹⁶ ont suggéré de renouveler chaque année les membres des jurys, à l'exemple du Booker Prize britannique, sans pour autant faire des propositions précises sur leur mode de désignation, ce qui a au moins le mérite de pointer du doigt une réelle difficulté.

Quant au choix qui est effectué par les jurys, il ne manque pas de laisser perplexe, certaines maisons d'édition paraissant monopoliser, directement ou indirectement, les prix au détriment des autres, jamais ou rarement récompensées, sauf peut-être épisodiquement pour détourner l'attention.

On doit également accueillir avec une certaine prudence les palmarès ou les classements des meilleures ventes publiés par divers journaux, généralement hebdomadaires. En effet, il paraît évident que les classements devraient être sinon les mêmes au moins très proches dans chaque publication ; or on note des différences significatives qui ne peuvent que laisser perplexe sur les conditions et les buts dans lesquels ils ont été établis.

Cette situation pourrait se trouver aggravée par la concentration qui s'opère dans le monde littéraire entre l'édition, la diffusion, la publicité et la critique, la diffusion étant le stade le plus important dans la chaîne ainsi constituée. Certaines maisons d'édition, soit directement, soit à travers le groupe auquel elles appartiennent, assurent la distribution d'autres maisons qui deviennent ainsi dépendantes des premières. Il y a un risque de rupture des règles de la concurrence, les maisons ou groupes distributeurs ayant tendance à privilégier leur propre distribution au détriment des autres. Les récents incidents qui ont affecté une maison d'édition, « absorbée » par une autre, viennent illustrer ces craintes.

La technique des produits dérivés, déjà analysée par le service dans d'autres secteurs⁹⁷, vient elle-même contaminer, selon les mêmes techniques, le monde littéraire, notamment par l'adaptation au cinéma ou à la télévision

⁹⁶ Journal *Marianne*, livraison du 24 février au 2 mars 2003, p. 70.

⁹⁷ Rapport 1996, *Les produits dérivés et le marchandisage*. Rapports 1993-1994 et 2003 concernant le sport.

de certaines œuvres avant de les vendre, autre mode de distribution, en DVD. De même, les « transferts » d'auteurs d'une maison à une autre, moyennant une somme d'à-valoir conséquente, et le recours au système des agents témoignent du fait qu'écrire est devenu un véritable sport.

Enfin, la mainmise qui paraît s'opérer sur le monde littéraire par certaines sociétés d'investissements, dont la vocation est peu littéraire, finit de jeter la suspicion sur un système qui n'est plus que mercantile puisque marqué par les rachats, les concentrations et la création de grands groupes qui sont l'apanage d'autres secteurs de l'économie.

Si au commencement étaient les lettres, à la fin sont les chiffres...

V. - CHRONIQUEURS GASTRONOMIQUES ET RESTAURATEURS : COMMUNAUTÉ OU CONFLIT D'INTÉRÊTS?

En début d'année 2005, un restaurant fantôme belge a mis un guide très connu en France dans l'embarras⁹⁸. Révélée par la presse, l'affaire concerne un restaurant de la ville d'Ostende qui, avant même d'avoir été ouvert, a obtenu deux fourchettes et un Bib gourmand.

Le patron de l'établissement a expliqué que si son restaurant avait pu figurer dans la dernière version du guide, c'est qu'il avait été parrainé par un autre chef qui dirige un restaurant trois étoiles à Bruxelles et que « *les bonnes relations* » que les deux chefs entretenaient avec la direction du guide avaient permis d'éviter d'attendre une année inutilement (*sic*).

Cet épisode illustre, une fois de plus, les relations particulières qui existent entre les critiques gastronomiques et les restaurateurs, notamment ceux qui dirigent des établissements renommés.

Certains économistes vont jusqu'à faire un parallèle entre les appréciations et les notes des guides gastronomiques et celles des agences financières, démontrant qu'elles répondent à des caractéristiques comparables.

La première caractéristique concerne la volatilité des notes qui décroît à mesure que leur niveau s'élève. Ce résultat se vérifie au cours du temps. Il y a deux explications possibles : soit une stabilité de l'entreprise, du restaurant en l'occurrence, soit, peut-être, une certaine réticence des évaluateurs à modifier la note des entreprises les mieux cotées.

⁹⁸ De nombreux articles de presse ont relaté cet incident. On citera, à titre d'exemple, l'article paru dans le journal *Le Figaro* des 29 et 30 janvier 2005, p. 3.

La seconde caractéristique concerne la faible proportion des changements de forte amplitude et, quand il s'en produit, les variations à la baisse qui sont plus fréquentes que celles à la hausse. Ce sont, entre autres, ces variations qui permettent aux banques d'estimer la trajectoire d'une entreprise, et donc de décider de l'octroi d'un prêt, de sa tarification ou de son rééchelonnement. Il en résulte qu'un changement de notation peut avoir des conséquences économiques.

On comprend alors la pression qui repose sur les épaules des restaurateurs, véritables chefs d'entreprise, souvent très endettés, quand une appréciation négative ou une note en baisse risquent de mettre en péril toute leur activité et, pour les plus passionnés d'entre eux, leur raison de vivre.

La relation entre les critiques et les restaurateurs est structurellement asymétrique. Deux mondes s'opposent par leur organisation et leur fonctionnement. Celui des grands chefs et des restaurateurs en général est très structuré et régi par une hiérarchie soigneusement construite, des étapes précises dans la formation et l'apprentissage, la reconnaissance sociale étant le fait du milieu professionnel. De l'autre côté, l'inorganisation du monde de la critique gastronomique, son manque d'homogénéité dans la formation et la pratique professionnelle conduisent à des comportements allant des plus consciencieux à d'autres qui le sont moins.

Le restaurateur dépend du critique pour démarrer son affaire, élargir sa clientèle ou encore accroître sa renommée. Même si la reconnaissance sociale passe par ses pairs, elle doit être confirmée par les critiques. Ce qui compte le plus, notamment dans la haute gastronomie, ce sont les jugements portés par la critique gastronomique plus que les prix et les médailles délivrés par les professionnels, car c'est essentiellement la critique qui a une influence sur le grand public.

Cette dépendance vis-à-vis des critiques est souvent mal acceptée. C'est un rapport de pouvoir sur lequel les restaurateurs n'ont théoriquement aucune prise.

Toutefois, pour tenter de parer les mauvais coups, une note en baisse, une mauvaise appréciation, certains restaurateurs tentent de tisser des liens avec quelques critiques, cherchant à mettre en évidence des intérêts communs qui permettent aux uns de faire carrière, aux autres d'améliorer leur connaissance du milieu et d'élargir ainsi leur champ professionnel.

Certains chefs ont découvert ainsi qu'ils avaient un vrai pouvoir de négociation et pouvaient « aider » les critiques dans leur domaine professionnel (adresses de fournisseurs, repas gastronomico-littéraires, apports d'informations pour rédiger des articles ou préparer une émission de télévision, achats d'encarts publicitaires...). En retour, les restaurateurs attendent, si ce n'est une reconnaissance directe, du moins une certaine indulgence. Cette entente, informelle bien sûr, doit rester discrète, sinon

confidentielle, pour sauvegarder les apparences, notamment face au grand public.

Cette entente tacite semble relativement bien respectée notamment pour les restaurateurs les plus « étoilés ». Leur notoriété, il est vrai, leur permet de répondre à la menace par la menace. En 1988, Paul Bocuse en fit une admirable démonstration en dévoilant le dessous des cartes alors qu'il avait été déclassé dans un guide : « *Les critiques français ne sont plus crédibles. La Clef d'or que distribue Millau n'a aucune valeur à mes yeux. Elle lui permet d'inviter quelques journalistes et distributeurs de journaux aux frais du restaurateur concerné. En France, il n'existe qu'un guide objectif qui n'a pas de publicité et qui a des inspecteurs, c'est le Michelin* ». » Le conflit médiatique ne dura guère, car l'année suivante Bocuse retrouva sa quatrième toque et son 19/20...

Par contre, son jugement sur le second guide cité par lui a depuis trouvé ses limites. Outre l'affaire concernant le restaurant fantôme d'Ostende, la vénérable institution a connu un séisme médiatique en février 2004, quand un ancien inspecteur a décidé de « *se mettre à table* »¹⁰⁰. Il déclarait alors qu'il existe des tables intouchables, confirmait la résistance à déclasser un établissement, notamment les trois étoiles, précisant que « *le guide est prisonnier des chefs médiatiquement puissants qu'il a lui-même créés, et redoute des retentissements trop fort, pouvant nuire à son image* ».

Les relations entre restaurateurs et critiques sont déséquilibrées par nature, le plus souvent au détriment des restaurateurs. Faites d'incompréhensions réciproques, elles sont pourtant au cœur d'un système d'échanges économiques qui permet à l'usager de choisir un bon restaurant. La communauté d'intérêts qui amène de nombreux restaurateurs à conduire des négociations individuelles avec les critiques et la tentation de ces derniers de se laisser séduire, voire corrompre, incitent certains observateurs de ce milieu à proposer que soit créée une charte de déontologie entre les guides et les grands chefs. C'est sans compter avec la farouche autonomie d'action qu'affichent les critiques gastronomiques, qui pour certains se considèrent aussi comme des critiques d'art.

Nul doute en tout cas que leurs guides annuels, annoncés à grand renfort de publicité et de campagnes médiatiques, visent surtout, et avant tout, à devenir ou rester des succès de librairie, ce qui ramène, en quelque sorte, à l'exemple précédent sur les prix littéraires.

99 *Le Progrès*, 23 novembre 1988, p. 10.

100 *Le Figaro Magazine*, 14 février 2004, « Guide Michelin, un ancien inspecteur se met à table », Pascal Rémy, Ed. Equateurs.

CHAPITRE II

Intelligence économique et corruption

En France, l'intelligence économique est un phénomène d'actualité. Depuis un an, les choses semblent s'accélérer : juin 2003, publication du rapport du député Bernard Carayon, intitulé *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale* ; 1^{er} décembre 2003, nomination auprès du Premier ministre d'un haut responsable chargé de l'intelligence économique et définition de cinq régions tests, puis neuf ; septembre 2004, lancement d'un programme national de sécurité économique ; octobre 2004, création d'une délégation générale de l'intelligence économique au sein du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

L'intelligence économique devient une réalité dans les entreprises comme dans les organisations institutionnelles, elle se place désormais au rang de « vraie et grande politique de l'Etat ».

Un rapide rappel historique¹⁰¹ en France depuis une vingtaine d'années permet de mieux appréhender sa définition.

Rappel historique

Avant 1990, les impératifs militaires et diplomatiques prenaient le pas sur les activités commerciales et industrielles des pays voisins. Puis, il s'est avéré que le développement de la société de l'information, la globalisation des échanges ont développé la rivalité entre les nations industrielles. La gestion commune de l'information stratégique devient alors un enjeu majeur pour les entreprises et, par là même, pour les Etats. Devant cette évolution, la France, comme d'autres pays occidentaux, n'est pas en mesure de rivaliser faute d'approche globale en matière d'intelligence économique tant de la part de l'Etat que des entreprises.

Il faut attendre 1987 pour voir les pouvoirs publics français prendre l'initiative d'actions de promotion et de veille technologique. Il y a tout d'abord, le rapport du 10^e Plan (groupe de travail de René Mayer) sur « *l'information et la compétitivité* ». Puis, en 1992, une mission d'étude relative à l'intelligence économique est confiée par le Commissariat général du plan à Henri Martre (qui aboutira au rapport portant le même nom) ; c'est également à cette époque qu'est créée l'ADIT (Agence pour la diffusion de l'information technologique) sous la tutelle des ministères des Affaires étrangères et de l'Education nationale pour faire le lien entre les secteurs privé et public. Ces deux actions importantes se situent à une période où beaucoup de pays affichent leur position en la matière, notamment les Etats-Unis¹⁰².

En France, en 1993, est créée la fonction de chargé de mission de défense économique (CMDE) au niveau de la zone de défense. En 1994, une loi

101 Cf. rapport du GDS n° 1 de l'IHESI de juin 2003 : *Entreprises et intelligence économique : quelle place pour la puissance publique ?*

102 En 1993, Warren Christopher affirme au Sénat américain que la sécurité économique des Etats-Unis est la première priorité de politique étrangère.

est promulguée (dite loi « Longuet » du 5 février 1994) pour affirmer le caractère pénal de la contrefaçon, renforcer les sanctions et les pouvoirs des douaniers.

D'autres initiatives prennent la suite, par l'intermédiaire d'instituts, de clubs ou de partenariats. C'est le cas de l'Institut des hautes études de la sécurité intérieure, l'IHESI (créé en 1989 et devenu depuis l'Institut national des hautes études de sécurité), qui a initié dès novembre 1994 un groupe de réflexion dédié à l'intelligence économique. En outre, des groupes et sous-groupes de travail de cet institut ont généré depuis fin 2001 des partenariats stratégiques, par exemple avec le Forum des compétences¹⁰³.

De même, en 1995, l'Institut des hautes études de la défense nationale a organisé un forum sur les entreprises et l'intelligence économique. C'est également en 1995-1996 que débutent des cycles de conférences de cet institut pour sensibiliser les entreprises à l'intelligence économique.

A cette époque est créé le Club de défense économique de l'entreprise alors que le haut fonctionnaire de défense du ministère de la Recherche et de l'Enseignement supérieur diffuse un guide d'informations et de recommandations. Paraît également, le 4 avril 1995, un décret en Conseil des ministres portant création d'un Comité pour la compétitivité et la sécurité économique (CCSE).

En 1997, une émanation du Club de défense économique des entreprises voit le jour ; il s'agit de l'Institut d'études et de recherche pour la sécurité des entreprises (IERSE) qui conçoit un diplôme de sécurité en partenariat avec les universités sous la forme d'un diplôme d'étude supérieure spécialisée (DESS) de gestion globale des risques et des crises. De leur côté, quelques universités développent diverses formations aux métiers de la sécurité économique.

Parallèlement, l'Etat semble s'être désengagé et, en 1998, le ministère des Finances confie aux services de son haut fonctionnaire de défense (HFD) une mission d'impulsion et de coordination des actions de sensibilisation des entreprises. Le relais sera pris alors dans les régions par les actions de certains préfets, à l'image de Rémy Pautrat¹⁰⁴ qui vise à développer l'intelligence économique au profit des entreprises par l'intermédiaire des chambres de commerce et d'industrie (CCI).

L'Etat s'engage à nouveau à l'occasion de la publication d'une circulaire NOR ECOZ 0200005-C du 14 février 2002 relative à la définition et à l'organisation de l'intelligence économique.

¹⁰³ Forum qui regroupe depuis 1991 les vingt principaux acteurs du secteur bancaire et des assurances et qui œuvre de façon générique pour la protection du patrimoine informationnel et la sécurité économique.

¹⁰⁴ Aujourd'hui vice-président exécutif de l'ADIT.

Définition de l'intelligence économique

Le terme « intelligence économique » a été imaginé par Jean-louis Levet¹⁰⁵ lorsque le Commissariat général au plan décide de lancer une étude en 1992-1993. A cette époque, cette discipline se pratiquait dans de nombreux pays (Etats-Unis, Angleterre, Japon, Allemagne) même si cette activité avait une connotation différente (*business intelligence* ou encore *competitive intelligence*).

Pour diriger ce groupe de travail, le Commissariat général au plan choisit Henri Martre, alors à la tête de l'Aérospatiale et qui bénéficiait donc d'une vision internationale du phénomène. L'étude menée est alors centrée sur les entreprises françaises et un état des lieux est fait sur leur comportement face à la concurrence étrangère.

Dans ce rapport, publié en 1994, qui est encore d'actualité, une définition de l'intelligence économique est proposée. Il s'agit de « *l'ensemble coordonné des actions de recherche, de traitement, de distribution et d'exploitation de l'information utile, par les acteurs économiques. Toutes ces actions sont menées légalement dans les meilleures conditions de qualité, de délai et de coût. L'entreprise doit mettre au service de cette capacité nouvelle tous les moyens dont elle dispose pour saisir des opportunités ou détecter des menaces* ».

Dix ans plus tard, les responsables chargés de l'intelligence économique ne donnent pas de nouvelle définition mais posent des limites à cette conception. Ainsi le haut responsable à l'intelligence économique explique les fonctions qui lui sont dévolues : « *Il est hors de question de se retrouver dans des coups tordus.* » Il précise d'ailleurs qu'il y a une différence entre le « *renseignement* » et l'intelligence économique. Un groupe de travail interministériel tente de donner une définition de l'intelligence économique qui soit claire et reconnue par tous les intervenants. En effet, comme le souligne le Premier ministre, elle doit s'inscrire dans un cadre éthique et déontologique.

Pour bien comprendre ce que recouvre l'intelligence économique, il est donc important de ne pas perdre de vue qu'elle se différencie à la fois du « *renseignement* »¹⁰⁶, activité légale de recherche menée par les services de l'Etat, et de l'espionnage, face illégale du renseignement.

En effet, le système d'intelligence économique doit utiliser des informations (technologiques, financières, scientifiques, juridiques, etc.) primaires accessibles à tous et obtenues dans les sources ouvertes afin de permettre aux entreprises d'être dans une concurrence loyale. Cette vision panoramique des réalités doit faire acquérir à l'entreprise les savoirs et le savoir-faire indispensables à son essor économique.

¹⁰⁵ Chef du service du développement technologique et industriel du Commissariat général du plan.

¹⁰⁶ Voir définition de B. Besson et J.-C. Possin dans *Du renseignement à l'intelligence économique*, Dunod, 2^e édition, août 2002.

Cette action d'intelligence économique, respectueuse de ces règles, peut être mise en œuvre par tous les partenaires et plus particulièrement par les chefs d'entreprise et les cabinets d'intelligence économique (souvent utilisés par les entreprises pour obtenir des renseignements).

Il est donc possible de reprendre la définition de l'intelligence économique donnée dans la revue *Regards sur l'intelligence économique* de novembre-décembre 2004 par B. Besson et J.-C. Possin : « *Un système collectif d'acquisition, de production et de transformation de l'information en connaissances utiles. Ce système vise à l'amélioration du processus décisionnel, à l'exercice de l'influence, à la détection des opportunités, à la prévention des menaces et des risques, à la protection et à l'enrichissement du patrimoine, au développement de la performance, au maintien et au redressement de l'image, à la création de valeurs, à la sécurité et à la sûreté. Offensif et défensif ce système implique un projet, une stratégie, une éthique, une déontologie, une culture de l'anticipation, un partage des connaissances et la maîtrise des fonctions individuelles et collectives de mémoire, de réseaux et d'analyse de l'information.* »

Dans cette définition très complète de l'intelligence économique, les notions d'éthique et de déontologie semblent devoir retenir l'attention dans le cadre d'une étude sur l'intelligence économique et la corruption. En effet, il apparaît que les règles déontologiques ne sont pas toujours respectées dans ce domaine. Certaines entreprises, peu respectueuses, mènent une politique de déstabilisation, employant à cet effet des méthodes peu avouables (espionnage, concurrence déloyale, manipulations, chantage, écoutes, etc.).

Après avoir analysé les risques de dérives sur le plan national, lorsque la corruption fait basculer l'intelligence économique vers la manipulation pure et simple (I), il convient d'étendre l'étude au plan international à travers les organisations non gouvernementales (ONG) et la Convention OCDE qui peuvent, par une utilisation dévoyée, devenir des outils de déstabilisation des entreprises (II). Enfin, le risque de corruption dans l'intelligence économique est abordé à titre d'illustration à travers le cas particulier des fonds d'investissement et des dispositifs d'alerte (*whistleblowing*) (III).

I. - INTELLIGENCE ECONOMIQUE ET MANIPULATION

Il y a fort longtemps que la dérive de l'intelligence économique vers la manipulation est évidente. Les limites sont floues et les méthodologies proches avec une aggravation due aux effets de la mondialisation. En effet, avant le développement de celle-ci, les opérations se concentraient sur un seul et même territoire et ne concernaient qu'un certain nombre d'entreprises installées localement.

Actuellement les données de l'analyse sont totalement modifiées puisqu'elles concernent plusieurs pays au travers des filiales, et des possibilités de rachat externes. Le phénomène est aggravé par l'importance et l'activisme des fonds d'investissements, dont l'activité n'est pas identifiable immédiatement.

Cet éclatement des structures entre plusieurs pays pose le problème de l'information administrative, qui peut être transmise aux sociétés privées et dès lors franchir les frontières. Plusieurs questions se posent :

- Comment doit-on gérer le problème des fusions ou des restructurations transnationales ?
- Est-il possible de transmettre une information réservée à une entreprise française ? La réponse est à l'évidence positive.
- Est-il possible de transmettre une information à une entreprise dont le dirigeant est français mais dont le siège social est à l'étranger et dont on ne maîtrise pas l'actionnariat ? La réponse à la question mérite alors réflexion.
- Est-il possible de « geler » des informations pertinemment transmises dès lors que l'entreprise qui en a bénéficié est rachetée par un fonds d'investissements ? La réponse mérite également réflexion. D'autant plus qu'un service d'intelligence performant de ce fonds s'attachera à connaître en priorité la nature des informations transmises aux entreprises et rachètera celles qui lui apparaissent détenir le potentiel le plus performant.

Si ces problèmes ne sont pas analysés et si une décision générale n'est pas prise de manière à encadrer les transmissions d'informations, leur transfert du public vers le privé revient à les diffuser de façon hasardeuse, ce qui ne saurait être le but de l'opération.

De plus, la mondialisation a généré une réalité juridique à géométrie variable : ce qui est une infraction en France est une opération de défense du territoire dans un autre pays, ou peut exister mais ne pas être sanctionné dans tel autre.

Exemple :

Il est interdit de fouiller dans la vie privée de tout salarié hormis dans le cadre d'une procédure légale. Dans certains pays, c'est un délit ; dans un autre, cette activité n'est pas sanctionnée, même disciplinairement. Ces informations personnelles peuvent être utilisées pour manipuler les salariés. Il est ainsi possible de les utiliser dans le but, par exemple, de licencier un salarié sans indemnités ; s'il refuse, elles seront diffusées. Cela pourrait être qualifié dans certains cas de chantage.

1. L'UTILISATION DES RENSEIGNEMENTS « SENSIBLES » CONTENUS DANS DES FICHIERS « RÉSERVÉS »

Comme nous l'avons rappelé dans la définition de l'intelligence économique, la recherche d'informations ne peut être réalisée que dans le respect d'une certaine déontologie. Celles qui concernent les concurrents ou qui sont relatives à une situation plus générale peuvent se classer en deux catégories :

- l'information « blanche » (elle constitue 85 à 90 % environ du montant total des informations utiles), qui émane de l'analyse des sources ouvertes accessibles à tous ;
- l'information « noire » (donc environ 10 à 15 % des informations utiles), dont l'obtention nécessite une action illégale.

Certaines entreprises, confrontées à des situations de crise, utilisent la corruption pour obtenir ces informations.

Ces informations « noires » sont détenues par certains services administratifs ou par certaines sociétés concurrentes. Il n'est d'ailleurs pas rare que, sous couvert d'intelligence économique, des officines se livrent à des manipulations en utilisant ces informations.

Cette recherche illégale peut être le fait de l'entreprise elle-même, mais dans certains cas, le client a recours à des agences de renseignement.

1.1. L'entreprise se livre elle-même à des faits de corruption

Dans certains cas, des entreprises sont tentées de partir à la recherche de renseignements précis, concernant des concurrents, qui ne figurent pas dans les sources ouvertes. Ces renseignements sensibles sont généralement conservés dans des fichiers que le propriétaire ne veut ou ne peut diffuser de manière officielle. L'accès est réservé à des membres de l'administration, ou limité à certains salariés d'entreprises, ou encore à des banques.

Il en est par exemple ainsi des informations sensibles consultables par les services de police, de gendarmerie, des impôts, des douanes ou des services judiciaires. C'est également le cas des informations spécifiques détenues par une entreprise ou par une banque.

Ainsi, le responsable ou l'utilisateur autorisé du fichier constituent des cibles idéales. L'entreprise corruptrice dispose alors de deux possibilités : elle peut « attaquer » directement la cible, ou utiliser un réseau.

- L'attaque directe : un représentant de l'entreprise prend contact avec un agent d'une ou de plusieurs structures administratives. Peu

importe la place et le grade de l'agent, ce qui est essentiel, c'est sa faculté d'accéder à certains fichiers. Il s'agit alors pour l'entreprise de trouver la « bonne cible ».

Nous sommes alors en face du système dit du « jeu d'acteurs » dans le processus de corruption. Le mécanisme se déroule en quatre temps :

1) Le test. Antérieurement à cette période, de nombreuses informations ont été recherchées de manière illégale sur les besoins de la cible, de sa famille, ses points faibles. Cette période débute par une approche du « futur corrompu » par un membre de l'entreprise. Souvent, sans qu'il s'en rende compte, l'agent peut fournir au départ des renseignements sans importance mais ses barrières morales sont affectées.

2) Les premiers pas. Ils apparaissent le plus souvent comme anodins car seule une partie des choses est expliquée au corrompu. Une fois le premier renseignement obtenu, il reçoit un cadeau symbolique pour ne pas éveiller son attention.

3) Le pacte. Il intervient le plus souvent à l'issue d'une préparation du terrain assez longue, sur l'air de « je te donne..., tu me fais ». En partant de petits services, on aboutit progressivement à des demandes de plus en plus précises.

4) L'engrenage. Le corrupteur exerce une pression constante sur le corrompu, et le chantage devient une arme redoutable pour un agent à la fois pris au piège et de remords. Sa carrière risque de pâtir d'une révélation de son comportement. Il faut toutefois préciser, même si cela est exceptionnel, que certains corrompus prennent l'initiative et deviennent les maîtres du jeu en proposant leurs services moyennant rémunération.

Généralement, le corrupteur profite d'une faille dans la situation personnelle de la cible choisie (situation familiale, financière, etc.) afin d'obtenir les renseignements souhaités. Les avantages offerts au corrompu sont divers et adaptés (sommes d'argent, services, avantages en nature, emplois fictifs, etc.).

Lorsque la situation nécessite l'obtention d'informations très rapidement, le chantage est directement utilisé.

Pour qu'un tel système fonctionne il est indispensable de constituer un service approprié dans l'entreprise corruptrice. Dès lors, un ou plusieurs employés sont affectés au recensement des informations susceptibles d'être pertinentes. Ils se rapprochent alors des personnes qui les détiennent, choisissent la cible idéale et mettent en place le processus décrit ci-dessus. L'utilisation nécessaire d'anciens salariés ou fonctionnaires avertis des pratiques de chacun des secteurs concernés fait gagner beaucoup de temps.

- L'utilisation d'un réseau : le banquier, le salarié ou le fonctionnaire appartiennent à un réseau. Il est alors plus facile de l'utiliser, parfois sans rémunération, lorsque des membres ont déjà demandé un « service ».

Les agents disposant d'informations « utiles » peuvent être « activés » à titre occasionnel. Pour les faire entrer dans ce réseau, les arguments les plus simplistes sont utilisés, l'attrait financier n'intervenant qu'assez tardivement dans le processus. On s'attache surtout à faire prendre conscience à la cible du caractère dévalorisant de son travail, de l'absence de reconnaissance de ses qualités que seul le réseau peut mettre en valeur.

Dans certains cas, les entreprises ne possèdent pas les personnels aptes à ce genre de missions. Elles décident alors de confier cette tâche à des agences spécialisées dont certaines ont une déontologie douteuse.

1.2. L'entreprise a recours à des agences spécialisées

L'intelligence économique est l'art de rechercher le renseignement pertinent. Cette activité ne s'improvise pas. Elle doit être conduite de manière professionnelle. La plupart de ces agences sont dirigées par d'anciens professionnels du renseignement ou emploient des personnels issus du même milieu. L'un des plus célèbres cabinets au monde n'est-il pas constitué pour une grande majorité d'anciens membres des services d'espionnage de différents pays ?

Il ne s'agit, en aucun cas, d'effectuer des « branchements » illégaux, des « fouilles » illégitimes, des filatures ou d'utiliser le chantage ou la peur. Ces actions illégales constituent les dérapages les plus fréquents. Elles sont le fait de mercenaires qui se complaisent dans l'illégalité.

Les agences spécialisées les plus importantes du secteur sont soumises aux lois du marché et font l'objet de fusions, d'acquisitions, ce qui réduit d'autant la concurrence. Cette limitation de l'offre dans un marché déjà restreint peut entraîner une situation de conflit d'intérêts. En effet, si un cabinet se trouve, dans une de ses enquêtes, face à des intérêts divergents de plusieurs de ses clients, comment pourra-t-il travailler sans tenir compte de cette réalité ?

C'est dans ces conditions que certaines entreprises déposent des dossiers factices auprès de différents cabinets afin de vérifier si des investigations ne sont pas déjà en cours au profit d'un concurrent. Si tel est le cas, le cabinet doit prendre lui-même l'initiative de se désister.

Le problème de la détention d'une information privilégiée doit aussi être relevé. Lorsqu'une agence est choisie pour une activité de cette nature, l'entreprise cliente doit se poser le problème des informations qu'elle peut lui transmettre. En effet, comment peut-on avoir la certitude, dans un

milieu de « perce-murailles », que toutes les informations recueillies la concernant ne seront pas analysées et transmises à des tiers ? Est-ce qu'il existe une « muraille de Chine »¹⁰⁷ entre les services et entre les missions, et quel est le prix à payer pour qu'elle s'applique ? Ce sont autant de questions qu'il est préférable de se poser au préalable afin de limiter les désillusions futures.

De plus, les cabinets de dimension internationale qui, jusque-là, étaient des fournisseurs classiques sont devenus eux-mêmes des parties aux affaires. Ils peuvent donc être instrumentalisés. Dès lors, leur intervention devient le signal de l'existence d'un problème sur lequel les concurrents, les actionnaires minoritaires ou non vont s'interroger. Leur seule présence contribue à générer une situation de crise.

Ces agences, à l'instar d'autres entreprises, disposent de filiales ou de structures locales qui les représentent et qui sont implantées dans chacun des pays dans lesquels elles réalisent un chiffre d'affaires important. Il est possible que leur éthique, qui peut être stricte au siège de la maison mère (le régime juridique du pays de résidence étant respecté), se délite au fur et à mesure de leur éloignement géographique. C'est ce qui explique que certaines agences sont souvent mises en cause à l'extérieur de leurs bases. Il faut dire que certaines officines ont eu recours aux écoutes illégales, à l'espionnage de membres d'un gouvernement, aux filatures d'avocats de la partie adverse, aux cambriolages, aux vols d'ordinateurs...

Les agences peuvent également avoir recours à la sous-traitance en confiant les recherches délicates à des officines locales qui, à leur tour, peuvent les sous-traiter à des prestataires travaillant individuellement. Cette procédure respecte la logique économique : les prestataires locaux connaissent bien le terrain, ont des informateurs référents dans leurs propres réseaux, n'ont que peu de réticences à travailler dans l'illégalité et servent de fusible en cas de dérapage. Dans des cas de ce genre, il n'existe pas de contrat ni de documentation en bonne et due forme.

Pour aller plus avant dans l'analyse des opérations risquées, il faut identifier les comportements qui leur sont associés et qui peuvent constituer des infractions. Tel est le cas de l'émission de fausses factures. En effet, lorsqu'une officine engage une recherche qui, sous couvert d'intelligence économique, recouvre, en fait, des investigations délictueuses, des manipulations comptables sont nécessaires.

- Surfacturer la prestation :

Il s'agit de comptabiliser une prestation surfacturée (facture de complaisance) émise par le sous-traitant. Cette opération lui permet de disposer d'un volant de trésorerie qu'il peut convertir en espèces (fausse

¹⁰⁷ On appelle « muraille de Chine » la séparation qui est censée être effectuée entre divers services (banques, conseils, etc.) lorsque les informations intéressent plusieurs clients.

facture) sans affecter l'équilibre de ses comptes. Ces espèces lui permettent de payer le prestataire réel, ce qui rompt le cheminement de la recherche de la preuve.

- Comptabiliser en charges dans une entreprise des prestations qui ne la concernent pas :

Cette opération est le plus souvent effectuée lorsque les actionnaires engagent des recherches pour leur propre compte et que les frais sont facturés à l'entreprise. Dans ce cas, le paiement des factures devrait échoir aux actionnaires et non à l'entreprise. Ces opérations ne devraient toutefois pas échapper en principe aux contrôles des commissaires aux comptes.

- Facturer une prestation fictive :

Ce type de manipulation relève de l'escroquerie. Il a été relevé des cas où une compilation de documents prélevés sur Internet a été fournie à l'appui d'une mission payée fort cher.

Ainsi, certaines agences peuvent être amenées à utiliser des moyens discutables pour effectuer leurs recherches et développer leurs affaires. La question se pose dès lors de savoir comment on obtient les renseignements les plus convoités.

Interrogé par un journaliste de *Libération*¹⁰⁸, l'un des responsables d'une société française répond qu'il travaille « *dans un cadre éthique que nous nous sommes imposés* ».

Cependant, force est de constater que ces entreprises regroupent le plus souvent, comme nous l'avons déjà dit, de nombreux anciens personnels des services de renseignements et de contrôle. Dans ce cas, les relations qu'ils continuent à entretenir avec des personnels encore en activité constituent des atouts considérables. Inversement, quand l'entreprise doit corrompre l'agent pour obtenir le renseignement, l'ancienne appartenance d'un employé à un cabinet d'intelligence économique peut lui permettre d'obtenir la même information par un ancien collègue uniquement comme un service rendu ou comme un échange. Même si, selon un cadre d'un cabinet français, il arrive que « *nous voyons régulièrement les services de renseignements, nous les informons mais nous ne demandons rien en échange* », on peut se demander si, dans certains cas, il n'y a pas, de temps à autre, « des retours d'ascenseurs ».

Les délits qui sont susceptibles d'être identifiés prennent la forme de deux manipulations bien connues, le « safari » et la « tricoche ».

Le « safari » est une pratique largement utilisée par les administrations de certains pays qui consiste à « valoriser » des informations détenues

¹⁰⁸ Article de Jean-Dominique Merchet, « Ces sociétés qui travaillent dans le secret », *Libération*, 12-13 juillet 2003.

par des services administratifs contre certaines entreprises au profit d'un concurrent.

Exemple :

Le chef du service antidrogue d'un pays d'Amérique du Sud obtenait des informations de la part d'un cartel qui lui était proche. Le chef de service engageait des poursuites contre les cartels concurrents, couplait ces investigations avec celles d'autres services administratifs et permettait à son cartel de disposer d'un espace sans cesse plus étendu.

Quant à la « tricoche », elle consiste à acheter à des fonctionnaires des informations administratives qui peuvent être utilisées dans une optique d'intelligence économique dévoyée.

La déontologie et l'éthique, pour reprendre les termes de la définition de l'intelligence économique ci-dessus rappelée, se trouvent alors ignorées, car la fin justifie souvent les moyens. Ce risque important est à l'origine d'une disposition de la loi sur la sécurité intérieure du 1^{er} août 2003 qui a voulu encadrer l'intelligence économique afin d'éviter au maximum les dérives possibles¹⁰⁹.

Hormis les fichiers réservés, d'autres renseignements peuvent être obtenus directement à la source, c'est-à-dire chez le concurrent lui-même par la corruption de salariés.

2. LA CORRUPTION DIRECTE OU INDIRECTE DE SALARIÉS

Elle touche les salariés de l'entreprise elle-même, mais aussi ceux d'autres entreprises travaillant au profit de celle-ci. Cette étude ne concerne pas l'utilisation de « taupes » que l'on a volontairement placées au sein de l'entreprise pour obtenir des renseignements ; il s'agit alors d'espionnage pur et simple. Après avoir fait un rappel sur l'infraction de corruption de salariés, les montages de corruption proprement dits sont présentés.

2.1. La corruption de salariés dans le droit français

Selon l'article L. 152-6 du Code du travail : « *Le fait par tout directeur ou salarié, de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, à l'insu*

¹⁰⁹ Article de Pascal Junghans, *La Tribune* du 27/02/2004, « L'intelligence économique encadrée ».

et sans l'autorisation de son employeur, des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait par quiconque de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative.

Dans les cas prévus au présent article, le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du Code pénal. »

Cette infraction nécessite l'analyse de ses éléments constitutifs : la qualité de la personne corrompue, les moyens générateurs de la corruption et le but des manœuvres corruptrices.

- Qualité de la personne corrompue : il s'agit du tiers qui, coupable de corruption active, fait des offres tendant à obtenir la conclusion d'un pacte de corruption (il peut s'agir d'un tiers ordinaire mais également d'une entreprise qui cherche à obtenir des renseignements pour sa propre industrie) ou à qui le salarié « suggère » l'établissement d'un tel pacte : ce tiers peut donc être n'importe qui.

En ce qui concerne le terme « salarié », le droit du travail en détermine les contours. Il englobe toutes les personnes qui se trouvent dans une situation de subordination juridique vis-à-vis de l'employeur. Sont donc pris en compte les apprentis, les manœuvres, les ouvriers spécialisés, les employés de bureau, les fondés de pouvoir, les membres du personnel d'encadrement. Mais également les directeurs commerciaux, administratifs ou techniques placés à la tête des différentes branches qui composent l'activité des entreprises d'une certaine taille.

Le terme « directeur » ne peut pas être pris dans le sens de dirigeant. En effet, l'article L. 152-6 mentionne : « [...] à l'insu et sans autorisation de son employeur, [...] ». Le directeur au sens du texte doit donc être lui aussi salarié de son employeur. En pratique, cela peut concerner par exemple le chef de service d'une société commerciale (Cass. crim., 7 octobre 1969), le directeur d'une succursale de société (Cass. crim., 6 octobre 1971), le chef d'agence d'une banque nationalisée (CA Paris, 9 juillet 1985).

- Moyens générateurs de corruption. Pour ce qui est de la rémunération corruptrice, il n'est pas prévu de forme ou d'importance déterminées. Cela peut être la remise d'une somme d'argent en une ou plusieurs fois, le paiement d'une dette, un prêt non remboursable, une promesse d'un emploi futur, etc. Il importe peu également que la remise se fasse directement ou indirectement. Il peut y avoir corruption si le cadeau est fait à l'épouse, aux parents, etc.

La particularité de ce type d'infraction réside dans le fait que la rémunération est proposée, acceptée ou sollicitée «à l'insu et sans autorisation de l'employeur», c'est-à-dire qu'elle revêt un caractère secret. Cela permet entre autres de différencier la corruption de la notion de pourboire. Ce caractère secret a été confirmé par la Cour de cassation dans une affaire de corruption de footballeur (Cass. crim., 4 février 1997).

Enfin, il est intéressant de s'interroger sur l'exigence d'une nécessaire antériorité de la rémunération par rapport à l'acte (ou à l'abstention) qu'elle tend à obtenir. En effet, l'exigence de cette condition d'antériorité ressort du libellé même de l'article L. 152-6, alinéa 1^{er} : « *solliciter ou agréer des offres [...] pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir* ». Contrairement aux autres articles du Code pénal concernant la corruption, aucune réécriture du texte n'a été faite afin d'y intégrer la notion de « à tout moment ». Il semble donc que l'exigence soit toujours demandée pour que les faits de corruption de salariés soient établis.

- **But des manœuvres corruptrices** : s'agissant de la corruption de salarié comme outil d'intelligence économique, seuls les actes positifs sont commis, car on observe de fait qu'il s'agit rarement d'actes d'abstention comme cela se produit dans d'autres domaines. Ces actes peuvent être des actes de la fonction et en particulier la violation de l'obligation de discrétion. L'article L. 152-6 permet ainsi de réprimer l'espionnage commercial ou industriel, c'est-à-dire l'obtention, par des concurrents et contre rémunération, de renseignements ou de documents dont l'intéressé est conduit à avoir connaissance ou à utiliser dans les actes de sa fonction (Cass. crim., 7 octobre 1969).

Il peut s'agir également d'actes facilités par la fonction et, là aussi, il est possible de citer le cas de l'espionnage économique : un salarié fournit à un tiers des renseignements ou des documents dont la possession ou le maniement n'entrent pas dans le cadre de ses fonctions habituelles. Cependant, son appartenance à l'entreprise peut lui permettre d'accéder à ces informations confidentielles qu'il négocie au profit d'un concurrent de sa propre entreprise.

Enfin, des décisions judiciaires reconnaissent comme entrant dans le cadre de la corruption de salariés la rupture unilatérale du contrat de travail (sans respect du délai de préavis) si elle est provoquée par une rémunération occulte. Ce débauchage de salariés réalisé par des offres corruptrices d'un concurrent peut se rencontrer dans le cadre de l'intelligence économique, soit pour s'approprier un technicien et son savoir-faire, soit pour déstabiliser une entreprise en lui retirant un de ses salariés les plus indispensables.

2.2. Les montages de corruption de salariés dans le cadre de l'intelligence économique

Ils doivent être étudiés selon qu'il s'agit de la corruption de salariés de l'entreprise elle-même ou d'une entreprise tierce.

- La corruption de salariés de l'entreprise

Suivant les renseignements recherchés, le salarié cible de la corruption, sera différent.

Soit on met en avant sa place dans la hiérarchie de l'entreprise, et donc on vise les possibilités d'accès à l'information eu égard à sa position, soit on s'intéresse au plus compétent dans le domaine : on cible alors le salarié pouvant obtenir des informations dans le cadre strict de ses fonctions.

Après avoir déterminé le type de renseignement voulu (financier, technique, stratégique, etc.), il est nécessaire de savoir si l'information est générale ou précise. En effet, une information générale pourra être obtenue auprès de plusieurs individus ; il suffit alors de choisir la cible présentant les meilleures potentialités (analyse de sa situation familiale, financière, de ses « travers »). A l'inverse, si le renseignement est plus précis, le nombre des cibles peut être beaucoup plus réduit et, par voie de conséquence, les chances de pacte de corruption plus faibles.

La corruption de salariés n'est pas courante et, le plus souvent, le résultat recherché ne sera obtenu qu'après avoir organisé un système visant à mettre en situation délicate le salarié choisi. Pour ce faire, différents moyens peu avouables sont souvent utilisés et n'ont pour but que de positionner l'individu dans une situation de non-refus. Après de longues démarches, le salarié se trouve « piégé » et n'a plus d'autre choix que d'accepter le pacte de corruption. Ce montage est le même que celui qui a été décrit précédemment dans le cadre de la corruption d'agents (le jeu d'acteurs).

Dans d'autres cas, c'est le salarié lui-même qui offre ses services moyennant rémunération. Cela traduit souvent une situation conflictuelle au sein de l'entreprise défavorable au salarié, par exemple un manque de reconnaissance, un conflit avec un supérieur, un avancement non obtenu, etc.

- La corruption de salariés d'une entreprise tierce

Il est parfois possible d'obtenir des informations non pas en corrompant un salarié de l'entreprise elle-même mais en utilisant les services de ceux d'une société prestataire (nettoyage, sécurité, ou activités externalisées etc.)

Il convient alors de rechercher si l'infraction de corruption de salariés est constituée, ce qui ne paraît pas toujours évident.

L'article L. 152-6 prévoit dans son premier alinéa que l'auteur des faits peut être un salarié. La doctrine estime pour sa part qu'il doit y avoir un lien de subordination entre le salarié et l'employeur victime des faits de corruption. Cependant, l'alinéa 2 dispose : « *Est puni des mêmes peines le fait par quiconque de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative.* »

En se référant à ce texte, il est donc possible de poursuivre un salarié pour corruption passive, même lorsque la victime des faits n'est pas son propre employeur, mais se trouve être l'entreprise dans laquelle ce salarié effectue son activité. C'est ainsi que dans une affaire actuellement en cours, la qualification de corruption de salariés a été retenue dans le cas suivant.

Exemple :

Un individu appartenant à une société a proposé à un employé d'une société de nettoyage de lui fournir des renseignements sur l'entreprise dans laquelle il effectuait le ménage, contre rémunération. On se trouve alors dans le cas d'une corruption de salarié auquel il est demandé d'accomplir un acte facilité par sa fonction.

Une évolution dans ce domaine très particulier de la corruption de salariés est attendue, car la France devra, pour la ratification de la Convention pénale du Conseil de l'Europe en date du 27/01/1999 relative à la corruption, prévoir une législation pénale se rapportant à la corruption privée, qu'elle soit active ou passive.

Cet aspect de la corruption d'un salarié ne dépendant pas directement de la société victime des faits est important car, de nos jours, il est très souvent fait appel à des entreprises externes pour des travaux particuliers. L'externalisation ou la sous-traitance sont des domaines où le risque est fortement présent. Il doit donc être pris en compte par les entreprises pour lesquelles des recommandations de prudence sont primordiales car il s'agit de risques forts d'atteinte à leur potentiel.

II. - LES ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES (ONG) ET LA CONVENTION DE L'OCDE

Au plan international, les organisations non gouvernementales (ONG) et la Convention OCDE peuvent, par une utilisation dévoyée, devenir des outils de déstabilisation des entreprises.

1. LES ONG, POSSIBLE OUTIL DÉVOYÉ D'INTELLIGENCE ÉCONOMIQUE

1.1. L'utilisation de certaines ONG

Les organisations non gouvernementales font de plus en plus partie de notre quotidien et si la majorité d'entre elles œuvrent pour le bien de tous, certaines peuvent constituer des relais d'intelligence économique, voire de déstabilisation des entreprises et même des États.

Il faut bien souligner que les ONG présentent un risque « d'infiltration » qui se développe proportionnellement à leur impact médiatique. En fait, avant la chute du mur de Berlin tout paraissait simple. Certaines ONG étaient convaincues d'œuvrer pour les pays de l'Est, alors que d'autres l'étaient pour les pays de l'Ouest. Elles étaient d'ailleurs organisées en conséquence, et cela présentait l'avantage de clarifier en quelque sorte la situation. Les choses ont bien changé, et, la nature ayant horreur du vide, on est passé de la manipulation politique à la manipulation commerciale ce qui a démultiplié les possibilités de dérives. Par chance les systèmes sont restés les mêmes, ce qui permet de continuer à utiliser les mêmes indicateurs qu'auparavant.

Les ONG utilisent différents moyens pour se développer :

- Le besoin de fonds. Il arrive que des ONG aient besoin de recourir au mécénat. Ainsi des entreprises, des régions, des États peuvent financer de telles structures. Il est donc essentiel d'identifier les bailleurs de fonds, ce qui rend l'action lisible. Pour l'ONG qui refuserait de transmettre ces renseignements, ses comptes pourraient être considérés comme une structure à risque au regard de l'intelligence économique.
- Le lobbying. Certaines ONG très introduites dans le monde des médias développent des activités de lobbying sur des thèmes qui les valorisent. Elles œuvrent alors, par exemple, pour désamorcer une proposition de loi, pour contrer une norme plus sévère ou pour obliger celle-ci à être appliquée dans le domaine international (tout cela dépend de la faculté de certains à contourner cette nouvelle norme).

Par ailleurs, certaines ONG se trouvent manipulées par noyautage, par corruption d'un membre ou par infiltration de faux adhérents dont l'unique objectif est d'obtenir un accès aux médias. Il faut dire que l'infiltration est aisée, en particulier lorsque l'ONG traverse une période difficile de luttes intestines, souvent dues à la séparation grandissante entre les partisans du bénévolat et ceux de la professionnalisation¹¹⁰.

¹¹⁰ Cf. l'analyse du SCPC dans son rapport 2001 : *Mondialisation, corruption et nébuleuse caritative*, p. 37 et suivantes.

Elles peuvent être utilisées pour recueillir des informations remarquables. En effet, elles sont au contact direct de la population, c'est d'ailleurs pour cela que certains de leurs membres peuvent courir des dangers. Leur « activisme » est avéré dans certaines régions instables où se développe la corruption ou dans lesquelles le terrorisme est important. De plus, leurs membres ont pu créer des liens avec certains détenteurs de pouvoirs, ce qui leur permet de disposer d'informations ou d'autorisations privilégiées.

Afin de pouvoir influencer les politiques des gouvernements dans l'intérêt de leur propre cause, certaines ONG se rattachent à des thèmes porteurs, oscillant toujours entre les peurs et les espoirs des individus. Actuellement, les aspects économiques et technologiques sont des thèmes souvent utilisés. Dans le monde économique surgissent de nouveaux comportements (transparence, gouvernance d'entreprise, éthique, etc.), mais aussi de nouvelles théories. En ce qui concerne la technologie, l'opinion oscille souvent entre l'espoir en l'avenir et la peur de l'inconnu (biotechnologies, matières cancérigènes, respect de l'environnement, etc.)¹¹¹.

Ainsi, comme le suggère l'analyse qui a été faite du lobbying des ONG au regard de l'intelligence économique, la transparence et l'éthique dans le monde des affaires ont une importance qui doit retenir l'attention. En effet, mettre en avant l'obligation de transparence permet à une entreprise de se présenter comme honnête, de se donner une image de vertu qui peut être parfois un simple paravent. Certaines ONG, défendant cette obligation de transparence, se trouvent manipulées par des entreprises généralement internationales dont le but est de déstabiliser leurs concurrents. Les scandales financiers des années 2000 et suivantes montrent que ce n'est pas toujours dans les pays revendiquant la transparence qu'elle est la mieux appliquée, comme le dit si bien l'adage : « Faites ce que je dis, mais ne faites pas ce que je fais. » C'est dans ce contexte que le *New York Times* écrivait fin 2001 : « Prenez des investisseurs serviles, des analystes de Wall Street, des journalistes et des commissaires aux comptes qui ne veulent pas gâcher un succès vertigineux avec des questions de manque de transparence et cela donne Enron. » Il faut cependant reconnaître que grâce à cette transparence ces scandales sont connus, parce qu'à la différence de tant d'autres pays les institutions ont permis de les révéler avant de les sanctionner.

Il apparaît que l'opinion publique peut être influencée par des informations mal utilisées et que certains spécialistes sont tentés de les manipuler dans un but de déstabilisation, par exemple au sein du commerce international.

111 Cf. l'analyse de l'affaire du saumon d'élevage «contaminé» aux dioxines in *Déstabilisation d'entreprises*, Ed. Maxima de Philippe Laurier, p. 180 et 181.

Exemple :

Lors d'un appel d'offres international portant sur l'achat d'avions de combat, un magazine spécialisé établissait un classement entre les différents candidats en se basant sur « les points forts et les points faibles ». Pour l'un des candidats apparaissait un point faible : l'existence d'un contrat entaché de corruption, passé par une autre société originaire du même pays. Ce cas réel démontre que « l'étiquette négative » peut être utilisée à des fins de concurrence déloyale.

Enfin, en dehors d'une utilisation dévoyée des travaux des ONG (souvent faite à leur dépens), il existe certaines organisations dont le but avoué peut sembler louable, mais dont la réalité est tout autre. Ainsi, sous couvert de transparence et de déontologie, un piratage en bonne et due forme d'informations confidentielles peut être réalisé.

1.2. Le cas particulier de TRACE

Transparent agents and Contracting Entities est une ONG créée en 2001 aux Etats-Unis, à Anapolis (Etat du Maryland). TRACE se propose de fournir une liste des intermédiaires « fiables », c'est-à-dire non corrompus, aux entreprises, gouvernements et ONG pour leurs relations d'affaires internationales.

Le choix des intermédiaires est fait après un examen préliminaire, résultant de la délivrance de preuves de comportements conformes à l'« éthique ». Ceux-ci doivent alors fournir des références professionnelles et financières, s'engager à suivre un code de conduite irréprochable en ce qui concerne le conflit d'intérêts, et plus généralement la corruption. On peut espérer que ces investigations sont suffisamment approfondies pour permettre une labellisation certaine des intermédiaires, car si tel n'était pas le cas, la responsabilité de l'ONG pourrait être gravement engagée.

TRACE est implantée dans 12 pays (Canada, Hong Kong, Egypte, Allemagne, Grèce, Singapour, Mexique, Corée du Sud, Taiwan, Emirats arabes unis, Royaume-Uni, et Etats-Unis). Son président actuel est Franck Vogl (par ailleurs vice-président de Transparency International), et elle est dirigée par Alexandra Wrage. Son financement est assuré par les droits d'entrée des intermédiaires retenus et par les contributions des entreprises qui souhaitent avoir un accès à la base de données les répertoriant.

Si l'explication devait s'arrêter là, il n'y aurait aucune inquiétude particulière à avoir face à cette ONG, dont le but semble être dans le droit chemin de la lutte contre la corruption. Mais il est important de savoir que les entreprises désireuses d'avoir accès à la base de données doivent

être prudentes en appliquant les règles de « veille ». En effet, avant de pouvoir adhérer, les entreprises sont invitées à répondre à un questionnaire détaillé.

Les différents renseignements demandés permettent d'établir une cartographie très précise de la société concernée. De nombreuses informations relatives à des données internes, souvent protégées, sont requises, et leur divulgation pourrait nuire à l'entreprise. De grandes entreprises françaises ont été démarchées afin de répondre à ce type de questionnaire. Même si pour le moment il est impossible de dire que ces éléments ont été utilisés à des fins d'intelligence économique, il ne faut pas pour autant en ignorer le risque.

Il apparaît que plus l'information circule, plus elle a des chances de tomber « entre des mains, pas toujours bien intentionnées ».

2. LES RISQUES D'UTILISATION DEVOYEE DE LA CONVENTION DE L'OCDE RELATIVE À LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS

2.1. Historique

L'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) a adopté le 17 décembre 1997 une convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

Ce travail avait été engagé depuis 1989, en particulier à l'initiative des Etats-Unis. Cette convention vise à réprimer les actions de corruption engagées par les entreprises des pays industrialisés, en incriminant la corruption active d'agents publics étrangers (elle ne vise donc pas la corruption passive ni celle d'agents privés). La Convention OCDE doit beaucoup au Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) adopté par le Congrès américain en 1977.

Les Etats-Unis ont tout fait pour exporter leur propre modèle de législation anticorruption, le plus souvent par l'intermédiaire des instances internationales et de certaines ONG. L'objectif est à n'en pas douter de lutter contre la corruption, mais cela permet également de relever de façon significative le niveau des contraintes dans les autres pays.

Cette croisade anticorruption des Etats-Unis est à replacer dans son contexte historique. Dans les années 1970, le pays a été affecté par d'énormes scandales, dont celui d'un industriel de l'armement qui a versé des pots-de-vin à un ministre étranger pour vendre ses équipements. En

Europe, de hautes personnalités ont également été touchées. Les Etats-Unis ont alors décidé l'adoption d'une réglementation plus sévère. Ils ont eu la volonté d'étendre leurs règles au niveau international ce qui a donné naissance à deux opinions totalement opposées, mais qui finalement sont complémentaires :

- La première estime que les Etats-Unis, ressentant un sentiment d'injustice face à des concurrents n'appliquant pas les mêmes règles, se devaient d'étendre les pratiques anticorruption au niveau international.
- La seconde est plus polémique, elle considère que les entreprises américaines ont pendant vingt ans pu mettre en place des alternatives discrètes et sophistiquées pour contourner les règles issues du FCPA. Cette idée est exposée entre autres par Anne-José Fulgeras, qui écrit que l'objectif économique, « *aussi transparent qu'inavouable, se fondait sur un alibi moral. Et quand la convention fut signée en 1997, les Américains, qui avaient eu tout le temps de s'adapter aux interdits qu'elle prononçait, se trouvaient en bonne position pour que ce ne soit pas une entrave à leur conquête des marchés mondiaux*¹¹² ».

Ensuite, et selon le même principe, se sont développées des pratiques de contournement de la Convention OCDE par de nombreuses sociétés¹¹³. Plusieurs exemples de ces pratiques peuvent être citées :

- utilisation de sociétés filiales écran (objet d'un développement dans le présent rapport) établies ou non dans les paradis fiscaux ;
- utilisation de « trusts », de plates-formes financières offshore, de fournisseurs étrangers ou de banques par qui sont versées les commissions ;
- recours aux cautionnements, comptes d'assurance, associations, ONG, fondations, etc.

Ces pratiques ne doivent pas faire oublier les systèmes qui ont été mis en place constituant une protection efficace respectant la morale et les prescriptions nationales et internationales : charte anticorruption, codes de conduite, normes internes, procédures de contrôle, etc.

Il y a donc eu une prise en compte du risque, dans le cadre de l'intelligence économique, par l'instauration d'une stratégie de mise en conformité ayant comme double objectif de prévenir les actes délictueux en interne et de protéger l'image et la réputation de l'entreprise en externe. Il s'agit d'afficher le souci de respect des règles. Cependant, certaines entreprises n'hésitent pas à « externaliser » les pratiques suspectes, douteuses ou frauduleuses.

112 Anne-José Fulgeras, directeur principal Ernst & Young, *Affaires à suivre*, Albin Michel, 2002.

113 Cf. Rapport annuel 2001 du SCPC, p. 55 et suivantes.

2.2. Transcription de la Convention OCDE dans le droit français

Cette convention de 1997, signée par l'ensemble des membres de l'OCDE, mais également par des pays tiers (Argentine, Brésil, Bulgarie, Chili, Slovaquie), a été transposée dans le droit pénal français par une loi du 30 juin 2000 et une ordonnance du 19 septembre 2000 créant les articles 435-3 et 435-4 du Code pénal (voir fiche pratique dans le présent rapport).

Le point principal de cette convention est l'obligation pour les Etats signataires de transcrire dans leur législation pénale interne la répression des actes de corruption des agents publics étrangers avec la même sévérité que pour la corruption d'agents publics nationaux.

La particularité de la transcription française réside dans le fait que le législateur a également pris en compte la corruption passive, alors que seule la corruption active était mentionnée dans la convention.

Plusieurs spécificités existent dans les articles 435-3 et 435-4 du Code pénal. Tout d'abord, la qualité de la personne corrompue est étendue, car la notion d'« agent public » inclut, outre les fonctionnaires, les élus politiques et les magistrats. Ensuite, le champ d'application est plus limité pour les agents situés en dehors de l'Union européenne puisque, les faits doivent être commis « *en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu du commerce international* ».

En France, les poursuites pour des faits de corruption concernant des agents publics étrangers ne peuvent être déclenchées que par le ministère public. En effet, en application des principes de la procédure pénale française, les poursuites ne peuvent être engagées que par le ministère public lorsque le délit ne peut être rattaché au territoire national par un élément matériel. Ce qui constitue une exception à la règle selon laquelle les poursuites peuvent être engagées par une partie y ayant intérêt.

En France, des dépôts de plainte avec constitution de partie civile sont parfois utilisés par de grands groupes, en vue de déstabiliser des concurrents. En calquant les règles applicables aux délits extraterritoriaux sur le délit de corruption d'agents publics étrangers, le législateur a voulu éviter la possibilité d'engagement de poursuites sur constitution de partie civile ne reflétant en fait qu'une volonté de déstabilisation de la concurrence dans le domaine des contrats internationaux.

Cependant, une faille persiste ; elle concerne l'usage d'une autre incrimination, par exemple l'abus de biens sociaux, dont on relève qu'il est souvent utilisé. En effet, la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation estime que tout agissement d'une société contrevenant à l'ordre public est contraire à son intérêt social, et peut donc être poursuivi dans le cadre de l'abus de biens sociaux. En application de cette jurisprudence, un

actionnaire d'une société (mise en cause dans une affaire de corruption) pourrait tenter une action sur le fondement des articles 241-3-4 et 4 (pour les SARL) et 242-6-3 et 4 (pour les SA) du Code de commerce par voie de dépôt de plainte avec constitution de partie civile.

La Convention de l'OCDE est donc un élément important qui doit être pris en compte par les entreprises (participant plus particulièrement à des marchés publics internationaux) afin d'éviter la possible mise en cause (réelle ou fictive) de leur honnêteté qui pourrait être un moyen de déstabilisation majeure.

III. - DEUX EXEMPLES D'OUTILS D'INTELLIGENCE ÉCONOMIQUE : LES FONDS D'INVESTISSEMENT ET LES DISPOSITIFS D'ALERTE («WHISTLEBLOWING»)

1. LES FONDS D'INVESTISSEMENT

Le développement des fonds d'investissement, qui défraient souvent la chronique, et pas seulement dans la presse spécialisée, présente un intérêt particulier au regard de l'intelligence économique, dans la mesure où ils peuvent être les vecteurs de véritables pillages technologiques, en étant le bras financier des services de renseignements de certains Etats et non des moindres. En effet, leur activité porte généralement sur des petites et moyennes entreprises (PME) spécialisées dans des domaines particulièrement innovants ou stratégiques (logiciels, analyse linguistique, récupération de données informatiques, sécurité, biotechnologies...). L'Etat s'est d'ailleurs donné récemment les moyens de mieux contrôler les investissements étrangers dans certains domaines stratégiques, malheureusement limités à la sécurité nationale et à l'ordre public.

Une brève étude de ces fonds s'impose pour éclairer le profane avant d'approfondir les conséquences possibles au regard de l'intelligence économique.

1.1. Une brève description des fonds d'investissement

Il s'agit, de façon simplifiée, de la mise en commun de placements, destinée à recueillir l'épargne d'investisseurs divers, depuis le particulier disposant toutefois d'une mise de départ nécessairement importante, jusqu'au professionnel et à l'institutionnel.

Les points principaux qui méritent d'être retenus sont constitués par :

- le caractère d'agent économique des investisseurs ;
- la mise en commun ponctuelle ou plus suivie des placements ;
- la gestion par des professionnels.

Ces fonds peuvent être classés en trois grands groupes.

Les fonds de pension, dont l'activité consiste à collecter et à mutualiser des fonds issus de l'épargne dans le but de servir des prestations dans l'avenir. Ils s'engagent plutôt dans le long terme, et le retrait des fonds est, le plus souvent, prohibé. La gestion est le plus souvent déléguée à des entreprises de gestion.

Les fonds communs de placements (OPCVM en France), qui sont proposés par des banques et des établissements financiers. Il s'agit aussi d'instruments d'épargne collective qui gèrent un portefeuille diversifié de valeurs mobilières ou de titres.

Les *hedge funds* ou fonds spéculatifs ou de performance ou encore d'arbitrage, présentent un caractère plus risqué car ils portent sur des produits qui, pour des mises limitées, permettent d'opérer sur des montants plus importants mais avec un risque plus élevé. Ils agissent quelle que soit l'évolution des indices boursiers. Leur principe d'utilisation est fondé sur l'effet levier¹¹⁴ (argent) et sur l'utilisation des ventes à découvert (titres). Ils interviennent à la hausse comme à la baisse, et les gains sont souvent très faibles au plan unitaire mais restent très performants lorsqu'on mobilise des masses considérables. Le risque le plus fort est celui de la faillite du fonds.

Les gestionnaires identifient les « anomalies » du marché (absence de liquidités ou d'intervenants, légers différentiels de cours) pour en retirer un profit. Les stratégies d'achat et de vente sont réalisées par ordinateur ; elles obéissent parfois à des fonctions mathématiques inspirées notamment de la physique du désordre. Ces stratégies ont des résultats positifs dans la plupart des cas. La moitié des arbitrages rapportent entre 0,1 et 0,2 % sur une dizaine de jours, mais, additionnés, ces profits sont considérables. En fait, la pratique de ces gestionnaires revient à dissocier leurs positions du risque de marché ou de celui des valeurs sur lesquelles ils parient.

Ces fonds portent de nombreuses appellations, ce qui les fait apparaître comme complexes.

Ainsi, on relève, entre autres, les qualifications suivantes :

- les fonds actions, donc investis en actions ;
- les fonds à compartiments, qui comportent plusieurs classes d'actifs ;

¹¹⁴ L'effet levier est le moyen d'accroître de manière importante la valeur ou le rendement d'un investissement sans augmenter la valeur investie.

- les fonds de fonds en valeurs mobilières qui placent leurs actifs dans des parts d'autres fonds en valeurs mobilières ;
- les fonds « parapluie », qui regroupent des « sous-fonds » qui disposent chacun de leur propre stratégie de fonctionnement, etc.
- les fonds éthiques ou de partage qui investissent dans des secteurs plutôt humanitaires. Ces fonds sont devenus des acteurs importants de l'économie. C'est aux Etats-Unis qu'ils se sont développés le plus rapidement et où ils sont le plus facilement accessibles.

Ces fonds sont très critiqués pour leur activité réelle ou supposée. La généralisation de l'effet levier et les risques de constitution d'une bulle, qui pourrait être limitée par des paris erronés et par le constat d'une baisse relative des performances, la durée de vie assez courte de la plupart des fonds (entre un et trois ans), la modification des clients, peut-être moins tentés par le risque, font que les aspérités se lissent d'elles-mêmes.

Par contre, ils peuvent être le lieu de montages frauduleux et de blanchiment :

- La fraude s'y développe aisément. Le montage consiste à l'occasion d'innombrables opérations à détourner sur les comptes des dirigeants des gains ou des sommes qui auraient dû rester affectés aux comptes de leurs propriétaires. On note qu'en France les virements de ce type constatés, au crédit du compte personnel d'un gestionnaire d'un fonds, doivent faire l'objet d'une déclaration de soupçon.

Quelques montages techniques afférents à la gestion des fonds mutuels ont été découverts aux Etats-Unis. Ils ont été cités dans le rapport 2003 du SCPC. Nous en reprendrons ici les grandes lignes :

- Les montages frauduleux liés aux pratiques du *late-trading*. Ce montage ne présente pas d'innovation particulière ; il a été très largement utilisé dans les courses lorsque le grand banditisme pariait avec un système informatique adapté après l'arrivée des courses. En l'espèce, les sociétés de gestion auraient autorisé ou n'auraient pas contrôlé les traders qui auraient validé les opérations litigieuses. Certains clients, les plus importants évidemment, ont été autorisés à passer des ordres à la valeur liquidative, mais après la clôture des marchés.
- Une autre pratique, dans le même schéma opérationnel, consiste pour les traders, à détourner au bénéfice de certains clients ou pour leur propre compte ou pour celui de leurs proches, des plus-values réalisées à l'occasion de placements effectués avec les fonds de clients. Ces montages sont plus aisément réalisables à l'occasion d'opérations de gré à gré, donc sans contrôle intermédiaire ou dans des périodes où les cours des actions travaillées varient beaucoup à la hausse ou à la baisse. Ainsi, le corrompu ou le fraudeur pourra manipuler les ordres ou donner les explications inverses à la réalité dès lors que le contrôle interne est absent.

- La troisième possibilité consiste à faire monter, mais avec des complicités, par des achats importants, les cours de manière purement factice et à en tirer un bénéfice lors de la revente (système dit de la « bouilloire »). Certains forums Internet se sont fait une spécialité de ce type de manipulation.
- La quatrième possibilité affecte la pratique de l'« écrêtage » qui consiste à multiplier les achats et les ventes pour augmenter les commissions liées aux opérations. Cette pratique n'est pas illégale, mais le devient lorsque celles-ci sont effectuées sur des produits sophistiqués, sur lesquels les clients n'ont pas de lisibilité et que des commissions sont facturées, à plus forte raison si elles portent sur des opérations qui n'ont pas eu lieu. Ce montage peut devenir franchement frauduleux s'il est prouvé que certains intervenants disposent d'informations privilégiées lorsqu'ils engagent ces opérations.
 - Quant au blanchiment¹¹⁵, le risque est aussi relativement présent ; il touche essentiellement les opérations organisées dans les paradis fiscaux dans lesquels sont situés les *hedgesfunds* non contrôlés. Par ce biais, des sommes importantes entrent dans le secteur économique en utilisant en cascade ces outils d'investissements collectifs.

En fait, il est possible de créer un fonds dans un paradis fiscal entre quelques personnes qui sont susceptibles d'utiliser les facilités de camouflage ainsi mises à leur disposition, dès l'instant où les instigateurs disposent des fonds qui leur permettent d'apporter les sommes demandées. La mise exigée pour entrer dans le groupe peut être considérable, mais les blanchisseurs ont rarement des problèmes de trésorerie.

Une fois le fonds constitué, sans formalités particulières donc, il suffit de déléguer un gestionnaire, qui peut alors, au travers d'opérations diverses, entrer dans le circuit et intégrer des groupes, au gré des opérations engagées qui présentent toutes les garanties de légitimité nécessaires.

1.2. Les conséquences au regard de l'intelligence économique

Les traitements de masse, par ordinateurs et contrôles interposés, ont entraîné rapidement l'utilisation des fonds d'investissement comme outils d'intelligence. Le capital investissement est devenu en effet une priorité stratégique. En effet, les fonds ayant pour but de prendre des participations dans des structures diverses, autant les utiliser pour pénétrer les entreprises qui présentent un intérêt au regard de l'intelligence économique.

Les PME sont à l'évidence plus inventives que les grandes entreprises, mais elles sont plus vulnérables car elles ne disposent pas des services

¹¹⁵ Les sociétés de gestion ont l'obligation de connaître leurs clients et de comprendre les opérations pour lesquelles elles sont sollicitées ; de plus, une vigilance renforcée est exigée pour les opérations dont la valeur est supérieure à 150 000 €

adéquats, notamment en matière d'intelligence économique. La technique d'investissement les concerne alors le plus souvent de la manière suivante :

- l'achat de la majorité des parts ou achat conjoint de celles-ci avec l'ancien dirigeant. Cette opération doit porter sur des entreprises qui présentent des caractéristiques précises, être en bonne santé ou avoir des actifs exceptionnels, en particulier développer des brevets ou disposer d'un savoir-faire qui laisse entrevoir des potentialités importantes. Mais ces entreprises ne doivent pas être cotées, de manière à limiter les surenchères et les OPA, ce qui nécessiterait la fourniture d'une documentation complète à divers partenaires, salariés actionnaires ainsi qu'à l'Autorité des marchés financiers (AMF) ;
- le financement de l'opération est en général réalisé par des emprunts dont l'architecture peut être assez complexe, cette complexité augmentant si on interpose une holding, ce qui permet de compenser les intérêts versés par les dividendes reçus ;
- les travaux juridiques préparatoires, très onéreux, sont en général réalisés par des cabinets-conseils et peuvent être facturés entre structures situées dans des pays à fiscalité privilégiée. Cela peut avoir une incidence en matière de TVA ; la société locale déduit la TVA afférente aux prestations, par contre les prestataires installés dans des pays à fiscalité privilégiée ne sont pas tenus de la payer au même taux, alors que la prestation a bien eu lieu dans le pays à taux de TVA plus élevé ;
- l'association avec les dirigeants (pacte d'actionnaires) est le plus souvent rattachée à une clause de défaillance, ce qui permet, lorsque les conditions ne sont pas atteintes, de « rafler la mise ». Les litiges sont alors traités par voie d'arbitrage par des juristes professionnels, ce qui limite les recours et permet de ne pas ouvrir les débats, rendant ainsi la décision définitive¹¹⁶. Pour ce qui est de la corruption, la procédure d'arbitrage porte en elle un risque important de conflit d'intérêts. En effet, il est essentiel de s'assurer que les arbitres ne sont pas liés à l'une ou à l'autre des structures.

En fait tout le risque d'une telle opération tient dans la rédaction du contrat et dans les termes qui y figurent.

2. LES DISPOSITIFS D'ALERTE («WHISTLEBLOWING »)

Dans son rapport 2003, le SCPC a déjà eu l'occasion de s'exprimer sur les dispositifs d'alerte dans les entreprises, plus connus sous le nom

¹¹⁶ Cette technique est très utilisée par les blanchisseurs. A partir de faux litiges, les transferts de fonds sont rendus très fluides et indiscutables.

de *whistleblowing*, ce qui atteste leur origine anglo-saxonne, et plus particulièrement américaine.

Sans reprendre les termes de ce rapport, auquel il convient de se référer, on rappellera qu'il s'agit d'un dispositif antifraude reposant pour une large part sur la dénonciation. Cette dernière est réalisée par un salarié qui peut saisir, directement et de façon confidentielle, un responsable de l'organisation afin de révéler le phénomène de fraude et déjà l'attention était attirée sur le fait « *qu'un tel processus peut répondre au souci du respect de la loi ou de l'éthique professionnelle, mais qu'il peut constituer aussi le support de l'arrière-pensée de négociier, de discréditer, de nuire, de manipuler qui peut être le cadre d'une opération d'intelligence économique dévoyée* ».

Il convient, tout d'abord, de relever que cette procédure, qui n'est pas nouvelle¹¹⁷, n'a, à notre connaissance, jamais eu d'incidence significative sur les problèmes de fraude. Déjà utilisé depuis fort longtemps dans le domaine de la corruption, le dispositif d'alerte qui existait dans les entreprises n'a, sauf erreur de notre part, eu aucun effet sur les fraudes constatées aux Etats-Unis au cours des années 2000 et suivantes, pas plus que sur les montages plus récents qui ont affecté plusieurs entreprises européennes. La découverte des fraudes a toujours été le fait d'acteurs extérieurs.

Cela n'a rien d'étonnant car ceux qui seraient susceptibles de dénoncer les montages frauduleux ne disposent généralement que d'une vision parcellaire de la situation. Or les montages nécessitent l'utilisation de nombreux documents justificatifs ou fichiers, situés dans des secteurs de traitement compartimentés (gestion commerciale, comptabilité analytique, comptabilité générale...). Il est donc indispensable de disposer d'une vision globale pour identifier un risque avant de déclencher une alerte.

L'intérêt de l'alerte se situe dans la possibilité pour un partenaire, pour un salarié ou pour un tiers, de dénoncer une situation que ce dernier considère comme porteuse d'un risque de fraude ou de corruption. Elle permet donc de passer au-dessus des blocages locaux et des limitations internes. Il s'agit d'un montage en contournement, mais très vite les limites semblent devoir être atteintes.

Que la dénonciation soit malveillante ou qu'elle repose sur une erreur d'appréciation, elle peut être un outil redoutable de déstabilisation pour

117 L'une des procédures les plus pratiquées est l'organisation d'une réunion de « débriefing », réalisée dans le cadre des achats ou des ventes au moment où les principaux contrats sont finalisés. Cette réunion peut regrouper l'ensemble des fournisseurs importants non retenus à l'appel d'offres ou se dérouler fournisseur par fournisseur, la personne chargée de cette activité recherchant ce qui s'est « mal » passé dans l'appel d'offres et recueillant les informations qui sont susceptibles de valider ou d'invalider les procédures en place. Le but visé est de créer un flux d'informations montantes permettant de disposer du point de vue, souvent critique, des clients et des fournisseurs sur l'application des procédures mises en place.

l'entreprise. Dans un article paru en 2003 dans la revue *Audit*¹¹⁸, une analyse des risques présentés par les dispositifs d'alerte est présentée.

Ceux-ci peuvent d'abord avoir trait à l'image de l'entreprise, surtout lorsqu'elle veut avoir un « affichage éthique ». Une dénonciation malveillante l'engage dans un processus dont elle se sortira difficilement, le rectificatif en matière de communication étant généralement inopérant ou ne faisant qu'aggraver le mal. En termes de concurrence, l'image fausement donnée d'un collaborateur de l'entreprise l'éliminera définitivement du circuit pour laisser la voie libre au manipulateur.

Cette méthode, autrement appelée « enfumage », peut être utilisée à l'intérieur d'un même groupe. Ce sera le cas de l'attention portée sur une filiale ou un service non affecté par des montages frauduleux. Pendant qu'ils focaliseront l'intérêt des contrôleurs, les fraudeurs pourront poursuivre leurs opérations dans une relative quiétude.

Cet outil peut aussi être utilisé pour se séparer de dirigeants ou de salariés (par exemple, dans le cadre d'une politique de rotation du personnel). C'est alors la direction qui est, elle-même, actrice de la manipulation.

Des mesures doivent donc être prises pour identifier le risque et prendre des dispositions d'organisation adaptées :

Etat des lieux et ciblage des risques

Connaître les indicateurs de risque donne un avantage évident pour mettre en place une option défensive :

- Pour la manipulation externe, le repérage d'indicateurs de manipulations s'effectue à partir de la mise en cohérence d'éléments apparemment étrangers. Ainsi, s'il est constaté un flux de dénonciations ciblées, quasi professionnelles, dans une période proche d'un événement important, il ne faudra pas omettre de faire le lien entre les deux observations et aviser la direction afin de prendre les mesures propres à contrer ce qui paraît relever d'une manipulation extérieure.
- Pour la compétition dans le déroulement des carrières il en va de même si, dans les périodes proches des évaluations du personnel, on relève la présence de dénonciations dont les caractéristiques démontrent que le dénonciateur appartient à l'organisation et que les cibles sont en concurrence. On peut alors envisager qu'il y a risque de manipulation.
- Pour favoriser le licenciement de salariés devenus indésirables l'identification des indicateurs est plus délicate. Toutefois, pour un connaisseur de la structure qui ne serait pas dans la confiance, il

¹¹⁸ *Audit*, n° 167, décembre 2003.

existe quelques signes qui ne trompent pas, comme la cohérence des critiques, une sorte de provocation ou même un harcèlement dont le point d'orgue est la dénonciation.

- La mise en service d'une ligne d'alerte qui n'est jamais suivie d'effet significatif, alors même que les procédures sont discutables ou non respectées, est un indicateur suffisant pour laisser penser que la mise en place est factice et que l'affichage éthique est un leurre.

L'étude des risques ne doit pas faire oublier l'organisation de la structure.

Programme d'organisation d'une structure de ce type

Il s'agit là d'une étape qui consiste à organiser un service *ad hoc*, à structurer les mécanismes de contrôle et d'audit et à mettre en place une remontée d'informations vers la direction générale.

Il est nécessaire, et c'est sans doute un élément majeur, de disposer d'un profil du responsable du service. Cette personne, quelle que soit son appartenance, doit pouvoir agir de manière indépendante. Elle doit connaître les activités de la société, disposer de connaissances juridiques générales et être avertie des pratiques de fraude. Elle doit aussi avoir un sens aigu de la communication, disposer d'un fond de diplomatie et savoir qu'elle fera l'objet de pressions très fortes, qu'elles soient directes ou indirectes.

Le responsable de ce service *ad hoc* devra être entouré de personnels compétents (juristes, techniciens et autres) qui pourront valider la qualité de l'information et structurer la mise en place de l'audit de fraude qui va suivre les dénonciations. Ce service doit disposer d'un financement adéquat et certain.

La méthodologie d'organisation du contrôle d'une structure de ce type telle qu'elle a été décrite par Hernan Murdock se décompose¹¹⁹ en dix parties :

- revoir le protocole du programme, en s'assurant qu'il est efficace et matériellement utilisable ;
- examiner le fichier de dénonciations, analyser les raisons pour lesquelles certaines investigations ne sont pas effectuées et s'assurer de la protection des personnes qui ont utilisé la ligne ;
- revoir la composition et le rôle effectif des personnes chargées de gérer le programme ;
- vérifier la réelle autonomie de celui-ci ;
- vérifier la qualité des rapports ;

119 Cf. Hernan Murdock, « Early warning System » in *Internal Auditor*, août 2003.

CHAPITRE II

- vérifier la cohérence du budget affecté au programme ;
- revoir les instructions distribuées aux employés et le code d'éthique ;
- vérifier l'accès aux programmes ;
- contrôler la qualification des personnes chargées du problème ;
- s'assurer que les employés connaissent l'existence de la structure et qu'ils peuvent y accéder sans difficulté.

Ainsi, il apparaît que le Sarbanes Oxley Act a nécessité la mise en place généralisée d'un type d'organisation qui n'était utilisé jusqu'ici que dans le domaine de la corruption et qu'il nécessite une importante analyse préalable. On constate donc que les risques liés à une structure de ce type résident essentiellement dans le détournement de la procédure. Ce qui ne manque pas d'être inquiétant devant leur multiplication, qui paraît relever d'un effet de mode. Celui-ci est d'autant plus dangereux si la fraude n'est pas traitée de façon professionnelle en amont.

Autrefois la dénonciation et la protection des témoins étaient des procédés réservés à la lutte contre le grand banditisme et le crime organisé. Aujourd'hui, on le généralise à l'activité commerciale, faisant peser sur elle une suspicion qui paraît trop systématique.

CHAPITRE III

**Les sociétés écran :
l'utilisation dévoyée
de la personnalité morale**

Dans le cadre de la lutte contre la corruption et la criminalité organisée transnationale, les dispositifs frauduleux en matière de droit des sociétés font l'objet d'une attention particulière des pouvoirs publics et des experts internationaux.

Un rapport de l'OCDE consacré à l'utilisation malveillante de montages juridiques appelés aussi « véhicules juridiques », tels que les sociétés de capitaux, les fiducies (trusts), les fondations et les sociétés de personnes à régime de responsabilité limitée, a été publié en mai 2000.

A cet égard, les différentes dérives dans ce domaine nous amènent à une analyse des sociétés écran qui peuvent, dans certaines circonstances, être utilisées à des fins illicites, en permettant notamment le blanchiment d'argent, la corruption, la dissimulation d'actifs au profit des créanciers, des pratiques fiscales illicites et la soustraction ou le détournement de biens.

Après avoir fait le point sur le droit des sociétés en France (I) et sur la notion de société de fait (II), la complexité du concept de société écran (III) est mise en évidence par des exemples de montages frauduleux (IV).

I. - LA SOCIÉTÉ DANS LE DROIT FRANÇAIS

En droit français, le terme « société » a deux sens :

- d'une part, il désigne le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun quelque chose en vue de se partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ; c'est l'acte constitutif de la société ;
- d'autre part, il désigne la personne juridique, dite personne morale, à laquelle est affectée la chose mise en commun, et qui est investie de la capacité juridique d'agir au nom et dans l'intérêt de la collectivité.

Dans le langage des affaires, le terme de société vise essentiellement la personne morale, tandis que l'acte de constitution est appelé « contrat de société » ou « statuts ».

Le contrat de société

Ainsi, aux termes de l'article 1832 du Code civil, la société est un groupement de personnes poursuivant un but lucratif; cependant, il est possible à une personne seule de constituer sa propre société. Cette exception date notamment de la loi du 11 juillet 1985 qui a introduit en droit français l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, qui est une société fonctionnant avec un seul associé. Mais les sociétés, dans leur immense majorité, sont pluripersonnelles ; leur création implique alors la conclusion d'un contrat.

Conformément au droit commun des obligations, chaque contractant doit donner un consentement libre et éclairé : en effet, le consentement peut être vicié et le contrat annulé soit pour erreur, soit pour dol, qui implique alors des manœuvres frauduleuses, voire le silence mensonger.

Par ailleurs, les contractants doivent avoir la capacité à souscrire des obligations ; la capacité requise des associés est ainsi modelée par le type de société (être majeur, avoir la qualité de commerçant, etc.).

S'agissant des étrangers, ils ne peuvent être associés d'une société exigeant la capacité commerciale que s'ils sont titulaires de la carte de commerçant.

Enfin, le contrat de société implique *l'affectio societatis* : bien que sa définition et son rôle ne figurent pas dans la définition de la société donnée à l'article 1832 du Code civil, la tradition en fait une composante du contrat de société. Elle exprime alors la volonté de collaborer ensemble, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune ; son intensité varie selon le type de société et son rôle est primordial en cas de crise grave.

La personnalité morale

La personne morale n'est pas un individu, c'est un être artificiel. A la vérité, la terminologie se comprend aisément : qui dit personnalité morale, dit patrimoine distinct ; or seules les personnes peuvent être titulaires d'un patrimoine, et puisque cette personne est pur esprit, elle est qualifiée de morale et non de physique.

La référence à la personnalité morale invite à opérer une distinction entre les différents types de sociétés, et ce selon deux points de vue différents :

- une distinction au sein des sociétés à vocation générale selon qu'elles sont ou non dotées de la personnalité morale ;
- une distinction entre les deux grandes familles de sociétés (les sociétés de personnes d'une part et les sociétés de capitaux d'autre part) selon qu'elles sont ou non fondées sur la personnalité des associés.

1. LES DIFFÉRENTS TYPES DE SOCIÉTÉS

1.1. Les sociétés à vocation générale

1.1.1. Les sociétés dotées de la personnalité morale

Elles comprennent, d'une part, les sociétés civiles (régies par les articles 1845 et suivants du Code civil) qui ne peuvent effectuer que des

opérations civiles; les associés sont personnellement et indéfiniment responsables des dettes sociales proportionnellement à leurs apports, d'autre part, les sociétés commerciales, à savoir les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée (SARL), les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée (EURL) et les sociétés par actions (SA et SAS).

7.7.2. Les sociétés sans personnalité morale

Ce sont, d'une part, les sociétés en participation (celles que les associés ont convenu de ne pas immatriculer et de ne pas soumettre à publicité) et, d'autre part, les sociétés créées de fait (celles qu'engendre le comportement de certaines personnes qui apparaissent comme de véritables associés).

1.2. Les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux

On qualifie de sociétés de personnes, les sociétés dans lesquelles les associés se regroupent en considération de leur personnalité (*intuitu personae*). Dans ces sociétés, les associés doivent agréer tout nouvel associé et décider si un événement affectant la personne de l'un des deux (décès par exemple) s'oppose ou non à ce que la société continue son activité. Ces caractéristiques ne sont pleinement consacrées que dans les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple.

Les sociétés de capitaux (sociétés par actions) sont des sociétés dont le régime n'est pas fondé sur la personnalité des associés. Ceux-ci ne se connaissent généralement pas et peuvent, sauf dérogation, céder librement leurs actions.

Entre ces deux types de sociétés se trouvent les sociétés à responsabilité limitée dont les traits caractéristiques sont empruntés tantôt aux sociétés de personnes, tantôt aux sociétés de capitaux.

Les contractants désireux de poursuivre une activité à caractère industriel, commercial ou financier sont tenus, dans les statuts, de choisir la forme sociale la mieux adaptée à leur projet, et ce en fonction de différents paramètres (souplesse de la structure, stabilité offerte au dirigeant, protection des associés contre les tiers...). Toutefois, le choix de la forme sociale n'est pas le seul élément important figurant dans les statuts : beaucoup d'autres dispositions sont fondamentales.

2. LES PRINCIPALES DISPOSITIONS STATUTAIRES

Selon l'article 1835 du Code civil, les statuts, établis par écrit, déterminent le montant du capital social, l'objet social, le nom, le siège social et la durée de la société.

2.1. Le montant du capital social

Le capital social, qui est la valeur d'origine des éléments mis à la disposition de l'entreprise par les associés sous forme d'apports en espèces ou en nature, comptabilise donc les apports effectués à la société soit lors de sa constitution, soit en cours de vie sociale. Sont exclus les apports en industrie (activité, relation professionnelle, expérience mise à la disposition de la société) car leur valeur indéterminée et leur caractère de biens non saisissables ne permettent pas de les faire figurer au bilan.

Le capital est divisé, selon le type de sociétés, en parts ou en actions réparties généralement en proportion des apports, et déterminent les droits des associés sur l'actif net et les bénéfices.

Dans les sociétés où les associés ne garantissent pas personnellement, par la loi, le paiement des dettes sociales, l'existence d'un capital social est considérée comme un des seuls moyens de garantir les tiers contre une insuffisance d'actif social. C'est pourquoi le législateur exige des sociétés un capital minimum (exemples des sociétés par actions, des sociétés à responsabilité limitée).

2.2. L'objet de la société

C'est l'activité à laquelle la société entend se consacrer, l'ensemble des opérations économiques en vue desquelles elle a été créée. Cet objet doit nécessairement figurer dans les statuts et se décline comme :

- l'objet légal (ou statutaire). Les sociétés ont un objet légal qui résulte de l'article 1832 du Code civil et qui est de faire des bénéfices ou de réaliser des économies. Il n'est donc pas possible de créer de sociétés à but désintéressé, car il s'agirait d'une association dont les règles de constitution et de fonctionnement sont tout à fait différentes ;
- l'objet civil ou objet commercial. La loi du 24 juillet 1966 qui régit les sociétés commerciales a repris la règle antérieure selon laquelle le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet (article 1^{er}, alinéa 1), mais elle l'a vidé de sa substance en précisant que « *sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit l'objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions* ».

- l'objet social. Il doit avoir un caractère licite : le consentement des associés doit être donné pour un objet licite. Seraient illicites les sociétés ayant pour objet la contrebande, la fraude fiscale ou l'exploitation non autorisée d'une maison de jeu par exemple. L'illicéité de l'objet entraîne la nullité absolue de la société. Cette nullité est encourue même lorsque l'objet statutaire est licite du moment que l'objet réel de la société est une activité interdite.

L'objet social des sociétés commerciales doit donc être déterminé avec précision et doit être suffisamment étendu, sans toutefois autoriser la société à entreprendre toutes sortes d'activités car les statuts seraient dans cette hypothèse irréguliers.

2.3. Le nom et le siège social

2.3.7. *Le nom*

Pour le public, une société est avant tout un nom : le nom de ses associés responsables indéfiniment si elle est en nom collectif ou en commandite et un nom librement choisi si elle est par actions ou à responsabilité limitée.

Le nom figurant dans les statuts revêt une importance particulière car, à la différence de l'enseigne, qui est le nom d'un simple fonds de commerce ou de la marque qui correspond à un produit, le nom social désigne la société elle-même : quand le gérant ou le président d'une société, sur un contrat, fait précéder sa signature du nom de la société, il agit au nom de celle-ci et non en son nom personnel.

2.3.2. *Le siège social*

Le siège social est le lieu désigné par les statuts où fonctionnent les principaux organes de direction de la société et qui constitue le centre de sa vie juridique. Il est, pour les sociétés l'analogue du domicile des individus. Il est déterminé librement dans les statuts, mais cette désignation n'est valable que si le siège social est réel et constitue effectivement son principal établissement. Si les statuts désignent un autre lieu, celui-ci serait fictif, et les intéressés pourraient demander aux tribunaux de rétablir la réalité des faits, le siège social joue en effet un rôle important :

- Il permet, d'une part, de déterminer la compétence judiciaire. Le tribunal devant lequel la société doit être assignée lorsqu'elle est défenderesse et où tous les actes de procédure doivent être notifiés est le tribunal dans le ressort duquel elle est établie. De même, le tribunal compétent pour prononcer le redressement ou la liquidation judiciaire est également celui dans le ressort duquel le débiteur a le siège social de son entreprise.

- Il permet, d'autre part, de déterminer la nationalité de la société : ainsi les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française. De fait, l'étendue des pouvoirs des dirigeants d'une société est fixée par la loi nationale de cette société c'est-à-dire la loi de son siège réel et sérieux.

2.4. La durée

La durée légale maximale est de quatre-vingt-dix-neuf ans et court à compter de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Toutefois, la plupart des sociétés cessent leur activité avant ce terme, soit que les associés conviennent spontanément de dissoudre la société, soit que la loi les y invite (en cas de perte des 3/4 du capital), soit que le tribunal le leur ordonne.

3. L'IMMATRICULATION

Les sociétés ne bénéficient de la personnalité morale qu'à compter de leur immatriculation.

3.1. Tout d'abord, l'immatriculation est un élément formel

L'immatriculation apparaît comme une véritable procédure. Il résulte en effet du décret n° 84-406 du 30 mai 1984, ainsi que de l'arrêté du 9 février 1988 que l'immatriculation intervient après la production de nombreuses pièces justificatives qui seront jointes à la demande. Le greffier ne pourra procéder à l'immatriculation de la société qu'après sa constitution proprement dite. Il est intéressant de noter qu'aucun délai n'est imposé aux fondateurs aux fins d'immatriculer la société, de sorte qu'il n'existe aucune obligation légale d'immatriculer une société. Seuls les fondateurs désireux de la doter d'une existence propre, de l'autonomie juridique, procéderont à l'immatriculation.

3.2. Place dans la qualification de la personne morale

L'on peut se demander si l'immatriculation trouve sa place dans la classification habituelle des formalités : solennelle, de preuve et de publicité.

La forme est bien requise pour l'existence même de la société en tant que personne morale, même si une société non immatriculée reste une société. Cependant, la qualité d'élément formel de l'immatriculation empêche de la considérer comme une formalité de preuve. De plus, l'immatriculation

ne produit pas seulement l'effet général de la publicité légale qui consiste à rendre un acte ou un fait opposable aux tiers. Elle « est plus et autre chose qu'une simple mesure de publicité ».

On peut discerner au moins cinq étapes dans la constitution des sociétés commerciales :

- la rédaction d'un écrit et enregistrement des actes constitutifs ;
- la publicité des actes constitutifs dans un journal d'annonces légales ;
- le dépôt d'actes au greffe du tribunal de commerce (expédition des statuts, copie des actes de nomination des organes de gestion, d'administration, de direction...);
- l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS) par le biais du centre de formalités des entreprises (CFE) ;
- la publicité au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC)*.

Jusqu'à l'immatriculation, la société n'est pas habilitée à être titulaire des droits et obligations ou à agir par elle-même. A défaut d'immatriculation, les associés fondateurs de la société sont indéfiniment (et solidairement si la société est commerciale) responsables du passif dès lors qu'ils ont constitué entre eux une société de fait.

A compter de l'immatriculation, la société acquiert la personnalité morale : par conséquent, comme toute personne, la société a un nom, un domicile, une nationalité, un patrimoine et est dotée de la capacité nécessaire à la gestion du patrimoine.

II. - REFLEXIONS SUR LES SOCIETES DE FAIT

On appelle société de fait une société qui, faute de rassembler tous les éléments constitutifs de la forme sociale considérée ou d'avoir rempli les formalités exigées par la loi se voit refuser une existence juridique légale normale.

La théorie de la société de fait a été créée par la jurisprudence pour limiter à l'avenir les conséquences de l'annulation de la société. En effet, lorsqu'une société nulle a fonctionné, il a été créé une communauté de patrimoine et une entreprise que l'on ne peut ignorer. Or il est impossible de revenir sur tous les actes effectués et tous les contrats passés au nom de la société.

Toutefois, parmi les sociétés de fait, il en est qui n'ont jamais reçu le moindre début d'expression légale ni accompli d'autres formalités. On

ignore même quelle forme de société les « associés » ont entendu choisir comme cadre juridique de leur entreprise commune : on parle alors de société créée de fait qui, depuis la loi du 4 janvier 1978, est soumise à la réglementation des sociétés en participation.

Il convient donc d'envisager ces deux types de sociétés pour ensuite traiter des conditions d'existence des sociétés de fait.

1. LES SOCIETES PROCHES DES SOCIETES DE FAIT

1.1. Les sociétés créées de fait

En pratique, elles se présentent souvent lorsque deux artisans décident de travailler ensemble ou que deux concubins exploitent, en commun, un fonds de commerce.

C'est presque toujours délibérément que les associés n'accomplissent pas les formalités qui leur permettraient de donner une forme juridique déterminée et la personnalité morale à leur commune entreprise : ils tablent alors sur la théorie de la société de fait, pour qu'en cas de litige on leur applique le droit commun des sociétés.

Par ailleurs, en dehors de l'incertitude qui plane sur le contenu exact des règles sous l'empire desquelles se trouvent placées les relations juridiques des parties, les associés courent de nombreux dangers :

- à tout moment, pour n'importe quel motif, l'un d'entre eux peut demander la liquidation de la société, pourvu que ce soit de bonne foi et non à contretemps ;
- étant tous gérants, ils s'exposent toujours à ce que l'un d'entre eux dilapide les biens sociaux, éventuellement à son profit personnel ;
- étant tous indéfiniment responsables des dettes sociales avec ou sans solidarité, ils s'exposent à se voir réclamer par des tiers l'exécution d'obligations souscrites à leur insu ;
- commerçants lorsque l'activité est commerciale, ils risquent la faillite.

Enfin, il convient de souligner l'importance de la distinction entre les sociétés de fait et les sociétés créées de fait. En effet, la société devenue de fait peut emprunter n'importe quelle forme sociale : société anonyme de fait, SARL de fait... En revanche, la société créée de fait n'a pas de statut et ne saurait donc être traitée que comme une société de droit commun, c'est-à-dire la société en nom collectif s'il s'agit d'une société commerciale, et de société civile dans les autres cas.

1.2. Les sociétés en participation

Ce sont des sociétés que les associés ont convenu de ne pas immatriculer. Elles n'ont donc pas la personnalité morale et ne sont pas soumises à publicité.

Ainsi, la société en participation ne formant pas un être distinct de ses membres ne peut avoir de raison sociale ni de siège social.

N'ayant pas la personnalité morale, elle ne peut avoir de nationalité (la nationalité de chacun des participants est à retenir) ni de patrimoine social : le plus souvent, les associés conservent la propriété de leurs apports et confèrent aux gérants la jouissance des biens apportés. Cette absence de personnalité l'empêche également d'agir en justice ; en contrepartie, aucune action ne peut être dirigée contre elle, seul un participant pouvant être mis en cause.

En outre, la société en participation ne peut être déclarée en état de redressement et liquidation judiciaires. Chaque participant, seul connu des tiers avec lesquels il contracte est éventuellement (et à condition qu'il soit commerçant) l'objet de poursuites.

Enfin, n'étant pas immatriculée, la société en participation n'est pas soumise à publicité ; les modalités de sa constitution et de son fonctionnement ne font pas l'objet d'un dépôt au registre du commerce et des sociétés ni d'une insertion dans un journal.

Ainsi, la société en participation, véritable société qui doit réunir tous les éléments caractéristiques du contrat de société (apports, partage des bénéfices et des pertes, minimum deux associés, *affectio societatis*) est utilisée chaque fois que les intéressés ne veulent pas révéler aux tiers leur association.

Ceux-ci conviennent alors secrètement d'entreprendre en commun une ou plusieurs opérations déterminées et fixent, toujours secrètement, les conditions de leur coopération. Seul le gérant apparaît alors aux yeux des tiers : il agit avec eux, en son nom et pour son compte personnel, sans révéler aux tiers l'accord d'association l'unissant à ses associés ; on parle de société occulte.

Toutefois, la société en participation peut être ostensible c'est-à-dire révélée aux tiers dès lors que les associés agissent en tant que tels à leur égard, mais sans avoir fait immatriculer leur société.

Ce type de société est également utile lorsque les associés souhaitent bénéficier de la simplicité et de la souplesse de relations uniquement contractuelles. L'existence d'un patrimoine social n'est guère justifiée lorsque les associés réalisent des opérations ponctuelles de courte durée.

2. LES CONDITIONS D'EXISTENCE DES SOCIÉTÉS DE FAIT

La société de fait suppose la réunion de trois éléments : les éléments d'un contrat de société, une société nulle juridiquement et un commencement de vie sociale.

1.1. Les éléments du contrat de société

1.1.1. Les apports

L'apport, premier élément du contrat de société, doit exister pour qu'il y ait société de fait. Il peut s'agir d'apports en nature, en numéraire, en industrie, qui peuvent être effectués à n'importe quel moment de l'existence de la société de fait.

7.7.2. La réalisation et le partage des bénéfices

Un groupement qui n'est pas constitué en vue de réaliser des bénéfices ne saurait constituer une société de fait. Depuis la réforme de 1978, la recherche d'une économie dont profitent les associés permet de caractériser la société.

7.7.3. L'« affectio societatis »

La société de fait suppose l'existence de *l'affectio societatis*, c'est-à-dire d'une volonté de créer une société. Ainsi, l'acquisition en commun d'un fonds de commerce ne suffit pas à créer une société de fait entre les deux coacquéreurs dès lors qu'on ne relève entre eux aucune volonté nettement exprimée de participer aux bénéfices et aux pertes de l'exploitation dudit fonds de commerce.

1.2. La nullité de la société existante

Imaginée pour remédier à la rétroactivité de la nullité de la société, la théorie des sociétés de fait ne s'applique qu'aux sociétés nulles, quelle que soit la nature ou la cause de la nullité.

Exemple : nullité absolue pour illicéité de l'objet social, nullité relative pour incapacité du mineur à devenir associé.

1.3. Un commencement de vie sociale

Pour qu'il y ait société de fait, il faut qu'une entreprise commune ait existé, la société de fait étant, en somme, ce qui existe juridiquement

lorsqu'une entreprise sociétaire n'a pas reçu une forme sociale valable.

Cette activité sociale, si réduite soit-elle, doit créer aux yeux des tiers, l'apparence d'une société qui justifie la construction de la théorie jurisprudentielle. S'il s'agit d'une société devenue de fait mais possédant des statuts, ceux-ci devront être respectés par les associés car ils constituent au moins une convention qui les lie. Si elle n'a pas de statuts, on se réfère aux conventions des parties.

S'agissant de sa liquidation, les tiers peuvent à leur choix tenir la société pour valable dans le passé ou l'annuler rétroactivement. Cette faculté s'applique quelle que soit la société considérée et quelle que soit la cause de la nullité invoquée. Toutefois, tous les créanciers doivent prendre le même parti ; à défaut, on décide que la préférence sera donnée à celui qui invoque la nullité rétroactive.

III.- LA SOCIETE ECRAN, RECHERCHE D'UNE DÉFINITION

Que ce soit dans les textes législatifs, au travers de décisions de jurisprudence ou dans des articles de doctrine, il est difficile de trouver une définition de la société écran¹²⁰.

Si l'on tente de définir la « société écran », on peut se référer à une notion fondamentale qui est celle de la personnalité morale. Cela permet de définir la société écran « *comme une mise en œuvre de la personnalité morale non conforme à sa nature juridique* »¹²¹.

La question de la nature juridique de l'immatriculation est essentielle à la définition de la société écran parce qu'elle est déterminante de la qualification même de la personne morale. Ce qui permet de dire que si l'on parvient à immatriculer une entité qui ne répond pas à la qualification de société, on est face à une société écran.

La théorie de la société écran repose sur un double fondement : une antinomie entre les concepts d'apparence et de réalité d'une part, la soumission de la technique de la personnalité morale au principe de finalité d'autre part.

La société écran existe dès lors qu'il est possible de constater une utilisation dévoyée de la personnalité morale. Cette perversion consiste à créer une situation apparente non conforme à la réalité juridique et/ou

¹²⁰ Il existe une étude sur le sujet : *La Société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, de Chantal Cutajar, Bibliothèque de droit privé, LGDJ.

¹²¹ Chantal Cutajar, *op. cit.*, p. 105.

à mettre en œuvre la personnalité morale dans un but qu'elle n'est pas destinée à satisfaire.

Il est donc possible de proposer une qualification juridique de la société écran.

Une situation juridique pourra être qualifiée société écran si sont réunis trois éléments : formel, matériel et intentionnel.

1. L'ÉLÉMENT FORMEL

C'est l'immatriculation d'une entité juridique au registre du commerce et des sociétés. La preuve de l'immatriculation est facile à rapporter et un simple extrait K *bis*¹²² permet de l'établir.

2. L'ÉLÉMENT MATÉRIEL

C'est une déconnexion entre l'apparence de la société et la réalité de son comportement au sens large. L'élément matériel existe lorsque l'immatriculation de l'entité a été obtenue alors que les conditions de la qualification même de société ne sont pas réunies ou lorsque l'immatriculation concerne une société réelle mais dont l'utilisation n'est pas conforme au droit.

3. L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL

La constitution ou l'utilisation d'une société écran doit présenter une coloration psychologique particulière. Si le critère de la qualification de société réside dans *l'affectio societatis*, celui de la société écran est contenu dans un concept de négation de *l'affectio societatis*. Il faut une intention particulière, c'est-à-dire que l'auteur doit avoir conscience d'enfreindre les dispositions légales régissant la création et l'utilisation des sociétés personnes morales.

C'est dans cette intention que les juges trouvent les moyens de moduler les effets pervers qu'une conception trop large de la société écran pourrait engendrer.

Si la notion de société écran est utile pour lutter contre les utilisations abusives de la personnalité morale, elle ne doit pas être mise en œuvre pour

122 Extrait K *bis* : document délivré par le greffe du tribunal de commerce, qui regroupe l'ensemble des mentions (à jour au moment de sa délivrance) portées au registre du commerce et des sociétés d'une personne morale (société civile ou commerciale).

faire échec à l'évolution nécessaire des techniques destinées à satisfaire les besoins légitimes des agents économiques.

4. LES TYPES DE SOCIETES ECRAN

Le trust

Le trust est un procédé juridique qui permet au propriétaire d'un bien de transférer des valeurs mobilières ou immobilières, ou les deux, à une autre personne (physique ou morale) qui en a la garde ou la gestion, au bénéfice de tiers.

Le trust est établi par un acte unilatéral et non pas un contrat, on appelle constituant le propriétaire du bien.

Le trusté doit gérer les fonds et les investissements concernés.

Enfin, le bénéficiaire reçoit la « propriété équitable » et doit respecter les obligations prévues par l'acte unilatéral et par la loi.

En dissociant les acteurs (constituant, trusté et bénéficiaire), le trust rend effectif le démembrement du droit de propriété, dont on voit tout l'intérêt qui peut en être tiré dans le cadre de montages liés à la fraude, au blanchiment et à la corruption.

La holding

Cette société ne possède pas d'activité commerciale propre, elle a pour objectif la prise de participations ou la gestion de biens.

Les formes recensées de holding sont les suivantes :

- la holding de contrôle ;
- la holding financière ;
- la holding de participation ;
- la holding de placement ;
- la holding de brevets ou de marques.

On constate que la quasi-totalité des activités financières et commerciales peut être organisée sous forme de holding.

La société offshore

Cette société ne peut être détenue que par des non-résidents.

Ses opérations ne peuvent être effectuées ou dirigées que depuis l'extérieur du territoire de l'immatriculation.

Trois types principaux de sociétés sont identifiés juridiquement:

- *l'offshore trading company* (achat et revente de marchandises) ;
- la banque offshore avec licence complète ou restrictive ;
- *l' offshore finance company*, qui se situe sur le domaine obligataire ou sur celui des eurodevises.

Autres types d'organisations

Les compagnies maritimes

Il s'agit des *shipping centers*. Souvent situées dans des paradis fiscaux, ces compagnies bénéficient d'avantages fiscaux importants, mais aussi d'une main-d'œuvre bon marché sans risque de contrôle étatique.

L' « exempted company »

Elle ne paie pas d'impôt sur les sociétés, ni sur les intérêts réalisés, ni sur le revenu, à l'exception des opérations réalisées sur place.

Les entreprises fiduciaires

Il s'agit d'entités avec ou sans personnalité juridique, composées par une ou plusieurs fiduciaires sous leur propre raison sociale.

L' « Anstalt » (établissement)

Il détient des intérêts financiers (titres, capitaux) et peut contrôler des entreprises étrangères.

Les fondations

Elles sont créées pour distribuer les revenus des biens qui leur sont confiés au bénéfice d'une cause ou de particuliers.

Et toute autre société peut être utilisée comme société écran non pas par sa nature juridique mais par le dévoiement de son fonctionnement.

IV. - FRAUDES, CORRUPTION ET SOCIÉTÉS ÉCRAN : QUELQUES EXEMPLES DE MONTAGES

La société écran est un outil indispensable à l'organisation de montages frauduleux, son utilisation est particulièrement efficace dans les opérations dans lesquelles sont identifiés des actes de corruption. En effet, le

déroulement de l'opération qui présente une finalité corruptrice se divise en quatre phases :

- l'opération de corruption, qui se traduit par un accord sur « la chose et le prix », car nous sommes toujours dans le cadre du consentement illégal ;
- une surfacturation directe ou liée à de la sous-traitance : il s'agit de générer un produit sans justification économique réelle, ce qui permet de payer la corruption sans déséquilibrer l'opération ;
- la mise en place d'une documentation falsifiée, qui permet de justifier la sortie des fonds ou une rentrée de fonds illicites ;
- enfin, l'organisation « en bon père de famille » de la vie du corrompu ; à partir d'un certain niveau de liquidités, les espèces deviennent trop voyantes, justifiant la mise en place d'une société écran.

On constate donc que, quel que soit le lieu, quelle que soit la période, quel que soit le but poursuivi, il est possible de rencontrer une ou plusieurs sociétés écran dans tout montage.

L'analyse des montages les plus connus, les plus simples comme les plus complexes, révèle qu'ils ne sont jamais le fait d'individus isolés. Dans la grande majorité des cas, les systèmes mis en place sont le fruit d'une réflexion menée par des « conseils » qui porte sur la technicité des montages, sur les spécificités catégorielles, mais aussi sur la capacité des services répressifs à les identifier ou pas. Depuis plusieurs années, le SCPC étudie et analyse les opérations servant de base aux fraudes. Bien que les montages présentent des différences notables suivant les pays, les régions dans un même pays et les pratiques utilisées, certaines constantes persistent. Ainsi est-il possible de reconnaître, par la seule analyse de la nature de l'opération, l'organisateur, chaque « technicien » présentant une « signature » très particulière.

1. LES MONTAGES FRAUDULEUX SONT ORGANISÉS ET DIFFUSÉS PAR L'INTERMÉDIAIRE DES CONSEILS¹²³

Dans la grande majorité des cas, les montages frauduleux se matérialisent par des surfacturations directes ou indirectes (par des sociétés écran), par l'édition de fausses factures ou par des forçages comptables¹²⁴ qui vont permettre les sorties d'espèces, but final de l'opération. L'objectif de l'opération peut être variable : paiement de commissions, approvisionnement de la caisse noire, fraude du fisc. Toutefois, à l'exception

¹²³ Cf. l'analyse détaillée, « Le conseil et l'intermédiaire comme vecteurs de montage frauduleux », in rapport SCPC de 1998-1999, p. 9 et suivantes.

¹²⁴ Le forçage comptable est l'opération qui introduit une fausse documentation dans l'environnement comptable.

des cas de carrousel ou d'escroqueries qualifiées de schémas fiscaux abusifs ou *fax shelters*, le volet fiscal ne représente que la conséquence de délits déjà établis et commis dans une finalité autre.

Les schémas fiscaux abusifs¹²⁵ sont le plus souvent constitués par des transactions mises en place par les conseils des entreprises (avocats, banques, assureurs). Ces transactions sont régulières en apparence, mais elles se caractérisent cependant par une infraction à la loi. Dans la plupart des cas, elles nécessitent la présence de structures installées à l'étranger, le paradis fiscal n'étant qu'une opportunité parmi d'autres.

Par ailleurs, les autres types de montages relèvent des délits les plus classiques : l'émission de fausses factures par le délinquant lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers (le fournisseur), le paiement de commissions, etc.

Ces deux types de montages étant facilement identifiables, la mise en place d'une structure écran sera toujours privilégiée par rapport à un montage interne.

Plusieurs avantages sont attachés à l'utilisation de la société écran.

Elle permet de dissimuler les opérations illicites aux yeux de ceux qui ne sont pas rompus aux typologies de contrôle des sociétés écran : la documentation est parfaite et aucun dysfonctionnement ne peut être identifié. A l'inverse, dans les montages internes, l'indicateur privilégié du risque de fraude est constitué par une carence documentaire.

Par ailleurs, la société écran permet de constituer, à moindre coût, une structure limitée dans le temps, qui disparaît une fois les opérations d'encaissement/décaissement effectuées. Elle ne peut donc plus être utilisée comme point d'appui d'un contrôle classique. C'est la protection par le vide.

Il est possible de situer les sociétés écran dans des paradis réglementaires ou fiscaux, ce qui permet de les utiliser plus longtemps car aucun contrôle ne s'y déploie.

Les sociétés écran sont utilisables de manière directe ou indirecte, pour l'organisation qui les a créées. Dans le cadre de montages frauduleux de grande importance, il existe en effet la possibilité de mettre en commun une société écran, qui sert alors à plusieurs structures en même temps.

Dans son rapport 1998-1999, le SCPC a présenté une typologie précise des montages existants (directs, en étoile, sandwiches offshore, enjambeurs).

¹²⁵ Financement de structures en crédit-bail, réseaux électriques loués et amortis, transactions confidentielles.

2. TYPOLOGIE DES MONTAGES MIS EN PLACE POUR MODIFIER LA RÉALITÉ DES COMPTES

2.1. Montages affectant la valeur des produits

Le premier type de montage, celui qui est le plus connu, affecte les valeurs de transfert. Il est organisé de la manière suivante :

Avec l'aide de sociétés écran, les valeurs des produits sont modifiées non en fonction de leur valeur réelle, pour asseoir une comptabilité probante, mais en fonction des desiderata des dirigeants. Ces montages peuvent être organisés pour des raisons fiscales, dans ce cas le but de l'opération est de localiser le produit dans un pays ou dans une structure qui sera peu taxée. D'autres utilisations peuvent être déclinées ; c'est le cas notamment de certains groupes terroristes qui se sont enrichis par ce moyen, en particulier à partir de ventes de miel aux États-Unis.

Exemple « de sandwich offshore » :

Le directeur des achats d'une entreprise a organisé, avec son fournisseur asiatique, une surfacturation notable des produits achetés. Les sommes détournées étaient purement et simplement virées sur un compte personnel en Asie. Le fournisseur, pour sa part, retirait un pourcentage de cette opération car il avait majoré les produits pour son propre compte.

Exemple :

Une entreprise qui vendait du bois et des dérivés, boîtes, cercueils et autres, avait interposé entre la société française et son fournisseur étranger une société écran en Suisse qui facturait tous les achats. Le prix des produits était systématiquement doublé, et l'entrepreneur disposait ainsi d'un « pactole » qui prospérait à l'air pur des Alpes. En contrepartie, son entreprise ne présentant pas de comptes très performants, il n'hésitait pas à demander des subventions pour poursuivre son exploitation.

Les manipulations similaires à la modification de la valeur de transfert peuvent être utilisées pour améliorer les produits ; en effet, la pratique démontre que l'outil peut être utilisé pour majorer les actifs de manière artificielle.

Des opérations de même nature peuvent être utilisées de manière inverse. Dans le cas où on aurait besoin de présenter une comptabilité

solide et que les résultats ne correspondent pas aux attentes, la société écran alimente les comptes de la société en difficulté.

Exemple :

Une entreprise dont le cours risquait de baisser dangereusement à l'occasion d'une proclamation de résultats peu glorieux a imaginé, avec la complicité silencieuse des structures de contrôle, le montage suivant :

O création d'une société cliente fictive au Japon, qui a émis une lettre d'intention, confirmée et présentée au conseil, d'une commande de 56 millions de dollars ;

O création d'une société cliente fictive à Zug, qui était censée acheter une création en exclusivité pour la somme de 60 millions de dollars.

Depuis une situation négative, l'entreprise était retournée à l'équilibre, elle dispose d'un bilan présentable à l'appui duquel une banque a accordé un prêt important. Les sommes reçues à ce titre ont immédiatement été transférées dans un petit pays frontalier où elles ont disparu.

L'analyse des deux présumés clients, si elle avait été effectuée, aurait démontré que la société japonaise n'était inscrite sur aucun registre et qu'elle n'était connue de personne. La société suisse avait été créée la veille, elle était domiciliée chez un avocat et ne disposait même pas de compte bancaire lorsqu'elle a « acheté » la création. Le contrat ferme avait été rédigé sur l'un des ordinateurs de l'entreprise bénéficiaire.

Exemple :

Une entreprise qui avait quelques problèmes de trésorerie obtient un marché public important. Ce marché s'étale sur plusieurs années ; ainsi, la valeur des actions augmente de manière significative puisque le chiffre d'affaires est assuré pendant plusieurs années.

L'un des décideurs publics, qui a œuvré à l'obtention du marché, a fait racheter par une société récemment créée dans un pays voisin, dont la majorité des parts est la propriété de son épouse, un «paquet» d'actions de l'entreprise avant qu'elle ne devienne titulaire du marché. L'épouse les revend immédiatement pour une valeur artificiellement majorée.

L'acheteur est l'une des sociétés filiales (installée à l'étranger) de l'entreprise titulaire.

Dès que les versements ont été effectués, la société créée dans le pays voisin est dissoute : elle n'avait pas effectué une seule opération affectant l'exploitation pendant toute sa courte durée de vie !

La société elle-même peut être utilisée comme objet du transfert, et non plus comme moyen de transférer des fonds. C'est le cas lorsque l'achat d'une entreprise est surfacturé, le détenteur de parts voit leur valeur augmenter sensiblement de manière très officielle. C'est la surfacturation qui constitue le paiement de la corruption. Quelques exemples démontrant le caractère relativement fréquent de ces opérations méritent une explication détaillée.

Exemples :

L'achat d'une société qui détenait un brevet sans existence venait en contrepartie d'un avantage accordé à l'acheteur. Le directeur des achats d'une entreprise a accordé à un client l'obtention d'une exclusivité dans la vente de produits à forte marge en contrepartie d'une commission illégale. Pour encaisser cette commission, le directeur des achats a créé une société écran propriétaire d'un brevet factice mais fortement médiatisé. Le client a racheté le brevet pour une valeur qui correspond au montant de la commission.

Le gérant d'une entreprise de petite taille était un grand joueur de poker. Au cours d'une partie mémorable, le directeur d'une multinationale est devenu son débiteur pour une somme importante. Le perdant, qui ne désirait pas rembourser de ses deniers propres, a fait racheter dans des conditions exceptionnelles l'entreprise du joueur. Il a donc fait payer sa dette par son employeur.

A la suite de l'obtention d'un marché important, une entreprise a rémunéré le décideur qui s'était fort impliqué dans la dévolution du contrat en rachetant une société qui battait de l'aile. Cette société appartenait à l'un des enfants du décideur. Le rachat a été très fortement surfacturé. Les parts ont fait l'objet d'une inscription au bilan, et les sommes ont été rapidement provisionnées puis passées en pertes dans l'entreprise acheteuse.

2.2. Utilisation d'un paradis fiscal

L'installation de sociétés écran dans des paradis fiscaux appelle trois observations.

La raison d'être des paradis fiscaux réside dans le besoin que les utilisateurs de sociétés écran ont de dissimuler des opérations qui ne sont parfois pas avouables. En effet un paradis fiscal ne dispose souvent pas de marché, ni de débouché, ni même de possibilité physique de s'y installer. Il joue lui-même le rôle d'écran. C'est donc par les divers contrôles internes et externes dans les sociétés, dans les pays d'origine, qui les utilisent, que l'on peut envisager de maîtriser les dérives les plus criantes des paradis fiscaux.

La deuxième concerne les sociétés d'affaires internationales, qui semblent n'avoir été créées que pour générer, s'il en était besoin, un moyen supplémentaire de masquer la réalité des donneurs d'ordre.

Enfin, la troisième a trait au secret professionnel attaché aux conseils qui sont situés dans ces paradis fiscaux. Cela pose un problème qui n'est que le corollaire du détournement de la notion de personne morale que nous avons développé précédemment : on utilise ce secret qui est destiné à protéger les droits de la défense, mais qui a été détourné au profit de la défense des délinquants.

En conclusion, on peut avancer sans trop de risques d'être contredits que l'organisation des structures écran dans les paradis fiscaux constitue, à la fois un accélérateur des montages frauduleux et un frein le plus souvent notable à la démonstration de la preuve.

2.3. L'achat d'une société corrompue

A l'occasion d'un marché ou d'un contrat, le décideur impose pour accorder ce contrat l'achat d'une société impliquée dans un mécanisme de corruption. Le corrompu ne dispose pas ou ne veut pas engager des fonds qui lui appartiennent en propre pour liquider de manière amiable l'entreprise, il lie la dévolution du marché au rachat de l'entreprise par le bénéficiaire.

Exemple :

Une société connue pour des agissements douteux concernant des marchés publics est au bord de la liquidation. A cette occasion, des poursuites pourraient bien être engagées à son encontre. Pour tenter d'éviter cela, le conseil propose une opération en quatre points :

- *le rachat de la société, qui permet de rémunérer l'ancien dirigeant et de clôturer les opérations ;*
- *la délocalisation de l'entreprise dans la maison mère ;*
- *le lancement d'une campagne de promotion publicitaire sur un brevet nouvellement acheté à une société sœur, par exemple ;*
- *une injection de fonds pour rétablir la situation nette et la liquidation amiable.*

On voit que le propriétaire a été désintéressé de manière honorable et que la situation est définitivement réglée au regard du risque.

3. UTILISATION DE LA « DYNAMIQUE » D'UN GROUPE DE SOCIÉTÉS POUR FACILITER LES PAIEMENTS DE LA CORRUPTION

Les liens entre sociétés dans un même groupe peuvent faciliter le paiement des montants dus au titre de la corruption et favorisent l'enfumage¹²⁶ des opérations déjà en cours.

Sur un plan plus général, l'utilisation des sociétés filiales passe par la création ou l'utilisation d'une structure dite « pivot », localisée dans un paradis fiscal que l'on qualifie parfois de « propre ». Cette structure gère des sociétés situées dans d'autres paradis fiscaux ou dans des pays moins contrôlables mais sûrs (Asie du Sud-Est, par exemple) et des comptes bancaires. Les bénéfices des transactions effectuées entre sociétés mères et filles sont « logés » dans les sociétés installées dans les paradis fiscaux car il n'y existe aucune taxe sur les profits. Pour la remontée des fonds, le seul problème à résoudre est celui de la légalité des transferts : ceux-ci sont facilités si la société est installée dans un pays qui n'applique aucune restriction aux virements bancaires. Par ailleurs, la distribution des fonds est confiée à un intermédiaire dont c'est la seule fonction. Enfin, les transactions qui permettent d'alimenter les caisses noires concernent des prestations immatérielles telles que l'achat ou la vente d'études à des prix que l'on peut considérer comme normaux, la seule question étant alors de savoir si ces études sont réellement utiles à l'entreprise. Il arrive que l'on fasse acheter la même prestation à toutes les filiales.

¹²⁶ Opération qui consiste à embrouiller les contrôleurs pour limiter leur capacité d'investigation.

Exemple :

Une société multinationale dont l'activité génère d'importants paiements de corruption à certaines « personnes particulièrement exposées », les fameux PPE qui font l'objet d'une note du GAFI en matière de blanchiment, ne désirait cependant pas être mise en contact avec les circuits mafieux.

Son président avait imaginé le système suivant :

- *une filiale créée dans un pays peu regardant dans le domaine des contrôles réalise une étude technique bien faite, mais inutile ;*
- *chacune des filiales du groupe (une centaine) achète l'étude pour une valeur conséquente ;*
- *la filiale bénéficie rapidement d'un pactole exonéré d'impôt et non contrôlé par les instances officielles ;*
- *chaque fois qu'il est nécessaire de retirer des fonds pour verser les rémunérations de la corruption, les sommes sont virées depuis la filiale dans un établissement bancaire, transformées en espèces et « livrées » dans un sac en plastique au bénéficiaire.*

Bien qu'illégal, ce système permettait d'éviter tout contact avec les groupes mafieux.

D'autres montages peuvent être envisagés.

Au sein d'un groupe, le changement de nature des sociétés (modification des structures de SA en SNC ou en commandite, suivant les besoins et les opportunités), l'existence de fusions ou la création de groupements de sociétés pour créer une structure *ad hoc* permettent de fluidifier les échanges financiers frauduleux.

3.1. Les risques affectant divers secteurs

Le secteur de la formation professionnelle

Les risques de dérives par l'utilisation de sociétés écran dans le domaine de la formation professionnelle ont été étudiés dans le rapport 1998-1999 du SCPC.

En général, les sociétés ont un besoin de formation et doivent engager des fonds pour satisfaire ce besoin. On utilise le plus souvent un groupement d'intérêt économique (GIE).

Le GIE est constitué de plusieurs organismes de formation (une dizaine).

Le GIE démarche alors les PME et leur offre des contrats de formation.

Il prend les démarches à sa charge : trouver des postulants aux formations, monter les dossiers et proposer le produit fini aux entreprises.

Il prend à sa charge la formation, notamment l'organisation matérielle. Les relations entre le GIE et l'entreprise sont réduites à leur plus simple expression (présentation d'un dossier, d'une facture et d'un paiement).

Si l'entreprise est « compréhensive et intéressée, bref ouverte », le GIE lui propose un « faux » contrat de formation : le postulant n'existe pas ou ne suit pas de cours et l'entreprise l'utilise à temps plein.

L'intérêt d'un tel montage est évident :

- l'entreprise bénéficie des avantages légaux de ce type de contrat (exonérations de charges sociales, aide financière, remboursement d'heures de cours...);
- enfin elle peut utiliser une personne à coût réduit.

Que va-t-on rencontrer à chacune de ces situations ?

- des dossiers de formation complets et parfaits en la forme ;
- une absence de personnes en stage, (encadrant comme encadrés) ;
- un flux financier correspondant à l'offre virtuelle de formation.

Ces organismes se soucient peu des contrôles réguliers avec avis préalable de visite et analyse des comptes. En effet, le jour de la visite, des « figurants » sont présents et les dossiers, on l'a vu, sont parfaits. Pour être efficace, il faut donc effectuer une visite aléatoire dont le but sera la recherche des fraudes.

En l'espèce, le GIE est utilisé comme une société écran permettant de faciliter le développement des montages frauduleux.

L'escroquerie aux bailleurs de fonds

Dans le cadre d'une action humanitaire, accompagnée d'un plan média judicieusement organisé, se créent des ONG pouvant être qualifiées de « pompe à subventions » dans les pays bailleurs de fonds.

A partir d'une « ONG mère » à dimension européenne se créent des « ONG filles » nationales afin de drainer des dons auprès de bailleurs de fonds classiques.

Pour répondre aux appels d'offres, des programmes d'aide, des cabinets de conseils préparent de manière efficace les dossiers qui répondent parfaitement aux exigences de chacun des bailleurs.

Chacune des subventions obtenues est centralisée au sein de « l'ONG mère », qui peut par la suite les acheminer dans un paradis fiscal ou réglementaire.

La prestation de l'ONG est en général effectuée, mais elle est financée par la contribution d'un seul bailleur.

Ainsi, en cas de contrôle inopiné par l'un des bailleurs, on constate la réalité de la prestation justifiant l'utilisation des fonds accordés par celui-ci. Cependant, la prestation a pu être financée autant de fois qu'il existe de bailleurs. L'ensemble des subventions non investies dans le projet humanitaire peut être détourné de deux manières :

- par virements sur des comptes personnels dans des paradis fiscaux ;
- à travers des structures commerciales liées aux dirigeants des ONG qui surfacturent leurs activités (des marges de 400 % ont été observées).

Organisation de montages liés aux carrousels TVA¹²⁷

Le carrousel TVA est une opération qui consiste à détourner le montant de la TVA grâce à la mise en place de sociétés écran. Cette fraude affecte par exemple l'ensemble des pays de l'Union européenne. Elle met en évidence les failles qui existent entre les différents systèmes de contrôles utilisés dans les pays de l'Union ainsi que les difficultés à mettre en place une coopération internationale en la matière.

Le montage est organisé, principalement, autour de deux mécanismes :

- une déclaration de livraison fictive, les biens, exonérés de TVA, étant en fait vendus frauduleusement sur le marché national ;
- une absence de déclaration de la TVA sur les acquisitions, les biens en cause étant cédés sur le marché parallèle.

Les montages sont organisés autour de la création d'une ou de plusieurs sociétés « éphémères » qui ont pour objet de servir d'intermédiaire et de créer un droit à déduction de la TVA pour les entreprises situées en aval. C'est une opération déficitaire au plan comptable, mais qui demeure rentable pour ses organisateurs, car la TVA réputée avoir été perçue n'est jamais versée à l'administration fiscale concernée.

Ainsi, la fraude à la TVA intracommunautaire de type « carrousel » repose sur l'organisation de deux échanges commerciaux entre deux Etats membres de l'Union, portant sur les mêmes biens, afin que ceux-ci puissent revenir dans leur Etat d'origine à un prix moindre que leur

¹²⁷ Pour plus d'informations sur cette pratique, lire l'article paru dans la revue *Audit* n° 170, juin 2004.

prix de départ. Le bénéfice résultant de la fraude à la TVA explique cette différence.

C'est un mécanisme relativement ancien, dont on fixe l'origine au début des années 1990. Aujourd'hui, il semble que la grande criminalité soit de plus en plus impliquée dans l'organisation des fraudes à la TVA.

Désormais, devant l'ampleur de la répression dans quelques pays de la « vieille Europe », les fraudeurs à la TVA ont, pour l'instant, décidé d'accomplir leurs méfaits dans d'autres pays où les méthodes de contrôle sont moins efficaces.

V. - GESTION D'UN PATRIMOINE A L'ÉTRANGER

Les fonds détournés au titre de la corruption d'affaires, du blanchiment et de tout comportement délictueux doivent, à un moment donné, être utilisés par le bénéficiaire. Cette utilisation est la même, quelle que soit l'origine des fonds détournés. C'est pour cette raison notamment que la corruption a été incluse dans le domaine de la déclaration de soupçon dans le Code monétaire et financier, et que, à terme, la fraude qualifiée de « fiscale » devra y être intégrée.

Les corrompus qui disposent d'espèces à foison ne peuvent, sous peine d'attirer l'attention, consommer plus que de raison. Il est donc nécessaire de mettre en place un « habillage » pour pouvoir jouir de ces ressources qu'il n'est pas possible de montrer au grand jour. Il s'agit d'un mode de gestion de patrimoine occulte, un mode de blanchiment individuel. L'utilisation de ces fonds est en elle-même un « enfumage » car, à chaque instant, il est nécessaire de camoufler la provenance et l'utilisation des fonds, c'est d'ailleurs cette pratique qui rapproche les corrompus institutionnels et les brigands.

Les utilisations personnelles immédiates de fonds, celles qui peuvent être réalisées sans intermédiaire, sont constituées par tout ce qui peut être payé en espèces ou obtenu sans contrepartie, sans qu'une disproportion entre les revenus déclarés et le train de vie puisse être mise en évidence.

Pour tous les autres éléments relatifs au train de vie, il est nécessaire d'utiliser un dispositif qui est en général organisée autour de sociétés écran.

La première des sociétés écran est l'utilisation d'un paradis fiscal proche du lieu de vie. Les modalités d'évaluation du train de vie peuvent faire l'objet d'une analyse par les services de police et de gendarmerie depuis la loi Perben¹²⁸. En effet, jusqu'à cette loi seuls les services fiscaux

¹²⁸ Loi Perben II du 9 mars 2004, n° 2004-204, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

disposaient d'une procédure de contrôle (évaluation de la situation fiscale personnelle).

Les pratiques de blanchiment les plus utilisées s'organisent en général autour de la vie d'un patrimoine. Dans le cadre d'une analyse, il faut prendre en considération divers éléments : l'âge et la nature du patrimoine obtenu illégalement, le niveau de la corruption et la nature des flux qui la nourrissent.

Gestion des biens immobiliers par des sociétés écran

S'il est aisé d'occulter l'origine des flux en numéraire et en titres pour lesquels la dissimulation relève de deux manipulations : la première est la multiplication des achats et des ventes et la rotation rapide des produits de manière à effacer les traces, la seconde est l'utilisation de sociétés écran.

En revanche, le bien immobilier, lui, ne bouge pas, il est saisissable et aisément identifiable. Par exemple, en France, c'est le cadastre qui assure l'état civil des biens. Cet « état civil » est établi à partir de la situation cadastrale des parcelles, les propriétaires étant identifiés lors de chaque cession ou à l'occasion de chacune des successions, ce qui est évidemment moins fréquent. Seule l'utilisation de sociétés écran locales constituées par diverses sociétés et sociétés civiles immobilières (SCI), elles-mêmes détenues par des sociétés écran installées dans des paradis fiscaux, permettent d'échapper à l'identification.

Les achats de biens immobiliers sont alors effectués de manière indirecte. Le montage idéal étant d'interposer une fiduciaire quelconque qui aura, avec les fonds virés depuis les comptes détenus dans des paradis fiscaux et préalablement crédités, acheté l'immeuble concerné.

Ce montage, au demeurant fort connu, présente un degré de sécurité assez important. En fait, comme souvent, il n'est éventé qu'au moment de la succession, l'une des parties s'estimant lésée.

Les contrôleurs confrontés à des montages de ce type ne peuvent identifier en première analyse que l'intermédiaire mandaté pour réaliser cette prestation.

En seconde analyse, l'indicateur majeur du risque de fraude est l'achat par une entité dont on ne peut connaître immédiatement les ayants droit.

Gestion du train de vie par des sociétés écran

La gestion du train de vie par des sociétés écran consiste à faire prendre en charge par de multiples sociétés, l'achat ou la location de véhicules, d'avions, de bateaux, le paiement de frais de traiteurs. C'est une utilisation de plus en plus fréquente. A partir de sociétés écran installées à l'étranger,

tout ce qui peut être utilisé pour mettre en évidence le train de vie est pris en charge par cette structure.

Utilisation des bons au porteur

Il existe tout un ensemble d'entités dont l'activité consiste à recueillir les fonds provenant de l'économie souterraine pour les blanchir.

Tous les agents de la délinquance peuvent utiliser certains montages, bien établis et remarquablement rodés :

- créer un groupe qui est localement dédié au démarchage des personnes qui disposent de fonds devant être blanchis ;
- sécuriser les opérations de transfert des espèces (qui peuvent être présentes soit à l'origine de l'opération, soit lorsque cette dernière est en cours de réalisation) vers les paradis fiscaux ;
- créer un organisme centralisateur présentant une structure légère dans lequel les termes d'« euro », de « *partners* » ou encore d'« union », accolés au nom de la société utilisée, etc., sont présents. Ils présentent dans le domaine de la communication une symbolique forte ;
- maintenir une ou plusieurs structures dormantes, en attente d'utilisation ou activées en rotations épisodiques, dans le but de rendre les risques diffus et de pérenniser le blanchiment ;
- enfin, faire remonter les flux vers une structure plus respectable, relevant des banques ou des assurances, confortablement installée dans un pays peu regardant, qui assure l'administration de ces opérations.

Exemple :

Les courtiers et chargés d'affaires d'une structure bancaire récupèrent les fonds auprès de leurs clients effectuent des dépôts sur le compte chèque postal de la banque.

Le montant unitaire des dépôts reste au-dessous de la limite autorisée, et l'identité des déposants est confidentielle.

Les fonds sont ensuite transférés dans un pays limitrophe et transformés en contrats d'assurance vie ou en bons au porteur.

Le transfert de patrimoine

Le principe reste le transfert de documents, il concerne des biens mobiliers ou immobiliers qui appartiennent à un propriétaire apparent et qui sont cédés ou transmis dans une structure juridique dont le souci n'est

pas de clarifier la situation. Dès lors, tout va se passer par des échanges semblables à des opérations concernant des bons au porteur.

La société écran est utilisée comme un moyen de dévolution de l'actif successoral permettant d'échapper à la taxation fiscale.

C'est alors une personne morale étrangère dont les actionnaires sont inconnus qui est propriétaire du bien mobilier ou immobilier situé en France, par exemple. Le transfert de propriété est effectué entre actionnaires, sans que la structure de la société écran soit modifiée. Le fait que l'ancien détenteur soit décédé ne modifie en rien la transmission, dans la mesure où il n'est connu que des personnes tenues au secret professionnel et intéressées au maintien de ce statut.

Les services de contrôle ne sont avisés de ces faits qu'à l'occasion des litiges opposant les ayants droit lésés.

Dans ce domaine particulier du transfert du patrimoine, il est intéressant de faire quelques rappels concernant le trust.

Le trust est un montage très utilisé dans les pays soumis à la *common law*, c'est une structure très ancienne qui, aux dires des historiens, a permis à la noblesse anglaise de garder ses possessions immobilières en l'état.

Le régime juridique des trusts, comme celui des fiducies d'ailleurs, présente un intérêt certain, car les biens concernés n'appartiennent pas au constituant ni au bénéficiaire mais au fiduciaire. De plus, dans certains pays, ces biens ne sont pas inclus dans la base imposable. En effet, à l'origine, le trust évitait ou limitait les partages dans les cas où les personnes disposaient d'une descendance nombreuse. Il est actuellement assez souvent utilisé pour éviter les pertes trop lourdes en cas de divorce ou lors de successions.

Le trust est issu de la volonté unilatérale du propriétaire, le *settlor* ou constituant, de transmettre la propriété apparente des biens à un représentant, le *trustée* ou fiduciaire, dans l'intérêt d'un bénéficiaire.

Les actifs du trust, qui peuvent être mobiliers ou immobiliers, n'entrent pas dans le patrimoine du constituant, ce qui permet ainsi de redistribuer les gains de ce patrimoine dans les meilleures conditions. Quelle que soit la situation du constituant (faillite ou décès), le mandataire poursuit la gestion du trust et le bénéficiaire en reçoit les gains.

Le trust est donc différent des contrats habituels caractérisés par un échange de volonté. Il faut dire que le trustée n'est ni un exécutant testamentaire ni un mandataire. Il administre les biens affectés au trust, il en a la propriété légale apparente et ne reçoit aucune instruction, ni de la part du constituant ni de la part du bénéficiaire.

Ce montage permet de réaliser des opérations illicites, en particulier dans le domaine du blanchiment, car il constitue un écran parfait pour transférer des capitaux d'origine illicite (exemple, le fruit de la corruption).

Les avantages du trust sont nombreux : il permet de procéder à des opérations discrètes, le trustee, du fait de sa mission de représentation apparaissant seul. Les opérations sont alors opaques et rendent difficiles toutes les recherches, les produits pouvant être transférés sans risque, car sans traçabilité. Cette opacité bénéficie aussi bien aux bénéficiaires individuels qu'aux sociétés offshore. Le principe essentiel du trust est constitué par l'absence de publicité pour les propriétaires réels des supports. Même lorsqu'il existe un registre officiel, le système des prête-noms permet de mentionner un nom qui ne relève que de la fiction. Cependant, la confidentialité est divisée en degrés, et l'anonymat peut être levé en cas d'investigation officielle dans certains pays.

Les montages organisés avec des « trusts » sont nombreux, depuis les trusts simples avec un constituant et un bénéficiaire, jusqu'à des trusts plus complexes (plusieurs trusts placés en chaîne) ou des sociétés offshore comme bénéficiaires ou constituants.

La gestion des sociétés écran à l'écran : l'Internet

Il s'agit ici d'un nouveau visage de la société écran. Internet est devenu un lieu privilégié pour la vente et la création de sociétés écran.

Les sites offshore, en particulier certains pays à secret bancaire renforcé, proposent des « kits » de création de société écran en ligne qui dispose d'une adresse électronique et d'un compte bancaire protégé.

A partir de là, il est aisé de développer tous les montages frauduleux imaginables. L'absence d'activité commerciale réelle de la société écran sur Internet, le caractère international des échanges, la durée de vie limitée des archives numérisées et enfin la possibilité de créer des adresses IP temporaires rendent quasi impossible la traçabilité des flux financiers qui transitent par la société écran.

A l'issue de cette analyse, la société écran apparaît comme le résultat de l'utilisation dévoyée de la personne morale consistant à créer ou à entretenir une apparence différente de la réalité. Elle s'inscrit donc dans un cadre juridique, celui de l'illicite.

Cette notion de société écran ne trouve aucune place dans le droit des affaires en tant que moyen de développement économique. En effet, dans

CHAPITRE III

ce cas, la personnalité morale a pour vocation de créer un écran entre la société, les tiers et les auteurs du montage. Même si le droit français autorise l'utilisation de personne morale, l'interposition d'une société écran (fictive, de façade ou frauduleuse) doit être condamnée.

Le caractère illicite de la société écran est reconnu dans le droit français et permet de lutter contre les différentes dérives. Cependant, le manque de cohérence entre les législations des différents pays semble être un frein à une lutte vraiment efficace. Nous savons tous qu'il sera difficile d'obtenir une action commune sur le plan international (les paradis fiscaux et les législations nationales favorisant la création de sociétés écran étant encore trop nombreux), mais un premier pas pourrait être franchi au niveau européen.

Afin de permettre un développement sain de l'activité commerciale, il devient urgent que les membres de l'Union européenne s'accordent sur la notion juridique de la société écran, et ce dans le but de lutter efficacement contre l'utilisation dévoyée des « véhicules juridiques » et permettre d'éradiquer les manipulations néfastes de la « technique sociétaire ».

CHAPITRE IV

**Le point sur des secteurs particuliers de
blanchiment**

I. - LE BLANCHIMENT DANS LES COMPTES DE L'ENTREPRISE

Tous les comptes d'une entreprise peuvent faire l'objet d'une manipulation à des fins de blanchiment. Chacun des comptes est choisi en fonction de son propre potentiel de dissimulation, de la nature et de l'état d'avancement de l'opération sous jacente, et de l'état d'urgence dans lequel se trouve le délinquant. Enfin, le choix tient compte du fait qu'il existe ou pas des montages frauduleux sous-jacents en cours ou en préparation.

Chacune des caractéristiques propres des postes comptables pourra être ainsi utilisée à des fins de blanchiment, la mise en pratique peut être directe ou indirecte.

Le cycle des produits ou des ventes est altéré à titre principal par le blanchiment. Il peut être pratiqué par l'apport d'espèces ou par un apport plus classique, comme des fausses factures

1. MAJORER LE CHIFFRE D'AFFAIRES PAR DES APPORTS EN ESPÈCES

Le processus de blanchiment consiste à ajouter des espèces d'origine illégale aux montants en numéraire générés par des opérations légales, ces sommes sont, vis-à-vis des services de contrôle, « blanchies », puisqu'elles apparaissent provenir d'une activité légale.

Le principe, simple en apparence, nécessite cependant une relative technicité. En effet, une telle manipulation est aisée dans la plupart des pays non contrôlés ; par contre, dans ceux qui sont soumis à des contrôles plus poussés, ces manipulations n'ont aucune chance de perdurer si elles ne sont pas organisées dans un environnement de fausse documentation.

La méthode la plus connue et sans doute la plus utilisée pour introduire des sommes illicites dans un chiffre d'affaires peut se décliner de plusieurs manières.

L'addition d'espèces est habituellement réalisée en respectant le ratio espèces/activité le plus souvent constatés dans la profession.

Face à des montants importants d'espèces à blanchir, le schéma qui est en général suivi consiste à ventiler ces sommes dans un nombre important de sociétés écran, chacune d'elles étant gérée par un parent ou un tiers. Ce système cumule plusieurs avantages pour le délinquant le fractionnement camoufle les indices les plus évidents du blanchiment au regard des contrôles externes mais il est aussi utilisé comme un leurre

au regard des analyses effectuées par les banquiers. Le plus souvent, les documents comptables ou de gestion sont « *travaillés à l'envers* ». C'est-à-dire qu'une fois que les délinquants se les sont procurés, contre paiement ou après avoir développé une analyse technique du problème essentiel (les méthodes analytiques utilisées par les banques pour évaluer les clients et le détail des postes de retraitement), ils recalculent l'ensemble des comptes de manière que leur présentation soit conforme à l'attente des contrôleurs ou des analystes, sans omettre de laisser quelques erreurs bénignes, dont l'utilité est de rendre crédible et de valider l'opération. L'arbre, dans ce cas, cache la forêt. C'est une pratique très utilisée. Et les sommes qui ne peuvent pas être intégrées dans l'entreprise sont reprises dans d'autres sociétés (*cf. supra*). C'est pour cette raison que l'on est souvent confronté à la présence d'un bouquet de sociétés écran.

Par ailleurs, dans certaines filiales excentrées le risque de blanchiment est favorisé par plusieurs facteurs :

- autonomie des directeurs de filiales qui achètent et revendent localement et dont les fournisseurs sont hors de contrôle de la maison mère ;
- les logiciels de gestion et de comptabilité dits « pourris » qui rendent crédibles dans la comptabilité des entrées en espèces d'origine illégale.

Le système fonctionne en vase clos ; les ratios espèces/activité sont respectés, mais la documentation comptable est fautive. Notons que le mécanisme de blanchiment par les agents commerciaux permet d'augmenter leur bonus annuel.

L'addition d'espèces ne représente cependant que le volet initial du montage. En effet, la gestion d'une entreprise obéit à certaines règles de bon sens, un produit n'est acquis que si certaines opérations, obligatoires, ont été réalisées en amont et selon la réglementation en vigueur. En général, la contrepartie des fausses ventes est constituée par des prestations, des fabrications ou des achats. Le produit brut n'existe donc pas. En conséquence, il est absolument nécessaire d'équilibrer les opérations par un volet de fausses facturations. De cette manière, les banquiers et les contrôleurs de premier niveau, qui travaillent sur des documents déposés et non sur pièces et sur place, ne peuvent déceler les indicateurs de blanchiment puisque l'ensemble reste équilibré et que toutes ces opérations sont portées par des flux financiers cohérents.

Ainsi, l'introduction de produits sans facture, qui génère un flux d'espèces utilisable sans contrôle, nécessite, corrélativement, un flux de corrections documentaires. On pourrait oser une comparaison avec les compétitions de patinage artistique, dans lesquelles il existe des figures « libres » et des figures « imposées ». En effet, pour les figures libres, aucune sujétion n'est nécessaire, car aucune méthode de contrôle, du fait de

la structure de l'organisation ou du pays dans lequel les opérations ont lieu, ne permet de révéler la vente cachée, au moins tant qu'un certain niveau de chiffre d'affaires n'a pas été atteint. Par contre, pour les entreprises qui pratiquent cet exercice illégal dans une structure organisée, une filiale ou une petite entreprise, un certain nombre de figures imposées devront être respectées. Il est alors nécessaire d'apporter quelques modifications, parfois légères, parfois importantes, à un certain nombre de comptes et de surveiller la cohérence des ratios.

2. MAJORER LE CHIFFRE D'AFFAIRES PAR DES APPORTS PLUS CLASSIQUES

Les blanchisseurs sont en mesure d'intervenir dans une activité commerciale comme un client normal en utilisant les structures écran dont ils disposent à foison. Dans ce cas, ils génèrent dans l'entreprise un flux de commandes qui présente les caractéristiques les plus classiques, essentiellement dans les domaines dans lesquels les espèces sont tolérées.

L'entrée dans le chiffre d'affaires des apports en provenance des entités délinquantes se présente sous deux formes : une augmentation très importante des ventes dans des délais assez courts ou la réalisation d'opérations ponctuelles qui reviennent régulièrement.

L'augmentation du chiffre d'affaires peut affecter une entreprise nouvellement créée, cette dernière enregistre alors un afflux de commandes en provenance de l'étranger. Les sociétés clientes, bien que présentant souvent une documentation comptable correcte en apparence, mais falsifiée en réalité, ont été le plus souvent achetées à 1 € symbolique. Ainsi, les modalités de recapitalisation dans ces sociétés doivent être considérées avec attention par tout analyste. La première opération de blanchiment a pu avoir lieu chez le client, en amont de l'opération analysée. La constatation d'un afflux de commandes n'est qu'un blanchiment de second niveau, sans doute utilisé dans le but de générer un flux de produits officiels.

Ces apports présentent les mêmes caractéristiques que les montages engagés dans un but d'escroquer l'entreprise ou de racheter son capital à vil prix après avoir bloqué sa trésorerie.

Exemples :

Une entreprise localement connue dans le domaine de la distribution de bovins sur pied a vu brusquement ses commandes augmenter de manière considérable grâce à un client italien qui payait rapidement et en espèces. Le chiffre d'affaires augmentant de manière considérable, l'entreprise a très rapidement été dépendante de ce client, qui a brusquement stoppé ses commandes, ce qui a mis l'entreprise en faillite. Cette dernière a été rachetée par le client au franc symbolique.

Une entreprise a été placée dans les mêmes conditions que la précédente : après une forte augmentation du chiffre d'affaires, un arrêt brusque des commandes a altéré sa trésorerie ; fort opportunément, des commissions importantes ont été versées à plusieurs prestataires sis à l'étranger. Les commandes ont alors repris. Il s'agissait de justifier l'activité des prestataires.

Ces entrées de trésorerie, dont la typologie est assez similaire de celles constatées dans les montages organisés lors de la mise en place d'escroqueries, ne sont pas les seules à être utilisées. En effet, certaines applications utilisées dans les opérations commerciales internationales peuvent être employées ici, les crédits documentaires falsifiés en constituant le moyen le plus connu. Dans chacun des cas, l'ensemble de l'opération juridique est correct, seuls les produits manquent¹²⁹, car l'intérêt du montage est le transfert de fonds, en aucun cas la livraison de marchandises.

Le crédit documentaire est l'opération par laquelle un banquier peut, pour le compte d'un client importateur, payer un fournisseur exportateur qui ne connaît pas le client. Cette opération est souvent utilisée dans des escroqueries qui résultent d'une majoration de la valeur des marchandises ou de transferts illicites. Dans ce cas, pseudo fournisseurs et clients se connaissent, dans certains cas le banquier est complice, et l'opération se fait au détriment de la banque. Il faut noter que ces opérations sont souvent adossées à des tiers de bonne foi, à l'occasion de contrats de fournitures, cela ayant pour but de compliquer les recherches.

D'autres montages internationaux peuvent être également utilisés.

Le montage fondé sur un faux escompte

Un importateur achète les voitures à un fabricant japonais, au prix

¹²⁹ *Les Industriels de la fraude fiscale*, Le Seuil, 1971, J. Cosson : « Il existe des produits sans factures, des factures sans produits et, sans doute, des produits avec factures. »

du marché. Il paie le fabricant, pour partie par virement en provenance de sa société d'importation et la différence depuis un compte caché ou en espèces, car au Japon le paiement en espèces est courant.

Il comptabilise en charges dans sa société uniquement la partie du paiement des voitures qui correspond au virement, ce qui lui permet, dans sa comptabilité de disposer d'un prix de revient très bas.

La différence avec le prix de vente, même s'il accorde des remises intéressantes aux clients, est suffisamment importante pour réaliser de solides résultats. Bien entendu, la marge ainsi réalisée blanchit les fonds illégaux payés au Japon.

Aujourd'hui cependant le faux crédit documentaire est quelque peu dépassé dans les grands montages par l'utilisation des systèmes de virements classiques plus rapides, plus sécurisés et plus aisés à manipuler (les systèmes Swift et Chips, en particulier).

2.1. L'analyse de l'actif

Par les comptes d'actif du bilan peuvent transiter des opérations de réinvestissement.

Dans les comptes d'une société, on rencontre des achats (qualifiés d'investissements, en matière comptable) justifiés par des factures provenant de sociétés appartenant à des blanchisseurs. La comptabilité du fournisseur présente un flux documentaire de nature à justifier la réalité de son activité. Le client pour sa part dispose de toute la documentation nécessaire pour justifier son achat. L'intégration dans une structure de blanchiment se fait à partir de montages en étoile ou en chaîne, avec des localisations de sociétés écran dans des paradis fiscaux ou dans divers pays peu regardants.

Par exemple, la typologie du risque sur la valeur de transfert des brevets, des dépôts de marques et de clientèle inscrits à l'actif présente les caractéristiques suivantes :

- des éléments immatériels, voire virtuels ;
- des éléments dont la valeur est difficilement quantifiable et dont la valeur est très liée à l'intérêt que lui attache l'acheteur plus qu'à la valeur réelle qu'elle représente ;
- des investissements évalués sur des perspectives de produits à venir, donc non encore appréciables matériellement au moment de l'achat.

Notamment une seule opération permet de déplacer de très fortes sommes, car il n'existe pratiquement pas d'éléments externes.

En matière de blanchiment, la valorisation ne pose guère de problème dans la mesure où, par définition, la société complice dispose des fonds nécessaires à l'engagement de l'opération. Le coût élevé n'est pas un problème non plus, c'est plutôt une tentation! Nous sommes donc ici en présence d'éléments difficilement évaluables car très liés à l'évaluation du besoin par le client et au prix proposé par le fournisseur, cela autorisant toutes les surévaluations.

Par ailleurs, les prises de participations dans les sociétés présentent le même intérêt pour le blanchiment. En surévaluant une société, on augmente d'autant la valeur de la participation des blanchisseurs. C'est ce qui a été notamment utilisé par la délinquance financière au moment de la bulle Internet.

Le montage était relativement simple dans sa conception. Ajouter un « .com » au nom d'une société, fut-elle en sommeil, contribuait à majorer sa valeur de manière considérable. Ainsi, les blanchisseurs ont acheté ou créé des entreprises avec des fonds limités. Après un plan média efficace, ils ont revendu ces sociétés largement surévaluées à des tiers, permettant ainsi une plus-value substantielle et un blanchiment correspondant.

Il semble désormais que l'on rencontre un nombre plus important de prises de participations directes, car les délinquants recherchent de plus en plus des sociétés qui sont relativement anciennes et connues, au moins localement, et dont les problèmes de trésorerie causent des soucis à leurs dirigeants.

Dans certains cas, le rachat de sociétés en difficulté présente, pour eux, une dimension de blanchiment intéressante, car cette opération présente un double avantage :

- un gain lors de la cession des actifs si l'activité s'arrête ;
- une reconnaissance sociale pour le repreneur qui, en poursuivant l'activité contribue à stabiliser une situation politique locale que l'arrêt de l'entreprise pourrait troubler.

Cette capitalisation effectuée par des apports en provenance de sociétés sises dans des paradis fiscaux permet de disposer de certificats de distribution ou de certificats de cession. Par ailleurs, à l'occasion d'une mise en liquidation et l'acceptation d'un plan de continuation, le repreneur peut, en apportant des fonds, les blanchir.

Exemple :

Une entreprise qui commercialise une marque de vêtements d'enfants très connue à partir du brevet de son dirigeant, présente des problèmes de trésorerie dus essentiellement à des détournements du dirigeant. Elle est acculée à un dépôt de bilan. L'administrateur, un ami du dirigeant, autorise la poursuite de l'activité si une recapitalisation a lieu. Le dirigeant apporte en compte courant depuis un paradis fiscal le nombre de millions nécessaires à la recapitalisation. Il s'agit d'une partie des sommes détournée par ce dernier. Dans cette opération, le dirigeant et l'administrateur peuvent être poursuivis pour blanchiment d'abus de biens sociaux.

Les comptes courants peuvent aussi être utilisés pour introduire des fonds dans une société. Il s'agit bien là de blanchiment car, en l'espèce, les fonds de nature illégale deviennent, du fait de leur inscription dans ce compte, la propriété officielle du délinquant. Cette pratique est utilisée fréquemment dans le but d'introduire dans une société les fonds issus de la vente au noir de produits qui lui appartiennent. Cependant, pour tenir compte de la lisibilité de l'opération, les introductions de fonds en compte courant constituent le plus souvent des opérations de passage. Par ailleurs les comptes courants d'associés permettent d'intervenir de manière souple dans la société. Ces apports, lorsqu'ils sont effectués en espèces, peuvent être qualifiés de gains aux jeux, par exemple, ou provenir de fausses cessions qui ont donné lieu à plus-value.

2.2. Analyse des comptes de charges

Dans les comptes de charges, la fausse documentation peut avoir plusieurs utilités. Elle peut avoir pour but et pour effet d'équilibrer les comptes de manière à retarder la détection du blanchiment. C'est en effet une nécessité dans les établissements bancaires qui appliquent les consignes antiblanchiment.

Les comptes de charges peuvent être utilisés à d'autres fins, en particulier à générer de vrais faux salaires, de vraies fausses commissions ou bien à financer des sociétés de logistiques, bien réelles celles-ci. Ces sociétés assurant exclusivement l'intendance des délinquants (location de voitures, location d'avions)

Les entreprises qui blanchissent disposent de suffisamment de trésorerie pour rémunérer de faux salariés à un niveau élevé. Après plusieurs mois d'« activité », ils sont licenciés et la collectivité prend en charge le paiement des allocations chômage.

Egalement, le versement de commissions à des complices (avocats, conseils, facilitateurs) est souvent pratiqué. Pour détecter ces pratiques,

la comparaison entre l'augmentation des ventes et l'intervention d'un prestataire particulier (localisé à l'étranger ou même dans un paradis fiscal) déclenche le soupçon.

Enfin, dans un montage beaucoup plus primaire, les sommes en espèces introduites sont utilisées pour le paiement de salaires à des travailleurs clandestins ; ainsi, les fonds illégaux entrent dans le circuit de la contrefaçon et de l'immigration clandestine, dont ils proviennent par ailleurs.

2.3. Analyse de la gestion financière¹³⁰

Les postes financiers peuvent servir à organiser des opérations de blanchiment ou des fraudes importantes.

L'« investissement blanchiment » intègre dans une même opération les trois phases du blanchiment :

- les sommes en espèces une fois déposées dans un compte, et après avoir fait l'objet de divers mouvements sous le couvert de sociétés, sont transformées en valeur d'échange (titre, bons de caisse, etc.) ;
- ces valeurs sont négociées ou placées auprès d'un établissement financier, en contrepartie d'une garantie ou d'une caution d'un emprunt que va solliciter la société choisie par les délinquants pour réinvestir les fonds, sous le couvert d'un prêt fictif ou fiduciaire, dans une autre société ;
- l'opération est présentée par la société emprunteuse aux autorités du pays dont elle relève comme un emprunt classique souscrit auprès d'une banque étrangère. Après acceptation, les fonds sont virés par la banque prêteuse. S'agissant d'un emprunt, il ne sera pas anormal par la suite que la société bénéficiaire procède au remboursement par des transferts périodiques à l'étranger.

Ce système de transfert apparemment licite ayant été ainsi mis en place, les pseudo remboursements peuvent dès lors servir de support au blanchiment de sommes en espèces injectées dans les recettes de la société.

Ainsi, la gestion des emprunts ou de la dette dans le domaine du blanchiment présente quelques caractéristiques originales. Le blanchisseur utilise l'emprunt car il constitue un excellent camouflage pour ses opérations. Le montage le plus souvent utilisé est celui qui est qualifié de « prêt adossé ». Cette dénomination est due au fait que ce prêt, s'il est bien réalisé avec un contrat véritable, est assuré par un dépôt d'espèces d'égal montant auprès de la banque qui accepte le prêt. Ainsi, cette dernière ne prend aucun risque, et l'heureux bénéficiaire est protégé.

¹³⁰ Cf. *Revue financière et comptable*, n° 308, février 1999.

Ce montage n'est pas nouveau. Il a été très utilisé après la seconde guerre mondiale par les négociants en bois et charbons à Paris, qui ramenaient leurs espèces dans la banque de leur localité d'origine. En contrepartie, cette dernière leur accordait des prêts d'un montant sensiblement égal, minorés des commissions d'usage. Ces prêts permettaient aux bénéficiaires de justifier un train de vie qui aurait pu attirer l'attention des services de contrôle.

Le même type de montage peut être utilisé sous forme de prêts entre deux ou plusieurs entreprises appartenant au délinquant. Il s'agit d'une convention entre deux structures qui justifie les remboursements pour l'une des parties et la disposition de trésorerie officielle pour l'autre.

Le prêt garanti, un peu plus complexe dans sa conception, consiste à faire garantir un prêt bancaire par une société complice. Comme gage de respectabilité, l'achat de sociétés déjà connues est un atout dans l'acceptation des cautions.

Ainsi, on peut mettre en évidence quelques points de contrôle :

- le degré d'endettement de la société et l'affectation des emprunts par investissement ou la manière de les utiliser ;
- l'analyse financière et le besoin en fonds de roulement pour évaluer la capacité à emprunter ; le taux d'intérêt consenti ou l'absence totale de besoin en trésorerie ;
- la valorisation des conditions du prêt, en intégrant les divers modes de calcul (actuariel, nominal, effectif, global, etc.) ; analyse comparative avec les taux du marché ;
- les emprunts effectués à l'étranger (les motifs et les causes) ;
- les banques concernées (crédibilité) ;
- versements ou non de commissions.

II. - LES ENTREPRISES D'ASSURANCES

Elles ont été assujetties à la déclaration de soupçon en 1990¹³¹.

L'activité dans le secteur des assurances est relativement complexe. Elle est, en soi, une formidable machine à accumuler et à redistribuer des fonds dans un cadre juridique et réglementaire assez complexe au niveau international. Ce qui en fait un outil de blanchiment par excellence. Les montages frauduleux en la matière sont très nombreux, nous nous limiterons ici à présenter des exemples relativement simples.

131 Loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 (art. L. 562-1 du Code monétaire et financier).

1. LE SECTEUR ASSURANCE VIE ET CAPITALISATION

Il faut distinguer deux groupes de pays : les pays qui ont mis en place et qui appliquent une procédure antiblanchiment et ceux qui ne l'appliquent pas ou qui n'ont pas de procédure prévue.

Dans les pays qui disposent d'une législation antiblanchiment, la marge de manœuvre des délinquants est réduite. C'est par l'intermédiaire de la production de faux et la complicité d'intermédiaires ou de salariés que le risque peut apparaître. C'est pourquoi la profession d'intermédiaire en assurances va être prochainement réglementée en France. Ajouté aux obligations de justifier l'existence de l'activité, de contrôler l'identité du client et d'analyser la cohérence de l'activité, cette nouvelle réglementation rendra plus difficile l'opération de placement.

Dans les pays où la législation n'est pas appliquée ou n'existe pas, tous les montages sont possibles (sociétés d'assurances réelles ou fictives). Un délinquant désirant blanchir des fonds souscrit un contrat d'assurance vie qui lui permet de récupérer, après la durée du contrat, la somme déposée initialement blanchie par ce moyen.

Dans les pays où la législation est forte ou appliquée, le montage doit être plus élaboré. Le délinquant achète donc plusieurs contrats d'assurance vie grâce à la complicité des contractants. Il récupère à terme les sommes investies dans ces contrats blanchies par ce moyen.

Le rachat anticipé constitue un indicateur fiable du risque de blanchiment pour deux raisons : la première est que la durée moyenne d'un contrat est longue (huit ans) et la seconde que les délinquants ont parfois tendance à « flamber ». Toutefois, certains délinquants disposent des fonds suffisants, du fait des revenus de la drogue en particulier, leur permettant d'attendre la fin des contrats.

Par exemple, les chefs des « cartels » colombiens et panaméens, entre autres, ont utilisé une méthode techniquement performante. Ils ont largement employé, dans tous les pays possibles et imaginables, le droit à la rétractation¹³² qui est attaché à chaque ouverture de contrat d'assurance vie, leur permettant de récupérer le versement initial.

Les montages illégaux qui sont le plus souvent pratiqués sont organisés d'après le schéma suivant :

- les courtiers d'assurances relancent des clients potentiels ou leurs clients habituels ;
- les blanchisseurs souscrivent un contrat auprès de courtiers

¹³² Article L. 132-5-1 du Code des assurances.

- complaisants, et déposent les sommes importantes en espèces ;
- le courtier, transmet alors à l'assurance le contrat en bonne et due forme¹³³, le versement est réalisé au moyen d'un chèque tiré sur son propre compte ;
 - le blanchisseur renonce¹³⁴ à souscrire le contrat ou le rachète avant terme, il perçoit alors un chèque de la banque de l'assureur minoré d'une commission (sauf si le droit à renonciation est exercé) ou de pénalités en cas de rachat.

Lorsque les blanchisseurs ont besoin de tout ou partie des fonds, ces derniers suivent le chemin inverse.

Il est donc évident que le rachat avant terme ou l'annulation d'une souscription, dès lors qu'elle est accompagnée d'un ensemble d'indices pertinents, est l'un des indicateurs les plus performants d'un risque de blanchiment pour les assurances.

133 Dans le cadre des contrats d'assurance vie individuels, il est interdit en France de verser la cotisation à l'assureur par l'intermédiaire du compte d'un courtier.

134 Il est possible de renoncer à un contrat sous trente jours s'il est normal, et à tout moment lorsque le contrat est anormal. Le délai est de trente jours après que l'on a mis en évidence l'anormalité, lorsque le contrat n'a pas fait l'objet d'opérations.

Exemples :

Un groupe délinquant qui décline une activité classique de trafic de voitures dispose de fonds en espèces. Les membres du groupe désirent jouir tranquillement de leur bien, ainsi sont-ils tentés par l'achat de contrats d'assurance vie. Le problème se pose lorsque certaines compagnies d'assurance refusent tout versement en espèces. En effet, en France, lorsque les versements en espèces sont admis, ils sont réglementés.

Un courtier « ami » va alors intervenir ; il encaisse les espèces sur son compte personnel moyennant un petit voyage dans un pays «proche » et « conciliant », et une petite prime, puis valide le contrat à partir d'un chèque débité sur son propre compte.

Le courtier est alors en faute car il n'a pas respecté la réglementation, mais il a encaissé la prime de l'assurance et le bonus personnel.

Un délinquant verse des espèces sur un compte bancaire à l'étranger, il souscrit un contrat d'assurance vie avec une prime réglée par un virement en provenance d'une banque étrangère. La compagnie d'assurance est alors soumise à une obligation de vigilance supplémentaire. Le contrat est racheté ou il se dénoue au profit d'un tiers.

Des délinquants ont réussi à obtenir les listes de personnes qui, dans plusieurs Etats américains avaient souscrit une assurance vie et qui, atteintes du sida en stade terminal présentaient un risque fort de réalisation du contrat. Ces personnes ont été démarchées et se sont vu proposer le versement de la prime majorée d'un bonus en espèces contre un changement de bénéficiaire.

Il suffisait alors d'attendre le décès pour encaisser, en chèque, la prime visée dans le contrat.

Ce montage serait praticable en France, il faudrait cependant que le nouveau bénéficiaire en accepte le bénéfice, ce qui rend l'opération irréversible.

Exemples :

Un individu souscrit un contrat et paie la prime en espèces. Ces dernières sont déposées sur le compte de la filiale bancaire¹³⁵ de la compagnie d'assurances. Lors de la souscription, l'individu déclare être gérant d'une société, et les fonds proviennent de commissions versées par des clients en espèces et non déclarées. Le bénéficiaire du contrat est inconnu, et c'est une clause testamentaire déposée chez un notaire qui contient son identité. L'analyse, pas très difficile à réaliser, démontre que la personne en cause n'est gérant d'aucune société existante. Une telle opération aurait dû être détectée par la banque filiale ainsi que par la société d'assurances elle-même. Le fait de ne pas vouloir révéler son identité est un indicateur fort de risque de blanchiment ou de fraude.

Un trafiquant remet des espèces à un membre de sa famille. Ce dernier les apporte sur son compte, et verse un pseudo-loyer à un proche par chèque. Ce dernier souscrit par chèque des bons de capitalisation anonymes.

Un gestionnaire de patrimoine a persuadé plusieurs personnes âgées de souscrire des contrats d'assurance vie d'une valeur relativement faible, de l'ordre de 15000 € par contrat. Il s'est ainsi constitué une petite clientèle dont il gère aussi le patrimoine.

Lorsqu'un client à forte capacité désire blanchir des sommes importantes, le gestionnaire encaisse les sommes sur son compte professionnel, émet un chèque de même montant, mais sur l'un des comptes dont il gère le fonctionnement, puis effectue les remboursements à la demande du blanchisseur mais au moyen d'un chèque. Ainsi, il a utilisé le compte d'un client sans que ce dernier s'en aperçoive, car il a modifié la documentation transmise à son client. L'opération litigieuse a ainsi disparu. Les soldes apparaissent seuls sur les relevés. Cette pratique, qui utilise la méthode assez classique de la fraude consistant à détourner des fonds des comptes des clients, est réactivée dans une opération de blanchiment. La compagnie a simplement constaté pour sa part un changement temporaire de propriétaire.

¹³⁵ Sur ce point, il est toujours intéressant d'analyser lorsque cela est possible les comptes des filiales bancaires des compagnies d'assurances ainsi que les filiales délocalisées.

En l'espèce, le gestionnaire était en mesure de modifier les éléments figurant sur les relevés annuels de manière que les propriétaires du contrat ne s'aperçoivent de rien. Ce cas de figure peut se produire avec tous les intermédiaires ou gestionnaires de patrimoine dont l'ensemble des comptes de leurs clients est domicilié chez eux et sur lesquels ils disposent d'un mandat de gestion.

Par ailleurs, on relève une pratique de plus en plus généralisée qui consiste à utiliser des entreprises sans existence réelle pour blanchir des fonds.

Les montages sont souvent organisés sur une base communautaire ethnique et avec une documentation falsifiée.

Une société écran contracte une assurance vie au nom de son PDG, ou un de ses proches ou de tiers. Des chèques débités depuis le compte de l'entreprise ou des espèces sont versés, ce qui augmente les sommes en jeu. Les contrats sont rachetés par la suite, et les sommes blanchies.

Si l'on désire effectuer une analyse relevant du contrôle interne, les éléments suivants doivent être pris en compte :

- Le contrat d'assurance est composé de plusieurs acteurs : les souscripteurs, les assurés et les bénéficiaires ou adhérents dans les contrats collectifs. Ainsi, une analyse des profils et des modifications affectant chacune des parties peut permettre, si on compare la cartographie des risques avec les fichiers, d'accélérer les contrôles et d'identifier les dérives.
- Le document de base du contrôle du blanchiment est la fiche de changement de bénéficiaire du contrat, c'est le document qui garde la trace du transfert.

Ainsi, il peut être effectué une surveillance informatisée de tendance à partir des fichiers, en isolant les clients dont les contrats sont affectés par des modifications de cette nature, en isolant de manière complémentaire les valeurs concernées ainsi que les courtiers ou chargés d'affaires qui sont parties à l'opération. Il est aussi possible d'isoler les nantissements sur des emprunts non remboursés ou encore les indicateurs des montages pyramidaux.

Dans le cadre de notre questionnement, nous avons aussi relevé l'existence de montages qui combinent l'assurance vie et le dommage. On peut noter que, désormais, certains montages font intervenir deux manipulations : d'abord, une fraude à l'assurance dommage (classique) qui donne lieu à l'établissement d'un chèque ; ensuite, le dépôt de ce chèque comme règlement d'un contrat d'assurance vie.

Cette pratique semble se généraliser rapidement, le contrat d'assurance vie blanchit la fraude avec la complicité quasi obligée d'un intermédiaire.

On peut rapprocher de ce montage la pratique des procès truqués, qui permet de faire payer l'assurance.

Exemple :

Une entreprise plus ou moins factice prend une assurance pour un bateau, un véhicule de luxe ou un avion fantôme. Pour cela, il est nécessaire, d'une part, de disposer d'une importante somme pour payer la cotisation et de pouvoir corrompre des personnes en charge du dossier, c'est pour cela que des structures de courtage « bidons » peuvent être incluses dans le montage. D'autre part, il faut pouvoir corrompre les personnes qui valident un sinistre qui n'a jamais eu lieu, et qui ont en général la qualité de fonctionnaire ou de représentant de l'Etat.

L'assurance paiera.

Ces montages ne sont pas uniquement le fait de particuliers, des entreprises peuvent, dans le cadre de législations spécifiques ou lorsque les contrôles sont faibles, acquérir de tels contrats.

Pour éviter ces travers, en France, la Fédération française des sociétés d'assurances préconise de n'admettre que des sociétés civiles immobilières immatriculées, de refuser les contrats d'assurance vie de personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés et de ne pas accepter les chèques de banque ou de notaires sans en avoir vérifié la qualité.

Les assurances sont aussi tenues de prendre en compte le comportement des courtiers avec lesquels elles sont en relation. Comme nous l'avons vu précédemment, les courtiers peuvent être utilisés comme véhicules écran de blanchiment. Pour prévenir cela, ils sont soumis à la déclaration de soupçon depuis la loi du 13 mai 1996.

La réglementation prévue par la Fédération française des sociétés d'assurances édicte les obligations suivantes :

- le courtier doit remplir un engagement écrit ;
- l'assurance et le courtier sont, chacun en ce qui le concerne, responsables de l'identification du client ;
- il appartient à chaque courtier de bien connaître son client ;
- le courtier ne doit pas conclure un contrat avant d'avoir recueilli les informations sur son client et de les avoir transmises par écrit à l'assurance.

Les bons de capitalisation anonymes, dont la qualité essentielle par définition réside dans la possibilité d'être souscrits sans que l'identité du souscripteur ou du porteur soit divulguée à l'administration fiscale, sont

eux aussi des vecteurs potentiels de blanchiment. Les risques ici sont encore plus évidents et relèvent de la nature même de ces bons.

2. LES AUTRES SECTEURS DE L'ASSURANCE

Le blanchiment dans les autres secteurs de l'assurance présente plus souvent un caractère international.

2.1. Les assurances de caution dans certains marchés

Le montage consiste à organiser une opération d'assurance sur un marché qui n'existe pas ou, s'il existe, qui fait l'objet d'une escroquerie par le blanchisseur par la réalisation du risque. Le paiement de la prime constituant le blanchiment des fonds engagés dans l'assurance.

Les points à contrôler :

- le courtier ou le représentant de la compagnie d'assurances au moment de la convention donnant lieu au contrat, qui peuvent être complices de l'opération ou pêcher par une carence dans l'évaluation de la situation ;
- les modalités de la réalisation du dommage, mais dans ce cas les structures sont rôdées aux contrôles de fraude.

Il est évident que la complicité des parties est absolument nécessaire, et que le risque n'est limité que par l'honnêteté des personnes qui sont parties au contrat.

2.2. Le financement alternatif des risques

C'est un procédé qui permet d'associer dans une même police d'assurance, réassurée ou pas, des risques d'entreprise et des risques aléatoires qui ne sont pas habituels dans ce domaine. Le but pouvant être la constitution d'un potentiel financier, en franchise d'impôts, si le risque de base ne se réalise pas. Ces contrats complexes justifient une vigilance systématique.

Le blanchiment peut passer par ce véhicule car la police est ici effectuée *intuitu personae* et peut dissimuler des montages classiques, comme, en particulier, la mise en évidence d'un risque « assurable » qui n'en est pas un en réalité. La récupération des fonds est alors assurée une fois le « sinistre » déclaré par le blanchisseur. Tout le problème se réduit aux complicités entre les parties.

Il faut rapprocher ce système de celui des produits dérivés (*cf.* rapport SCPC 2003). Un marché de transactions dédié pleinement à cette activité d'assurance gérée par des banques d'affaires, portant sur les défaillances

des emprunteurs (*default swaps*) s'est développé depuis quelques années.

2.3. Le faux contentieux

Dans un pays peu contrôlé, une entreprise exerçant une activité commerciale internationale prend localement une assurance de type alternatif, dans une compagnie connue, pour une forte valeur auprès d'un courtier local.

Rapidement un litige commercial est provoqué avec un client situé dans un pays peu contrôlé et éloigné géographiquement.

Un procès est ouvert et un magistrat local, complice ou pas, juge en faveur du client. Le fournisseur fait alors intervenir l'assureur, qui est amené à payer.

Bien évidemment, le client et le fournisseur sont complices et le transfert de fonds correspondant à la condamnation couvre l'opération de blanchiment.

Il s'agit là d'un grand classique du blanchiment, qui est fondé sur la corruption et la diversité des cadres juridiques pouvant exister entre les divers pays.

2.4. Le problème de la réassurance

Le risque d'une opération d'assurance est le plus souvent partagé entre plusieurs assureurs, surtout lorsque l'opération est d'importance. Ainsi, un système de réassurance est mis en place qui permet de limiter le coût pour une structure unique.

L'opération peut être mise en place entre les sociétés d'assurances, mais il est aussi possible pour une entreprise appartenant au secteur commercial de créer une filiale dédiée à la réassurance. On la qualifie de « captive de réassurance ». L'objectif de ces « captives » est de créer ou de recréer une capacité financière.

Les « captives », comme beaucoup de montages de réassurances, sont situées dans des paradis fiscaux dans lesquels ces sociétés sont protégées, et surtout peu ou pas contrôlées.

Les sociétés classiques se réassurent en cascade, le plus souvent sous la houlette d'une entreprise de courtage ou d'un courtier qui coordonne l'ensemble. Ainsi, chacune des sociétés limite son propre risque à une valeur acceptable. Par contre, dans un tel cadre il est évident que l'identité des cofinanceurs est perdue, puisqu'on peut ne pas connaître un ou plusieurs membres de l'opération et l'origine des fonds.

Le problème essentiel de la réassurance est lié à la diversification géographique des différents acteurs. En effet, dans un tel montage, il est difficile d'effectuer un contrôle et de savoir si à un moment ou à un autre des fonds illégitimes n'ont pas été injectés dans le système.

Le principe de la création des captives de réassurances peut être aussi utilisé dans d'autres domaines, celui des provisions par exemple. Une entreprise qui doit effectuer des opérations dans un ou plusieurs exercices à venir est habilitée à comptabiliser des provisions dès l'instant où ces charges sont réelles. L'entreprise considère que ces montants sont en réalité (ce qui n'est pas faux) des primes d'assurance sur litige ou travaux à venir, et les localise dans une société de réassurance, filiale de l'entreprise, domiciliée dans un pays adapté à ce type de gestion (paradis fiscal).

Le problème qui peut être posé n'est pas tant celui de la captive, mais plutôt celui de l'utilisation qui en est faite, car, si les fonds disparaissent, il est nécessaire de financer les travaux par une autre voie. C'est le spectre du détournement des fonds de retraites des salariés par un magnat britannique aujourd'hui décédé qui réapparaît.

Enfin, on peut citer une problématique proche qui est celle des sociétés d'assurances qui seraient tentées d'emprunter dans un environnement offshore. Le ticket d'entrée est alors souvent proche du milliard d'euros.

Une telle entreprise peut, avec toutes les autorisations administratives requises, emprunter des fonds douteux et les blanchir au travers du remboursement des intérêts d'abord, du remboursement du capital ensuite.

L'opération reste totalement invisible tant qu'on ne rentre pas dans l'historique et dans le détail des montages.

III. - LA DECLARATION DE SOUPÇON DES AVOCATS

1. LA LOI DU 11 FEVRIER 2004

La directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment a été transposée par la loi du 11 février 2004. L'article 70 vise les avocats dans le Code monétaire et financier.

Selon cet article, les avocats sont soumis à l'obligation de déclaration de soupçon prévue à l'article L. 562-2 du Code monétaire et financier lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle :

- ils réalisent au nom et pour le compte de leur client toute transaction financière ou immobilière ;
- ils participent en assistant leur client à la préparation ou à la réalisation des transactions concernant :
 - l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce ;
 - la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client ;
 - l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ;
 - l'organisation des apports nécessaires à la création de sociétés ;
 - la constitution, la gestion ou la direction des sociétés ;
 - la constitution, la gestion ou la direction de fiducies de droit étranger ou de toute autre structure similaire.

La déclaration de soupçon doit être adressée au bâtonnier qui décide de la transmission à TRACFIN¹³⁶.

2. LES RECOMMANDATIONS DU GAFI

En préambule aux mesures particulières pour lutter contre le blanchiment et le financement du terrorisme, le GAFI indique que les pays devront veiller à ce que les lois sur le secret professionnel des institutions financières n'entravent pas la mise en œuvre des recommandations.

Parmi ces mesures, l'une concerne un devoir de vigilance relatif à la clientèle et un devoir de conservation des documents. La transposition de ces dispositions pour les professions juridiques donne lieu à la recommandation 16 des recommandations révisées du GAFI, qui reprend les mêmes dispositions que celles prévues dans la loi du 11 février 2004.

Toutefois, cette obligation est atténuée par un dernier alinéa mentionnant : « *Les avocats, les notaires, les autres professions indépendantes et comptables agissant en qualité de juristes indépendants ne sont pas tenus de déclarer les opérations suspectes si les informations qu'ils détiennent ont été obtenues dans des circonstances relevant du secret professionnel ou d'un privilège professionnel légal [...]* »

Il s'agit maintenant de savoir comment ces obligations nouvelles seront mises en œuvre au sein des cabinets d'avocats. Pour cela, un projet de décret en France est à l'étude visant à actualiser le dispositif des déclarations de soupçon envoyées à TRACFIN et devait être publié en février 2005.

Le bâtonnier devra sans doute dans ce cadre s'impliquer dans la mise en œuvre d'une sorte de contrôle interne des procédures de diligence

¹³⁶ Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN), organisme créé en 1990 et recevant les déclarations de soupçon dans le cadre de la lutte antiblanchiment.

applicables dans les cabinets.

3. LA DIVERSITE DES STATUTS DANS LA PROFESSION D'AVOCAT DANS LE MONDE

Les missions des avocats peuvent se décliner de la manière suivante :

- l'avocat représente, conseille et assiste un prévenu dans un cadre judiciaire ;
- l'avocat exerce une profession de gérant d'affaires ;
- l'avocat réalise des intermédiations dans des transactions immobilières ;
- l'avocat gère des fiducies, des trusts ;
- l'avocat administre des biens.

On rencontre par ailleurs des avocats qui exercent des activités de comptable, de gérant de fortune et, par exemple, d'agent de sportifs.

Cette diversité complique l'application des normes juridiques à l'échelle internationale et contrecarre la lutte contre le blanchiment notamment.

Le risque est de voir se développer des officines de conseil spécialisées dans des pays à législation peu regardante.

Exemple :

Un avocat possède deux cabinets, un dans un pays à législation répressive, l'autre dans un paradis fiscal. Il fait traiter les opérations délicates et les transferts à risques dans le pays moins contrôlé et maintient une activité licite dans l'autre.

4. BLANCHIMENT ET AVOCATS

Quels que soient les montages, une complicité entre le blanchisseur et le conseil doit exister. Les montages les plus souvent observés sont :

- la création d'un faux dossier sur lequel des transferts de fonds vont apparaître ;
- la création d'un faux contentieux avec ou sans arbitrage, suivi d'une transaction ;
- l'utilisation d'un vrai dossier mais à des fins différentes de ce qui est prévu ;

- l'utilisation d'un vrai dossier mais pour régler des dépenses qui sont sans rapport avec ces affaires ;
- l'utilisation d'un compte d'affaires à des fins personnelles.

Le plus grand risque de blanchiment est présent lorsque les compétences techniques sont croisées : des pénalistes s'associent à des fiscalistes, ou encore à des notaires ou des gestionnaires de fortune, pour « traiter » une opération particulière. Le montage est alors particulièrement efficace, car toutes les failles et tous les risques potentiels sont évités.

5. LA CAISSE DES REGLEMENTS PECUNIAIRES DES AVOCATS (CARPA)

En France, les avocats sont tenus de déposer fonds, effets ou valeurs reçus pour le compte de leur client à la CARPA. Il existe une CARPA dans chaque barreau. Elle a une obligation de déposer les fonds sur un compte ouvert soit à la Caisse des dépôts et consignation, soit dans une autre banque. Ce dépôt doit assurer une protection similaire à celle du secteur bancaire. La CARPA est chargée de suivre et d'analyser les sommes déposées.

Les principes de fonctionnement de la CARPA sont les suivants :

- chaque CARPA dispose d'un compte bancaire unique auprès d'une banque ;
- des sous-comptes sont ouverts pour chacun des cabinets ;
- des sous-comptes sont ouverts pour chaque affaire de chaque cabinet ;
- aucun transfert n'est possible entre sous-comptes ;
- une commission de contrôle composée d'avocats a été créée en 1996. Elle a la possibilité d'effectuer des investigations de forme ou de respect de la réglementation ; elle peut mettre une CARPA sous tutelle, mais ne dispose pas de pouvoirs coercitifs.

La CARPA doit permettre le contrôle des éléments suivants :

- la position bancaire et comptable des sous-comptes affaires ;
- l'intitulé et la nature des affaires ;
- la provenance des fonds crédités sur les sous-comptes « affaires » ;
- l'identité des bénéficiaires des règlements ;
- les affaires dont le montant des crédits est supérieur au plafond des assurances garantissant la représentation des fonds ;
- la justification du lien entre les règlements pécuniaires des avocats et des actes juridiques ou judiciaires accomplis par ceux-ci, dans le cadre de leur exercice professionnel ;

- l'absence de mouvement dans un sous-compte affaire.

Grâce à l'analyse de ce dispositif informatisé, la cartographie du risque de détournement et de blanchiment dans la profession est clairement identifié.

Ainsi, les dépôts de fonds sont individualisés, par avocat et par affaire, toute compensation entre les différents comptes étant prohibée. Le président de la CARPA a, en outre, le pouvoir de contrôler la provenance des fonds crédités sur les sous-comptes « affaires », l'identité des bénéficiaires des règlements, ainsi que la justification du lien entre les règlements pécuniaires des avocats et les actes juridiques ou judiciaires accomplis.

Les risques de manipulation existent. Par exemple, un cabinet d'avocats indélicats ouvre un faux dossier (destiné à blanchir des fonds) et le transmet à la CARPA. La déclaration de ce faux dossier à la CARPA légitime le passage de fonds dont le caractère illégal est difficilement mis en doute par la banque qui va recevoir le virement, sauf s'il existe une déconnexion entre l'importance du flux et l'environnement.

Toutefois, la CARPA constitue un dispositif de prévention et d'alerte, efficace en matière de lutte contre le blanchiment. Ce dispositif pourrait être utilement généralisé à l'ensemble des pays qui souhaitent lutter véritablement contre le blanchiment.

IV. - LA DECLARATION DE SOUPÇON ET LES NOTAIRES

La loi n° 2004-130 du 11 février 2004 étend à de nouvelles professions les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment.

L'article 562-1 du Code monétaire et financier dans trois alinéas vise les experts comptables et les commissaires aux comptes, les notaires [...], ainsi que les avocats dans des conditions spécifiques.

Il impose aux professions citées, dont certaines étaient déjà soumises à déclaration, des obligations de vigilance comme :

- s'assurer de l'identité de leurs clients et se renseigner sur l'identité véritable des personnes avec lesquelles ils nouent une relation contractuelle ;
- respecter les précautions particulières concernant les opérations importantes et inhabituelles ;
- assurer la conservation des documents relatifs à l'identité des clients et aux opérations réalisées.

Une opération de blanchiment requiert plusieurs intervenants, au sujet desquels des investigations approfondies doivent alors être engagées.

Dans les opérations auxquelles il participe, le notaire doit en particulier identifier :

- la personne qui met en œuvre l'opération juridique ou commerciale ;
- la « chose » ou l'opération juridique ;
- la nature du contrat ;
- le prix et les modalités de paiement ;
- toute opération qui reste incomprise¹³⁷.

La personne qui met en œuvre l'opération ou qui en bénéficie intervient de manière directe, en tant que personne physique.

Elle peut également intervenir de manière indirecte grâce à l'entremise d'une autre personne, qui « porte » alors son opération, ou sous couvert d'une personne morale (SCI ou société commerciale). La dissimulation, si elle existe, peut être organisée grâce à des sociétés écran, des sociétés civiles immobilières ou des sociétés commerciales *ad hoc*.

La chose ou l'opération juridique est le produit, ou le bien immobilier, ou la prestation, ou l'opération financière. Le notaire doit analyser la nature de l'opération qu'il traite de manière à connaître parfaitement le produit, ou le bien immobilier, ou la prestation.

L'étude de la nature du contrat est primordiale. En effet, les modalités juridiques donnent de nombreuses informations permettant d'identifier des carences ou la possibilité de manipulation ; par exemple, un contrat de prêt qui ne stipule pas de modalités de remboursements ou des transferts de propriété qui ne sont pas compréhensibles.

Enfin, le prix et les modalités de paiement doivent faire l'objet d'un examen tout particulier.

Dans l'immobilier, la surfacturation est toujours à rechercher. Tout paiement anormalement élevé peut être un indicateur de blanchiment. Et tout paiement anormalement bas peut être aussi un indicateur de risque, la transaction illégale pouvant alors se poursuivre sous une autre forme.

L'analyse du cheminement des fonds est aussi un point d'identification essentiel du risque.

Dans les achats de sociétés qui génèrent des « *amalgames* » de fonds légaux et illégaux dans la comptabilité, il convient par exemple d'examiner les points suivants :

- La viabilité économique du commerce (situation géographique, clientèle potentielle).
- Pourquoi se décide-t-on à acheter un restaurant toujours vide?

En somme, les notaires doivent veiller à s'assurer de la crédibilité de

¹³⁷ Les analystes américains qualifient cette approche de ODC : *odd strange & curious*.

l'opération.

Du fait de leur activité et de la reconnaissance qu'elle entraîne, certains notaires peuvent malheureusement se livrer à des opérations illégales, faux en écriture, fausse déclaration et fausses facturations. Ces actes illégaux sont précisément utilisés pour masquer l'origine d'actifs douteux ou pour effectuer des transferts internationaux.

Exemple :

Un notaire, partenaire d'une étude importante, réalisait un chiffre d'affaires immobilier important, bien supérieur à celui des autres notaires de la région. Ce chiffre d'affaires était réalisé avec des personnes « douteuses » et réputées disposant d'espèces. Le notaire avait organisé un montage pour se dispenser des obligations de déclaration de soupçon. En effet, il avait passé un accord avec une banque d'affaires de faible envergure ; ainsi, chaque fois que les délinquants réalisaient une opération, ils apportaient les fonds en espèces dans une agence de la banque à l'étranger, qui transférait les fonds à l'agence locale. Cette dernière émettait à l'ordre du notaire un chèque de banque.

En conclusion, pour un notaire les indicateurs de risque de l'existence d'une opération frauduleuse les plus pertinents pourraient être déclinés de la manière suivante :

- l'exigence d'établir le compromis de vente sous seing privé sans possibilité d'identifier les parties ;
- l'exigence de la confidentialité de la transaction ;
- l'existence de l'intervention de sociétés étrangères à la transaction ;
- la provenance géographique des fonds placés dans des banques situées dans des paradis fiscaux ou dans des pays non évalués par le GAFI ;
- l'existence d'un montage incompréhensible ou trop complexe au regard de l'opération ;
- et... le flair qui fait qu'on arrive avec l'expérience à « sentir » une opération douteuse.

CHAPITRE V

Thèmes d'actualité

LE TSUNAMI N'A PAS FINI DE PROVOQUER DE NOUVELLES VAGUES

La catastrophe qui s'est produite en Asie le 26 décembre 2004 pourrait bien donner lieu au déferlement d'une vague d'un autre genre, celle des aides publiques et privées qui devraient normalement converger vers les victimes. Les sommes annoncées sont considérables, puisque l'élan de générosité se chiffrerait à une dizaine de milliards d'euros¹³⁸. On peut dès lors redouter qu'une plus ou moins grande partie de cette somme ne soit détournée. Cette situation affecterait essentiellement, mais pas seulement, les aides privées.

Dans son rapport 1995 relatif au secteur de la santé, le SCPC mettait déjà en garde contre « *ce foisonnement qui ne va pas sans quelques graves dérives* ». Il dénonçait le fait de se « *jouer du malheur et de la solidarité, de la générosité publique, en abusant de la confiance générale* », et il ajoutait : « *Il paraît 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.* »

Dans le rapport 2002 relatif aux dérives du monde associatif, il abordait le problème des dons sur la voie publique dans les termes suivants : « *Ils peuvent prendre la forme d'espèces, de chèques ou de virements. Ils peuvent être effectués au profit de nombreuses associations pour lesquelles ces dons représentent l'une des principales sources de financement. Le risque est celui afférent aux liquidités et aux détournements qui peuvent être opérés au niveau de l'encaisse, donc avant toute centralisation, mais aussi au moment du collationnement des quêtes ou au moment où les sommes sont remises en banque. Ce risque est présent dès l'instant où il n'y a pas de séparation des pouvoirs. En effet, lorsque le dirigeant a bloqué les contrôles, il lui est possible de faire directement ou indirectement ce qu'il veut. Directement, car personne dans l'association n'aura suffisamment de pouvoir pour l'empêcher de le faire. Indirectement, par son influence au sein de l'association, le dirigeant trouvera toujours quelqu'un pour faire ce qu'il demande, même si l'ordre n'est que suggéré. Il en est de même lors du collationnement des quêtes où plusieurs personnes sont généralement présentes. Cette prestation peut être sous-traitée à des entreprises privées.* »

Dans le rapport 2003, il se faisait l'écho de certaines bonnes pratiques en ces termes : « *Bien avant que de graves scandales n'éclatent, une vingtaine de grandes associations et fondations faisant appel à la générosité du public et l'UNIOPSS¹³⁹ ont créé, en 1989, le "Comité de*

138 « Tsunami : promesses et réalités », *L'Express*, 7/02/2005, page 118.

139 Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés sanitaires et sociaux.

la charte de déontologie des organismes faisant appel à la générosité du public". Ces organismes entendaient montrer qu'il existait une volonté de rigueur et de transparence dans le monde associatif lui-même. »

Enfin, dans son rapport 2000 consacré à l'adoption, aux situations de détresse et à l'exclusion, il rappelait que : « *Le désir d'enfant qui ne peut être exaucé, confine chez certaines personnes ou certains couples à une souffrance morale telle qu'elle occulte tout autre sujet de préoccupation. Les deux dernières décennies, ont encore accru l'idée d'injustice pour les personnes en mal d'enfant. En effet, les progrès de la science et de la médecine, qui permettent de lutter contre certaines stérilités ou de proposer des fécondations in vitro, notamment, rendent encore plus insupportables les échecs de ces techniques. Par ailleurs, dans une époque qui a perdu beaucoup de ses repères et de ses valeurs de référence, la quête "éperdue" d'un enfant correspond aussi à une recherche de sens de la vie. Cette dimension "existentielle", porte à un certain paroxysme le désarroi des individus. Enfin, comme a pu le dire une mère adoptive dans un reportage télévisé, en empruntant le jargon économique, "la demande crée l'offre". Or, dans un tel contexte, où l'enjeu est considérable, "des marchands de bonheur" sévissent, dans le sillage de personnes et d'organismes intègres. Ils proposent à grands frais leur expérience, leurs relations, leurs conseils et leur intermédiation. Ils n'hésitent pas à user d'astuces et de faux pour contourner les obstacles de toutes natures, réglementaires notamment. Aux futurs parents qui pourraient avoir quelques scrupules en dépit de leur rêve d'avoir un enfant, ces intermédiaires font valoir qu'il s'agit de faire le bien d'un enfant et, par suite, que la fin justifie les moyens. Les risques de corruption sont donc présents à toutes les phases de la démarche parentale puis de la procédure d'adoption. »*

Ces textes ont aujourd'hui une cruelle actualité, qu'il s'agisse de la collecte de fonds ou de la situation de nombreux enfants orphelins susceptibles d'être « les objets » d'un monstrueux trafic.

Outre la collecte d'espèces, dont le détournement est un jeu d'enfant, le développement d'internet donne des possibilités supplémentaires aux escrocs.

Le procédé consiste, à partir d'un faux site d'une banque connue, parfaitement imité, à pirater les comptes bancaires de particuliers insouciant. Les pirates prétendent que, à la suite d'une attaque informatique, ils ont perdu les références bancaires des clients. Ces derniers sont invités à les retourner dans les meilleurs délais.

Transposé au problème qui nous préoccupe, les pirates vont créer des faux sites similaires à ceux des organisations non gouvernementales (ONG) les plus connues et détourner les fonds à leur profit avant de disparaître, la manipulation étant facilitée par son caractère transnational.

Au moment de la distribution des fonds sur place, les ONG peuvent aussi être les victimes de divers détournements, tels les chantages effectués par des militaires ou policiers dévoyés ou des groupes terroristes.

Les compagnies d'assurances doivent également s'attendre à un déferlement de dossiers de supposés sinistres, ce qui permettra aux escrocs locaux d'arrondir les sommes détournées au préjudice, mais à l'insu, de généreux donateurs. Il faut encore ajouter les activités corruptrices de certaines personnes désirant, pour des motifs divers, « disparaître » et obtenir, en l'achetant, une nouvelle identité.

Comme on le vérifiera, hélas, une nouvelle fois, le malheur des uns fera encore le bonheur des autres.

LES « MARGES ARRIERE »

La campagne entreprise en juin 2004 par le ministre de l'Economie et des Finances pour obtenir une baisse des prix dans la grande distribution a attiré l'attention sur ce qu'il est convenu d'appeler le système des « marges arrière ».

De quoi s'agit-il ?

Les sociétés de grande distribution, comme d'ailleurs tous les autres distributeurs, ne peuvent depuis 1963 revendre à perte. Or, compte tenu de l'importance des quantités de marchandises qu'elles offrent à leur clientèle, elles peuvent obtenir de leurs fournisseurs des conditions très avantageuses.

Le seuil de revente à perte constitue le prix plancher au-dessous duquel la marchandise ne peut être revendue. Ne peuvent être prises en compte dans le calcul de ce seuil que les réductions de prix qui sont portées sur la facture, et non pas les divers services de coopération commerciale ou ristournes.

Le système des « marges arrière » consiste, pour la grande distribution, dans le fait de négocier des conditions avantageuses hors facture de vente, par la facturation ultérieure au fournisseur de prestations, en principe réelles, telles que la promotion du produit, sa mise en valeur dans les rayons, notamment par rapport à d'autres produits de même catégorie, etc. On en recenserait environ 450 sortes ! L'obtention de ces conditions avantageuses, qui n'apparaissent pas sur la facture de vente, conduit à limiter les réductions de prix sur facture au profit des marges arrière, et donc à maintenir un prix de revente au consommateur d'un niveau plus élevé. Avec ce système, l'opération est « blanche » pour le distributeur, comme s'il avait obtenu dès le départ une marge très favorable.

Ces sommes représenteraient plus de 30 % du tarif d'achat des grandes marques, mais elles ne peuvent être prises en compte dans la fixation du prix, car sinon il y aurait revente à perte. Leur plafonnement serait donc actuellement envisagé et pourrait être de l'ordre de 20 %, ce qui entraînerait une augmentation mécanique de la réduction consentie par le fournisseur et par voie de conséquence une diminution du prix.

Bien que concernant seulement actuellement les produits de grande consommation, d'autres secteurs, comme le bricolage, le sport, l'habillement, etc., pourraient développer le même système. Certains prétendent, sans que le Service ait pu formellement le vérifier, qu'il pourrait en être de même dans le secteur de la vente des produits pharmaceutiques, en particulier des médicaments dits génériques, dont le prix se trouve ainsi relevé, au préjudice notamment de la Sécurité sociale, dont on connaît par ailleurs la situation déficitaire.

Ce système est aussi appliqué aux sociétés d'assurances.

Aux Etats-Unis, les sociétés de courtage les plus importantes ont été dénoncées au procureur général de l'Etat de New York en raison du fait que, lors de la souscription de contrats, les entreprises ignoraient que ceux qui leur étaient proposés par leurs courtiers dépendaient des commissions que celui-ci recevait de certains assureurs, au détriment des autres. En d'autres termes, le courtier favorisait certaines compagnies non pas en raison de la qualité de leurs prestations, mais en raison de l'importance de la somme à lui versée, selon le principe des « marges arrière ». Ces versements sont appelés « commissions contingentes ».

Le courtier se trouve en effet dans une situation de grand risque au niveau du conflit d'intérêt, car placé au centre des relations entre l'assureur et l'assuré. Son rôle consiste en principe dans le fait de conseiller au mieux son client face aux offres des différentes compagnies. Il y a alors un risque qu'il favorise une compagnie plutôt qu'une autre, moyennant certains avantages et sans que la prestation soit la meilleure pour son client.

La rémunération des courtiers s'effectue en effet de la façon suivante :

- les honoraires qui sont à la charge du client ;
- les commissions versées par les compagnies d'assurances.

Les honoraires versés par le client représentent un pourcentage du prix facturé par la compagnie d'assurances. Plus le prix est élevé, plus les honoraires sont importants.

L'utilisation du système des « marges arrière » permet aux courtiers de favoriser telle ou telle compagnie moyennant une rémunération qui se fera sous forme de facturation de prestations. Ainsi, le client est doublement lésé. Il a payé des honoraires surévalués et il n'a pas reçu les conseils objectifs qu'il était en droit d'attendre de son courtier.

Rappelons, pour qu'il n'y ait pas d'équivoque, que ce système est utilisé aux Etats-Unis et qu'il est actuellement soumis à l'attention du procureur général de l'Etat de New York.

CHAPITRE VI

La lutte internationale contre la corruption

La communauté internationale ne s'intéresse véritablement à la lutte contre la corruption que depuis une dizaine d'années. Longtemps tabou au sein des institutions internationales, elle est devenue aujourd'hui un thème très actuel de débats, qui, entre autres initiatives, donne lieu, tous les deux ans, à la tenue d'un impressionnant forum mondial.

En parallèle, il y a lieu de remarquer que le champ de la lutte internationale contre la corruption s'est étendu au secteur privé et à celui des agents publics.

Les conventions internationales contre la corruption présentent entre elles des similarités évidentes, mais comportent également certaines caractéristiques distinctes, dans leur objet, leur formulation et dans le détail des mesures préconisées. Les textes les plus importants - dans l'ordre chronologique de leur adoption - sont ceux de l'Organisation des Etats américains (OEA), de l'Union européenne (UE), du Conseil de l'Europe, de l'Union africaine (UA), et des Nations unies (ONU). Les activités d'autres organisations internationales seront également brièvement évoquées.

I. - L'ORGANISATION DES ETATS AMERICAINS (OEA)

La Convention interaméricaine contre la corruption adoptée le 29 mars 1996 à Caracas, et ratifiée à ce jour par 33 pays sur les 34 membres de l'organisation (non-ratification par la Barbade, Cuba ayant été exclu en 1962 de l'Organisation), constitue historiquement la première convention spécifiquement consacrée à la lutte internationale contre la corruption. Le texte a pour objectif de promouvoir et de renforcer le développement dans chaque Etat partie des mécanismes de prévention, de détection, de répression et d'éradication des faits de corruption.

Parmi les thèmes marquants, qui ont été assez largement repris dans d'autres conventions internationales ultérieures, il y a lieu de relever :

- l'établissement de codes de conduite dans les services publics incluant la prévention des situations de conflits d'intérêts ;
- un dispositif de signalement des faits de corruption par les agents publics ;
- la déclaration des revenus, des actifs et des engagements financiers de ces derniers ;
- un système garantissant l'équité dans l'attribution des marchés publics ;
- un dispositif de contrôle des recettes publiques ;
- la protection des agents publics et des citoyens qui dénoncent de bonne foi les faits de corruption ;

- la vérification de la sincérité des comptes et des écritures des entreprises et organismes publics ;
- l'incrimination pénale de la corruption active et passive des agents publics nationaux ainsi que celle de corruption active des agents publics étrangers ;
- l'enrichissement injustifié des agents publics du recel des produits de la corruption, de la tentative et de la complicité de corruption, et du détournement de biens publics;
- le recours éventuel à l'extradition ;
- la compétence de chaque Etat en matière de poursuites fondée conjointement sur la nationalité et la territorialité nationale ;
- la levée du secret bancaire ;
- l'assistance mutuelle au regard de l'identification, de la traçabilité, du gel, de la saisie, de la confiscation et du transfert des produits de la corruption.

Il est précisé en outre qu'un acte de corruption constitue une infraction de droit commun et ne peut légitimer un classement en infraction de caractère politique.

Il convient de noter que, tout en instituant les principes fondamentaux et novateurs d'une lutte coordonnée contre la corruption, la Convention interaméricaine s'intéresse exclusivement aux faits de corruption dans les services publics. Avant de ratifier la convention, les Etats parties ont procédé aux modifications de certains points de leur législation interne. Toutefois, le texte prévoit, de manière réitérée, que la plupart des dispositions recommandées sont prises en adéquation avec les règles constitutionnelles et légales en vigueur au sein de chaque Etat et que des réserves sont autorisées. Cela limite naturellement le champ d'application du texte.

II. - L'UNION EUROPEENNE

Depuis les années 1990, l'Union européenne s'est engagée dans une politique globale de lutte contre la criminalité organisée incluant la corruption et le blanchiment.

L'article 29 du traité de Maastricht sur l'Union européenne (1992), relatif à la coopération policière et judiciaire, intéresse, entre autres domaines, celui de la corruption, qui figure également parmi les composantes de la criminalité financière organisée (plan d'action du Conseil de Vienne de 1998 et Conseil européen de Tampere de 1999).

Parmi les principales dispositions mises en œuvre, il y a lieu de citer la Convention relative à la protection des intérêts financiers de l'Union

(PIF) du 26 juillet 1995 et son premier protocole, qui traitent des fraudes commises en recettes et en dépenses aux dépens du budget communautaire. Ils sont entrés en vigueur le 17 octobre 2002. Par ailleurs, le règlement 2988/95 du 18 décembre 1995 vise également la protection des intérêts financiers des Communautés européennes.

Ces trois textes prévoient de sanctionner les préjudices volontaires portés aux intérêts financiers de l'Union, le détournement de fonds communautaires et la non-communication des informations ; la tentative et la complicité sont punissables ; la mise en jeu de la responsabilité pénale directe ou subsidiaire des dirigeants d'entreprises est prohibée (principe de *culpa in vigilando*).

Les sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives et doivent comporter une peine de privation de liberté et l'éventuelle extradition au regard des faits considérés comme graves (montant minimal de 50 000 euros) ; la prescription des poursuites est fixée au minimum à trois ans.

Les textes de base ont été complétés par le règlement n° 2185/96 du Conseil relatif aux vérifications sur place réalisées par les services de la Commission et par la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil n° 2004/01172 concernant l'assistance administrative mutuelle entre les Etats membres dans le cadre de la protection des intérêts financiers de l'Union.

Par ailleurs, une convention, assortie de protocoles additionnels, a été adoptée le 25 juin 1997 concernant la lutte contre la corruption des fonctionnaires des Communautés et des fonctionnaires des Etats membres. Celle-ci instaure l'incrimination de corruption active et passive des fonctionnaires communautaires et nationaux, des ministres, des élus et des magistrats ; les commissaires, les membres de la Cour des comptes et de la Cour de justice européenne sont responsables en vertu des dispositions nationales de leur Etat d'appartenance applicables aux ministres, magistrats et membres des Cours des comptes. La responsabilité pénale des chefs d'entreprise est à nouveau mentionnée dans ce texte.

D'autres dispositions traitent de la prévention et de la coopération en matière de blanchiment, y compris à la suite de délits de corruption.

Les accords de Schengen, dont la convention d'application a été signée le 19 juin 1995, organisent la coopération policière et judiciaire entre les Etats membres signataires. Celle-ci se trouve notablement renforcée par la mise en place d'un mandat d'arrêt européen, applicable aux délits de corruption (décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002). Il en va de même avec la création d'Europol, en 1992, et d'Eurojust, en 2002, en charge de la coopération policière et/ou judiciaire sous forme d'échanges d'information et de soutien technique concernant, entre autres, les délits de corruption et de blanchiment.

Une action commune a été adoptée en 1998 à propos de la corruption dans le secteur privé. Le programme Falcone, ainsi nommé en référence au magistrat italien assassiné, a pour objet d'harmoniser les mesures de prévention de la corruption dans les marchés publics.

Par ailleurs, la bonne gouvernance, et donc la mise en œuvre de programmes de lutte contre la corruption, sont considérées comme une conditionnalité au renouvellement des accords de coopération et d'aide au développement (accords Afrique-Caraïbe-Pacifique, ACP).

Enfin, l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), institué en 1999, a pour mission de combattre les fraudes portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. L'Office conduit des enquêtes internes au sein des institutions européennes et des enquêtes externes au sein des Etats membres ou dans des pays tiers en collaboration avec les autorités nationales.

De plus, le projet d'instaurer un parquet européen s'inscrit dans le même souci de lutter contre la criminalité transnationale, et par conséquent contre la corruption qui y est liée.

Enfin, l'Union s'est activement employée à actualiser les législations et les dispositifs organisationnels de lutte contre la corruption au sein des pays de l'Est européen qui sont devenus récemment membres.

La politique anticorruption de l'UE vise avant tout à protéger les intérêts financiers du budget communautaire à lutter contre les dérives possibles de ses agents et des agents publics nationaux.

De fait, la coopération opérationnelle entre les Etats membres s'est améliorée sur ce thème, et la communautarisation des procédures pénales se renforce progressivement.

Par exemple, en 1997, le montant des fraudes au budget communautaire s'élevait à 1,3 million d'euros, soit 1,3 % dudit budget pour l'année considérée. En 2002, il ressortait des communications faites par les Etats membres que l'arriéré cumulé des irrégularités en attente de recouvrement dans le secteur du FEOGA-section Garantie¹⁴⁰ atteignait 2,2 milliards d'euros pour l'ensemble de l'Union. A noter toutefois, que ces chiffres ne correspondent que partiellement à des faits avérés de corruption ou de blanchiment.

Il y a lieu de remarquer cependant que, par définition, le cadre normatif de l'Union est circonscrit aux 25 Etats membres actuels, étant entendu que les nouveaux pays membres sont naturellement tenus à intégrer l'« acquis communautaire », et qu'il n'a pas valeur universelle. De plus, les textes communautaires n'évoquent pas la participation de la société civile ou du

140 Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA).

public, notamment en matière de signalement des cas de corruption, bien qu'il existe un numéro vert dans chaque Etat pour dénoncer des faits de corruption.

Par ailleurs, bien que l'ordonnancement juridique communautaire organise les contrôles juridictionnels de la mise en œuvre par les Etats membres des dispositions communautaires, il n'existe pas de mécanismes propres de suivi et d'évaluation en matière de lutte contre la corruption, tels qu'ils peuvent apparaître dans d'autres conventions internationales. Enfin, le dispositif communautaire se limite actuellement aux fraudes relatives aux intérêts financiers de l'Union et aux cas de corruption et de blanchiment impliquant des agents publics et des personnes en charge d'une fonction publique.

III. - L'ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE)

Dès 1989, l'Organisation a souhaité traiter de la question de la corruption internationale dans le cadre de ses réunions en se fixant deux objectifs majeurs et complémentaires : lutter contre la corruption dans les transactions commerciales internationales et rétablir une concurrence loyale entre tous les opérateurs économiques.

En 1994, après avoir constitué un groupe de travail *ad hoc* et avoir mené des études comparatives portant sur les effets de la corruption internationale, l'organisation a élaboré une première recommandation concernant la corruption dans le cadre des relations commerciales internationales. Une seconde initiative s'est traduite en 1996 par l'élaboration d'une recommandation sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers. Parallèlement, plusieurs recommandations ont été adoptées au regard des clauses anticorruption à intégrer dans les contrats de marchés publics et de l'amélioration du comportement éthique dans les services publics.

Enfin, une recommandation révisée sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales a été adoptée le 23 mai 1997. L'aboutissement du travail normatif de l'OCDE s'est ainsi notamment matérialisé par l'adoption, en 1997, de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

Il y a lieu de mentionner que les textes considérés constituent des formules de référence qui ont d'ores et déjà été adoptées par des pays non membres de l'OCDE.

L'organisation regroupe aujourd'hui 30 pays, qui comptent parmi les principaux exportateurs mondiaux.

La convention a prévu un dispositif de surveillance d'application, dont la responsabilité a été confiée au groupe de travail de l'OCDE sur la corruption.

En avril 1999, cette instance a engagé un programme de suivi systématisé et de promotion de l'application des dispositions du texte en deux phases.

La phase 1, qui s'est prolongée de 1999 à 2004, a consisté à vérifier sur pièces si le dispositif normatif des Etats parties était conforme aux dispositions de la convention. Tous les pays adhérents ont, à ce jour, fait l'objet d'un examen de cette nature. Le constat d'ensemble a ainsi été opéré d'une adaptation globale et progressive des législations nationales aux principes définis dans la convention.

A ce titre, certaines évolutions ont pu être observées :

- un pays qui ne reconnaissait pas l'interdiction de la déductibilité fiscale des pots-de-vin a été invité à modifier sa législation ;
- des divergences d'interprétation de la notion d'agent public étranger ont été relevées ;
- au Japon, la notion d'agent public étranger a été élargie, et la loi de prévention de la concurrence déloyale amendée ;
- en Slovaquie, l'infraction de corruption d'agents publics étrangers a été étendue aux tiers bénéficiaires ;
- la Grande-Bretagne a institué une infraction de corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de l'adoption d'une loi antiterrorisme ;
- la France a intégré, par la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000, les dispositions de la convention dans son code pénal (art. 435-3 et 4).

En amorçant la phase 2 du suivi des dispositions conventionnelles, le groupe de travail a organisé des échanges réguliers d'informations afin d'actualiser en permanence les évolutions du corpus juridique des Etats parties. Cette seconde phase d'évaluation, qui a débuté en novembre 2001, vise à examiner en pratique la nature des structures et des mécanismes institutionnels établis aux fins d'assurer le respect des dispositions de la convention.

Après l'analyse des réponses à un questionnaire apportées par le pays examiné, une mission est conduite par le secrétariat de l'OCDE avec trois experts de deux pays examinateurs ; elle débouche sur la rédaction d'un rapport discuté en plénière puis rendu public.

La convention s'intéresse à la corruption active, et accessoirement

au trafic d'influence actif, à la prise illégale d'intérêts et à la concussion provoquée d'agents publics étrangers. Elle ne vise donc pas la corruption ou le trafic d'influence passifs des agents publics étrangers. L'infraction est constituée dès lors qu'il y a corruption ou tentative de corruption, même dans le cas, par exemple, où une entreprise, mieux disante, aurait pu, au final, obtenir régulièrement un marché.

Toutefois, la corruption n'est pas retenue lorsque l'avantage, qui pourrait être jugé indu dans certains Etats, est formellement autorisé par la législation, la réglementation ou la jurisprudence du pays de l'agent public étranger en cause.

La convention ne s'applique qu'aux infractions concernant les transactions commerciales internationales. Elle ne concerne donc pas la « petite » corruption.

Elle permet toutefois les paiements dits « de facilitation », comme, par exemple, ceux qui se traduisent par des versements afin d'obtenir la délivrance d'autorisations administratives banales et régulières.

De même, la convention ne vise pas les faits de corruption qui se placent dans le cadre des transactions commerciales et les marchés publics internes à un pays considéré, ceux-ci étant censés être réprimés par la législation nationale du pays de l'agent public corrompu. Elle ne traite pas des faits de corruption entre des agents du secteur privé. La tentative, la complicité ou le complot non suivis d'effet ne sont punissables pénalement que dans la mesure où le droit national propre à chaque Etat partie le prévoit explicitement.

Malgré des avancées notables, la convention n'en présente pas moins certaines limites qui font obstacles à son application :

- la notion d'agent public étranger, au sens du texte de la convention, est très étendue (ministres, parlementaires, élus locaux, fonctionnaires d'Etat et des collectivités territoriales, magistrats, agents des entreprises et organismes publics et des organisations internationales). Toutefois, la définition des immunités politiques ou diplomatiques peut, dans certains pays, limiter les conditions d'engagement des poursuites. La corruption des chefs d'Etat et de gouvernement ou celle des familles princières régnautes n'est pas explicitement prévue par la convention (l'exercice d'un mandat politique ou de fonctions publiques héréditaires n'étant pas explicitement mentionné), ce qui occulte, de fait, certains cas notoires de corruption.
- la responsabilité pénale des personnes morales est une exigence de la convention. Cependant, cette notion juridique, très récente dans certains Etats, n'est pas utilisée ou l'est très rarement ; par ailleurs, la responsabilité pénale d'une maison mère n'est pas engagée dans

certaines pays quand une de ses filiales fait l'objet de poursuites, alors qu'inversement cela peut être le cas ailleurs

- l'article 5 de la convention mentionne que l'ouverture, le déroulement des enquêtes et l'engagement des poursuites sont régis par les réglementations nationales. Une telle disposition peut favoriser des distorsions, notamment dans les pays qui ne font pas de la lutte contre la corruption dans le domaine commercial international une priorité ou dont les structures nationales ne sont pas adaptées à des procédures d'enquêtes très spécialisées et coûteuses ;
- enfin, à la date du 10 mars 2004, 35 pays ont ratifié la convention dont les 30 pays membres de l'OCDE, auxquels s'ajoutent l'Argentine, le Brésil, la Bulgarie, le Chili et la Slovaquie. Ainsi, en l'absence d'accord bilatéral ou multilatéral, les demandes d'entraide judiciaire ne peuvent être formulées à l'adresse d'un Etat qui ne serait pas partie à la convention. Dès lors, la collecte de la preuve, qui en matière de corruption est toujours difficile à rapporter, se trouverait encore compliquée dans l'hypothèse où la collaboration d'un pays non adhérent à la convention et dont un agent public serait par définition impliqué dans un cas de corruption, se révélerait nécessaire à la démonstration des éléments constitutifs d'une infraction. La remarque s'applique similairement aux possibilités d'extradition de ressortissants d'un Etat donné qui séjournent dans un pays non- partie à la convention.

Pour mémoire, le SCPC dans son rapport 2001 a évoqué quelques montages qui permettent de faire échec à la convention.

A ce jour, aucune condamnation relative à la mise en œuvre de cette convention n'a été prononcée. Des enquêtes sont en cours dans plusieurs pays, notamment en Allemagne, aux Etats-Unis, au Royaume-Uni et en France.

En dépit des quelques restrictions mentionnées précédemment, il convient de souligner l'avancée que représente cette convention qui vient saluer l'engagement de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption transnationale. Elle a permis d'amorcer une évolution positive et perceptible au sein des entreprises actives sur les marchés internationaux.

L'OCDE a, par ailleurs, élaboré trois autres recommandations, en 1996, 1998 et 2003, relatives, respectivement, à l'application de clauses anticorruption dans les contrats de marchés publics financés par l'aide bilatérale, à l'amélioration des comportements éthiques dans les services publics et aux lignes directrices pour gérer les conflits d'intérêts dans le secteur public.

Enfin, il y a lieu d'observer que l'OCDE s'est investie dans des actions régionales de promotion de l'éthique dans des pays non membres (Russie, Etats baltes) et en Asie.

IV. - LE CONSEIL DE L'EUROPE

Le Conseil de l'Europe regroupe actuellement 46 Etats membres auxquels s'adjoignent 5 pays observateurs (le Canada, les Etats-Unis d'Amérique, le Japon, le Mexique et le Vatican) ainsi que la délégation israélienne d'observateurs parlementaires à l'Assemblée parlementaire.

C'est en 1994, lors de la Conférence de Malte des ministres européens de la Justice, que le Conseil de l'Europe s'est clairement engagé dans la lutte contre la corruption ; depuis il a, sous l'égide du Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC) puis du Groupe des Etats contre la corruption (GRECO), développé une stratégie élaborée de promotion de l'éthique et d'encouragement à la lutte contre la corruption internationale

Les principaux textes sont les suivants :

- la Convention relative au blanchiment de 1990, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime ;
- la résolution 97/24 du 6 novembre 1997, qui fixe les vingt principes directeurs que doivent observer les Etats membres. Le Groupe multidisciplinaire sur la corruption, constitué au sein du Conseil de l'Europe, était chargé d'élaborer les normes juridiques appropriées aux objectifs fixés et d'en suivre l'application.

1. La Convention pénale sur la corruption

La convention, signée le 9 septembre 1999 à Strasbourg, est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Elle définit les actes qui doivent être érigés en infractions pénales de corruption en conformité avec le droit interne des Etats parties. Il s'agit au titre des infractions :

- de la corruption active et passive d'agents publics nationaux ;
- du trafic d'influence actif et passif ;
- du blanchiment du produit des délits de la corruption ;
- des actes de complicité et de participation ;
- de la corruption active et passive de membres d'assemblées publiques nationales
- de la corruption active et passive d'agents publics étrangers ;
- de la corruption active et passive de membres d'assemblées publiques étrangères ;
- de la corruption active ou passive dans le secteur privé. Cette disposition, que l'on ne retrouve dans aucune autre convention, vise à assurer la transparence des relations sociales et économiques. A noter que les activités à caractère non lucratif sont ainsi exclues ;
- la corruption active et passive de fonctionnaires internationaux, des membres des assemblées parlementaires internationales, des juges

et des agents des cours de justice internationales. Le GRECO est chargé du suivi de la mise en œuvre de la convention.

La Convention pénale du Conseil de l'Europe reprend les définitions et la trame générale de la Convention OCDE de 1997 en la complétant significativement. Elle a une portée beaucoup plus large, puisque son champ d'application ne se réduit pas aux seules transactions commerciales internationales, mais s'étend à la corruption active et passive et au trafic d'influence. Pour autant, l'harmonisation des normes juridiques qui est recherchée ne vaut que dans la mesure où les obligations définies sont compatibles avec les dispositions constitutionnelles, les principes fondamentaux du droit interne et les réserves éventuellement formulées.

Certaines limitations peuvent également être cependant soulignées :

- les ONG ne rentrent pas dans la définition des organisations publiques internationales ou supranationales ;
- la convention condamne le trafic d'influence actif mais tolère le lobbying, pourtant proche ;
- la convention s'applique à toutes les instances judiciaires internationales officielles et aux membres de leurs greffes, mais ne concerne pas les tribunaux d'arbitrage ;
- les Etats parties peuvent formuler cinq réserves qui sont autant de limites à la mise en œuvre de la convention et à son application uniforme ;
- de plus, elle n'évoque pas la responsabilité pénale des chefs d'Etat, qu'ils soient élus, désignés ou héréditaires ;
- le signalement des faits de corruption par l'ensemble des citoyens n'est pas prévu de manière explicite.

A la fin novembre 2004, 46 Etats ont signé la convention (dont 3 Etats non membres du Conseil de l'Europe : la Biélorussie, les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique) qui a été ratifiée par 30 d'entre eux. 15 Etats membres du Conseil de l'Europe sont en cours de ratification (l'Allemagne, Andorre, l'Arménie, l'Autriche, l'Espagne, la Grèce, la Géorgie, l'Italie, le Liechtenstein, le Luxembourg, Monaco, la Russie, Saint-Marin, la Suisse et l'Ukraine).

2. La Convention civile sur la corruption

La convention, adoptée le 4 novembre 1999 à Strasbourg, est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2003. Il s'agit du premier texte international qui traite précisément des aspects civils de la corruption. C'est aussi le seul texte international qui donne une définition générale et précise de la corruption : « [...] *le fait de solliciter, d'offrir, de donner ou d'accepter, directement ou indirectement, une commission illicite, un autre avantage indu ou la promesse d'un tel avantage indu qui affecte l'exercice normal*

d'une fonction ou le comportement requis du bénéficiaire de la commission illicite, de l'avantage indu ou de la promesse d'un tel avantage. »

Le texte prescrit aux Etats parties d'instituer des mesures qui permettent aux victimes des actes de corruption d'obtenir rapidement la réparation des dommages subis et l'identité du responsable.

Le GRECO assure de même le suivi de la mise en œuvre de la convention.

La portée de la définition de la corruption qui figure dans la convention est relativement large. Le terme de « bénéficiaire » correspond à toute personne physique ou morale qui est affectée par un acte de corruption, tel que, par exemple, le versement d'une commission illégale ou l'octroi d'un avantage indu.

L'État ou l'autorité administrative de tutelle sont civilement responsables - éventuellement de manière subsidiaire - des actes de corruption commis par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions.

Le comportement du demandeur peut constituer une exception au principe de la réparation intégrale du dommage subi. L'indemnisation peut être modulée ou refusée en raison d'une faute ou d'une négligence fautive du demandeur. Ainsi, le défaut de surveillance d'un employeur à l'égard d'un employé chargé de négocier des marchés serait de nature à réduire le niveau de la réparation réclamée.

Le délai de prescription de l'action en réparation est fixé au minimum à trois ans et au maximum à dix ans à dater de la connaissance du fait de corruption ou du dommage. Ce libellé ne fait donc pas obstacle à l'application de dispositions nationales plus strictes. Les conditions de suspension ou d'interruption de la prescription relèvent du droit interne des parties.

Des mesures sont imposées en vue d'assurer la protection des employés et agents publics qui dénoncent de bonne foi des faits de corruption. Cette disposition est importante car, en pratique, de telles dénonciations peuvent aisément susciter des mesures de représailles de la part des dirigeants (mutations, réductions des rémunérations, changements d'affectation, limitation des perspectives de carrière, licenciements) et, consécutivement, une réticence certaine de la part des employés à transmettre des informations de cette nature. La protection ne couvre pas, bien sûr, les auteurs de dénonciations malveillantes ou orientées.

Conformément aux conventions internationales, notamment celles de Bruxelles de 1968 et de Lugano de 1988, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements civils et commerciaux, celles de La Haye de 1954, 1965, 1970 et 1980 relatives à la procédure civile, à

l'obtention de preuves et à la signification et à la notification des actes judiciaires en matière civile et commerciale, une coopération internationale doit s'instaurer au titre de la convention.

En novembre 2004, la convention avait été signée par 38 Etats et ratifiée, à ce jour, par 22 d'entre eux.

3. La recommandation du Conseil de l'Europe n° R 2000/10 du 11 mai 2000 sur les codes de conduite pour les agents publics

Il est recommandé aux Etats membres d'adopter des codes de conduite pour les agents publics en s'inspirant du modèle annexé à la recommandation. Le GRECO est chargé de suivre la mise en œuvre de cette recommandation.

Les principaux éléments du modèle proposé de code de conduite sont les suivants :

- les devoirs des agents publics : l'agent public doit s'acquitter de ses obligations professionnelles dans le respect des lois, des instructions légitimes et des règles déontologiques relatives à ses fonctions ; il doit agir d'une manière politiquement neutre et ne pas tenter de contrecarrer les politiques, les décisions ou les actions légitimes des autorités publiques et servir loyalement les autorités nationales, locales ou régionales légalement constituées. L'agent public doit se montrer honnête, impartial, compétent et efficace... ;
- l'obligation de rendre compte : l'agent public doit signaler aux autorités habilitées toute tentative visant à le faire agir de manière contraire à l'éthique, toute violation des règles du code de conduite commise par d'autres agents publics, toute preuve, toute allégation ou soupçon d'activité illégale ou délictueuse relative à la fonction publique dont il peut avoir connaissance. Les administrations doivent s'assurer que l'agent public qui signale de bonne foi un fait contraire à l'éthique ne subisse aucun préjudice. Les autorités administratives doivent, en outre, garantir le respect de la vie privée de l'agent public et tenir pour confidentiels les renseignements qui y sont relatifs ;
- les conflits d'intérêts : le conflit d'intérêts survient dans une situation où l'intérêt personnel d'un agent public est susceptible d'influer ou de paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions. La notion d'intérêt personnel de l'agent englobe tout avantage à son profit ou à celui de ses proches, de ses relations politiques, associatives, professionnelles ou privées; elle recouvre également toutes les obligations civiles ou financières auxquelles l'agent public est assujéti.

Ainsi, l'agent doit veiller :

- à l'existence d'une situation réelle ou potentielle de conflits d'intérêts ;
- à prendre les dispositions pour prévenir ces conflits d'intérêts ;
- à informer son supérieur de l'existence de telles situations dès qu'elles apparaissent ou qu'elles sont susceptibles d'apparaître ;
- à se conformer aux décisions administratives prises en ce qui concerne la situation de conflits et l'avantage qui pourrait en être éventuellement retiré ;
- à déclarer une situation de conflit d'intérêts à une demande formulée par une autorité légitime ou lorsqu'il est nommé à un poste dans lequel ses intérêts privés pourraient potentiellement affecter l'exercice impartial de ses fonctions ;
- à ne pas tirer abusivement parti de sa fonction officielle pour obtenir un emploi dans le secteur privé. Une offre ou une acceptation d'emploi émanant de tiers doit être signalée au supérieur, en particulier lorsqu'elle génère un conflit d'intérêts. Après cessation de ses fonctions publiques, l'agent ne doit pas intervenir au profit d'un individu ou d'une entreprise avec lesquels il se trouvait précédemment en relation professionnelle, et il doit s'abstenir de divulguer des informations qu'il a recueillies dans l'exercice de son mandat public, sauf autorisation expresse de son administration; les ex-fonctionnaires ne peuvent pas bénéficier de traitements privilégiés de la part de leurs anciens collègues toujours en poste dans la fonction publique.

Les situations de conflit d'intérêts impliquant un candidat à l'entrée dans la fonction publique doivent être régularisées avant toute nomination.

Les intérêts extérieurs incompatibles : l'agent public ne doit se livrer à aucune activité ou transaction, ni n'occuper aucun poste ou fonction, rémunérés ou non, qui seraient incompatibles avec l'exercice de ses fonctions ou qui porteraient préjudice à celui-ci... L'agent public doit veiller par ailleurs à ce que, dans le respect des règles constitutionnelles, sa participation à des activités politiques ou à des débats publics n'interfère pas avec l'exercice loyal et impartial de ses fonctions.

L'acceptation de cadeaux : l'agent doit s'abstenir de solliciter ou d'accepter des cadeaux, faveurs, invitations ou tout autre avantage, à son profit ou à celui de ses proches ou de ses relations, qui pourraient influencer sur l'impartialité de son comportement professionnel ou constituer une récompense pour services rendus à des tiers. L'hospitalité et les cadeaux de faible valeur sont cependant tolérés à ce titre lorsqu'ils correspondent aux usages convenus. En cas de doute, l'agent doit recueillir l'avis de son supérieur.

La vulnérabilité et l'abus de position officielle : le comportement de l'agent public doit dissuader toute tentative d'influence.

Les informations détenues par les autorités publiques : l'agent public doit se conformer aux procédures d'accès aux informations publiques, préserver la confidentialité et la sécurité de leur divulgation et ne communiquer, lorsque cela est autorisé, que des renseignements fiables.

Les ressources publiques et le management : l'agent public doit s'assurer que le personnel, les biens, les installations, les services et les ressources financières dont la gestion lui incombe sont employés de manière utile, efficace et économique et ne servent pas à des fins privées.

La mise en œuvre du code de conduite : tous les agents publics doivent avoir connaissance des dispositions qu'il comporte et des modifications qui y sont apportées ainsi que des sanctions disciplinaires qui sont encourues en cas de manquements. Il faut noter que la déclaration du patrimoine par les agents publics n'est pas prévue de manière générale.

4. La recommandation REC 2003-4 du Comité des ministres du 8 avril 2003

L'annexe à cette recommandation suggère différentes mesures que les Etats membres devraient adopter en vue de moraliser les modalités de financement des partis politiques.

Les citoyens et l'Etat sont habilités à apporter une contribution financière aux partis politiques sans compromettre l'indépendance de ces derniers. L'Etat doit accorder à ces derniers un soutien raisonnable et modulé selon des critères objectifs et équitables.

Au sens de la recommandation, est considéré comme un don tout acte volontaire réalisé en vue de faire bénéficier un parti politique d'un avantage de nature économique ou autre.

Les États sont invités à :

- prévenir les situations de conflits d'intérêts ;
- assurer la transparence des dons et à interdire les dons occultes ;
- assurer l'indépendance des partis politiques et à ne pas entraver leurs activités ;
- prévoir une publicité des dons les plus importants ;
- introduire des plafonds aux montants des dons.

S'agissant plus particulièrement des dons effectués par des entreprises privées, les Etats doivent prévoir que ceux-ci figurent dans la comptabilité des sociétés, que les actionnaires en soient informés, que les dons opérés

par des personnes morales qui fournissent des biens ou services aux administrations publiques soient, sinon interdits, du moins strictement encadrés. Enfin, il est interdit aux personnes morales de droit public autres que l'Etat de faire des dons aux partis politiques.

La déductibilité fiscale des dons effectués au profit des partis politiques est autorisée.

Le GRECO comprend aujourd'hui 39 pays membres (dont les Etats-Unis qui ne sont pas membres du Conseil) ; 8 Etats membres du Conseil ne sont pas parties au GRECO, à savoir l'Autriche, l'Italie, le Liechtenstein, Monaco, la Russie, Saint-Marin, la Suisse et l'Ukraine.

Le GRECO est chargé d'encourager la lutte contre la corruption, de suivre et d'évaluer l'application des recommandations et des conventions du Conseil de l'Europe. La première phase (2000-2002) a consisté en une analyse sur pièces et sur place du cadre global de la lutte contre la corruption (législation, institutions, mécanismes et prévention) et le fonctionnement des organismes responsables de la lutte contre la corruption. Les missions d'évaluation comprennent des fonctionnaires du Conseil et une équipe de trois évaluateurs désignés parmi les pays membres.

La deuxième phase d'évaluation, commencée en 2003, a consisté à examiner les mesures relatives aux produits de la corruption ainsi que le rôle des administrations publiques et des personnes morales de droit privé au regard de la lutte contre la corruption.

Les évaluations du GRECO ont un impact important quant à la mise en œuvre des recommandations et des conventions du Conseil. Elles contribuent manifestement à conforter la validité des dispositifs anticorruption des pays impliqués.

La stratégie de lutte contre la corruption menée par le Conseil de l'Europe regroupe à la fois des grandes orientations qui résultent des recommandations ainsi que les prescriptions juridiquement plus contraignantes qui figurent dans les conventions. Ces dernières font figure de modèles, puisqu'elles ont été adoptées par des pays non membres du Conseil.

Il reste toutefois que le dispositif du Conseil n'a pas une portée mondiale. En outre, les conventions autorisent quelques réserves de la part des Etats parties. De plus, elles n'ont pas été ratifiées par la totalité des pays membres du Conseil, lesquels au demeurant ne sont pas tous membres du GRECO.

La sensibilisation et la formation du public ainsi que la participation de la société civile ne sont pas envisagées dans la Convention pénale. La responsabilité des chefs d'Etat n'est pas examinée. Le signalement des faits de corruption par les simples citoyens n'est pas prévu explicitement dans les textes.

Pour autant, le conseil a privilégié une vision élargie de la prévention et de la lutte contre la corruption, sans omettre les implications civiles qui en découlent, la question épineuse du financement des partis politiques et le blanchiment. Il faut également relever l'impact positif des mesures adoptées qui ont eu pour effet d'harmoniser les législations et de créer des services spécialisés là où ils n'existaient pas. En particulier, les avancées sont notables au sein des pays de l'Est européen qui ont mis progressivement en place des règles et des organismes anticorruption. Enfin, le processus d'évaluation des prescriptions conventionnelles est également à souligner.

V. - L'UNION AFRICAINE (UA)

La Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption a été adoptée par les chefs d'Etat et de gouvernement de l'UA, à Maputo, au Mozambique, le 12 juillet 2003, signée par 32 Etats sur 53 membres et ratifiée à ce jour par 6 Etats.

La convention reprend la plupart des éléments qui figurent dans les autres conventions internationales antérieures traitant de la lutte et de la prévention de la corruption. Elle est intéressante par le large champ des incriminations et par les dispositions globales qu'elle fixe à la lutte contre la corruption. Elle témoigne enfin de l'engagement ferme des gouvernements africains à éradiquer le phénomène corrupteur.

Néanmoins, le faible nombre des ratifications, qui s'explique par l'élaboration très récente du texte, limite actuellement sa portée pratique.

VI. - L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES ET LA CONVENTION UNIVERSELLE CONTRE LA CORRUPTION

L'ONU a tout d'abord élaboré, en décembre 1996, un code de conduite international des agents publics.

La Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, dite Convention de Palerme, a été adoptée le 1^{er} décembre 2000 et est entrée en vigueur le 29 septembre 2003, de même que ses quatre protocoles additionnels.

La Convention de l'ONU contre la corruption - appelée Convention universelle, a été adoptée à Mérida (Mexique) en décembre 2003, et a d'ores et déjà été signée par 117 pays et ratifiée par 19 d'entre eux. Ce dernier texte, très complet, aura valeur de référence pour tous les Etats membres de l'ONU.

Il prévoit, en particulier, la mise en œuvre d'une stratégie de prévention, d'évaluation et de répression de la corruption au plan international. L'accent est mis sur l'information du public et sur la participation de la société civile. Le mécanisme de recouvrement et de restitution des avoirs issus de la corruption est considéré comme un principe fondamental de la convention.

Le texte prévoit des mesures obligatoires qui concernent la corruption des agents publics nationaux, la corruption active d'agents publics étrangers, la soustraction, le détournement ou un autre usage illicite de biens, le blanchiment du produit du crime et l'entrave au fonctionnement de la justice.

Les mesures, facultatives, concernent notamment l'abus de fonction, le trafic d'influence, l'enrichissement illicite, la corruption dans le secteur privé.

Cette Convention de l'ONU marque ainsi l'engagement déterminé de la communauté internationale à combattre le phénomène de la corruption. Il convient d'observer que le dispositif détaillé de la convention se réfère fréquemment à la compatibilité avec les principes fondamentaux des législations nationales, ce qui peut nuire à l'uniformisation des dispositions et procédures légales entre les Etats.

Enfin, la convention n'est, actuellement, ratifiée que par un petit nombre de pays (19). Elle n'instaure pas un système d'évaluation sur pièces ou sur place, contrairement aux Conventions de l'OCDE et du Conseil de l'Europe.

Il faut également mentionner que l'ONU a mis en œuvre un dispositif de coopération global de lutte contre la corruption qui s'appuie sur des études et des actions de coopération technique entre les Etats. L'Organisation a également initié des coopérations en vue de promouvoir la transparence des finances et de la gestion publiques par les gouvernements. L'ONU est soucieuse de combattre la corruption, considérée comme une des causes de l'injustice sociale et de la pauvreté dans le monde.

VII. - LE GROUPE D'ACTION FINANCIERE SUR LE BLANCHIMENT DES CAPITAUX (GAFI)

Le GAFI a été créé en 1989 et comprend actuellement 33 pays membres, essentiellement parmi les plus industrialisés. Il a, en particulier, édicté en 1990 quarante recommandations - révisées en 1996 et en 2003 - en vue d'instaurer un dispositif international uniforme de lutte contre le blanchiment d'argent.

Ces recommandations visent principalement :

- l'incrimination pénale du blanchiment ;
- les mesures provisoires de gel et la confiscation des avoirs litigieux ;
- la levée du secret bancaire ;
- les vérifications à opérer et des consignes à observer de la part des institutions financières et assimilées au regard de l'identification de leurs clients, de l'analyse et du signalement des opérations qui paraîtraient illégitimes (déclarations de soupçons) ainsi que du délai de conservation des documents (5 ans) ;
- l'implantation d'une unité d'intelligence financière dans chaque Etat membre.

Les pays membres doivent mettre en place les dispositions permettant d'assurer la traçabilité des mouvements de capitaux et prévoir des mesures de représailles envers les pays dits « non coopératifs ». Ils sont invités également à développer une coopération mutuelle, des échanges d'information et l'entraide judiciaire en matière de blanchiment, par l'intermédiaire, notamment, des unités d'intelligence financière.

Le GAFI organise tous les ans une réunion des représentants des Etats membres afin d'examiner certaines questions et d'apprécier l'évolution de la lutte antiblanchiment. Il participe, de plus, à des actions d'assistance technique. Enfin, il a publié en 2000 une liste des pays et territoires jugés non coopératifs dans le sens où ceux-ci ne respectaient pas les règles de traçabilité des mouvements financiers et se refusaient à répondre aux demandes d'informations provenant des Etats étrangers.

Cette liste, qui a eu un fort retentissement, comprenait à l'origine, 15 pays ou territoires. Depuis lors, suite aux efforts fournis par une partie d'entre eux, la « liste noire » ne reprend plus aujourd'hui que 6 Etats : les îles Cook, l'Indonésie, le Myanmar, Nauru, le Nigeria et les Philippines.

Le GAFI s'est doté d'un instrument d'évaluation mutuelle qui se traduit par la conduite de missions d'études au sein des pays adhérents. Le GAFI travaille en étroite collaboration avec les autres organisations internationales chargées de la lutte contre la criminalité organisée transnationale. Les résultats obtenus sont encourageants.

VIII. - L'ORGANISATION MONDIALE DES DOUANES (OMD)

L'OMD se préoccupe d'harmoniser les procédures douanières et de lutter contre toutes les formes de fraude internationale. Entre autres thèmes,

les travaux de l'Organisation mondiale des douanes visent à promouvoir l'éthique douanière (*cf.* notamment la déclaration d'Arusha du 7 juillet 1993, révisée en 2003). L'Organisation regroupe 159 administrations douanières dans le monde.

IX. - LES AUTRES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

En complément des conventions et recommandations internationales, d'autres institutions participent également à la lutte contre la corruption.

En premier lieu, la Banque mondiale s'est engagée dans la lutte contre la corruption considérée comme un facteur aggravant de pauvreté. Elle a adopté en 1997 un programme visant à restreindre les conséquences de la corruption. Cette stratégie comporte trois objectifs et cinq domaines d'application principaux.

Les trois objectifs consistent à prévenir la fraude et la corruption dans les projets et les opérations conduites par la Banque, à combattre les fraudes internes dans les services de l'organisation et à fournir une aide aux pays qui envisagent de lutter contre la corruption.

Les cinq secteurs concernent le développement de la gestion rigoureuse des finances et des services publics, la participation de la société civile et la concurrence loyale dans le secteur marchand ainsi que la limitation des pouvoirs et des restrictions légales arbitraires. Ainsi, la Banque a établi deux types de dispositifs : le premier intéresse l'attribution de prêts et de crédits qui peuvent donner lieu au refus ou à l'annulation des engagements en projet ou conclus avec des entreprises convaincues de corruption ; le deuxième a trait au soutien accordé à plus de 600 programmes ou initiatives anticorruption mis en œuvre dans de nombreux pays.

Le Fonds monétaire international (FMI) réalise des études d'évaluation de la corruption dans les pays qui sollicitent des financements. Celles-ci constituent l'un des critères qui permettent d'agréer les demandes formulées.

En Asie, la Banque de développement asiatique a adopté en 2001, à Tokyo, un plan de lutte contre la corruption.

La Banque de développement interaméricaine a suivi la même démarche.

Enfin, il faut citer Interpol, qui, tout comme Europol, apporte une contribution effective au déroulement des enquêtes internationales relatives aux délits de corruption.

Les acteurs internationaux de la lutte contre la corruption sont aujourd'hui nombreux et actifs, et il semble que les Etats aient véritablement pris conscience de l'enjeu et qu'ils sont intimement convaincus que le phénomène corrupteur est à la fois antiéconomique, antisocial, antidémocratique et constitue un facteur de paupérisation.

Il reste toutefois encore beaucoup à faire, mais il faut noter que de nombreux pays ont consenti à actualiser leur législation et leur organisation dans le but de mieux prévenir et de mieux lutter contre la corruption.

Cependant, la superposition des accords internationaux pourrait provoquer une relative dispersion des énergies. Ainsi, la question peut se poser de la coexistence des conventions régionales (UA, Conseil de l'Europe et OEA) avec la Convention des Nations unies, alors que cette dernière a une vocation universelle.

Par ailleurs subsiste la question de la mise en œuvre effective des engagements internationaux : dans la pratique, seule la volonté politique des Etats peut satisfaire à cet objectif.

Au titre des perspectives, il pourrait être envisagé, dans l'avenir, de conforter la Convention ONU en intégrant les délits de corruption dans les compétences de la Cour pénale internationale en vue de favoriser la poursuite et le jugement des faits de corruption. Dans le même esprit, la création d'un service international d'enquêtes pourrait également être envisagée. Sans méconnaître les difficultés juridiques qu'elles pourraient vraisemblablement susciter, ces mesures devraient encore améliorer la détection et la sanction objective des faits internationaux de corruption.

CHAPITRE VII

**Corruption dans les transactions
commerciales internationales
et commissions**

Longtemps la lutte contre la corruption au plan international est restée un sujet tabou entre les Etats et au sein même des organisations internationales intergouvernementales. D'aucuns considéraient que le phénomène corrompueur était, sinon un élément indispensable au développement économique, du moins un fléau consubstantiel à la nature humaine qu'il convenait de supporter tant bien que mal.

Une première prise de conscience eut lieu à la fin des années 1970, notamment aux Etats-Unis. A la suite de l'énorme scandale Lockheed, qui avait éclaboussé le gouvernement japonais et la famille royale des Pays-Bas, les Etats-Unis ont adopté, dès 1977, une loi prohibant la corruption de fonctionnaires étrangers, le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).

Cette prise de conscience progressive a été contemporaine du développement exponentiel de la criminalité transnationale, et partant de la corruption qui lui est liée. Ces deux phénomènes ont pu tirer avantage de l'ouverture progressive et toujours plus grande des frontières, du développement des moyens de communication et de déplacement, de la mondialisation des échanges commerciaux, et de l'interconnexion accélérée des réseaux financiers et des mouvements de capitaux.

En quelque sorte, la corruption s'est mondialisée, et ses liens avec la criminalité transnationale organisée ont, dans certains pays, gangrené toutes les formes de gouvernement.

Par ailleurs, des études récentes ont confirmé que la corruption engendrait des coûts économiques considérables pour la collectivité. Outre le coût de la transaction illégale proprement dite, la corruption conduit à une mauvaise allocation des ressources publiques, qui sont détournées à des fins frauduleuses. De plus, la corruption est souvent accompagnée d'un phénomène de fraude et d'évasion fiscale.

Pour l'entreprise, victime d'extorsions répétées, c'est autant de ressources financières qui sont détournées, au détriment d'investissements productifs, par exemple, nécessaires à son développement.

Paradoxalement, dans les démocraties les plus anciennes, la corruption à l'échelle nationale a toujours été sanctionnée par l'Etat et jugée immorale par l'opinion publique. Cette réprobation disparaissait lorsqu'il s'agissait de commerce international, à l'exception des Etats-Unis avec leur FCPA depuis 1977 (*cf. supra*).

Les autres Etats du monde industrialisé ont adopté une attitude de laisser-faire jusqu'en 1996, où des négociations internationales se sont engagées, à l'OCDE, pour combattre la corruption de manière concertée. Cela a abouti à la signature, en décembre 1997, de la Convention contre la corruption active d'agent public étranger dans les transactions commerciales internationales. Considérée initialement comme une avancée majeure, la

Convention de l'OCDE n'en présente pas moins de nombreuses lacunes, et les moyens pour contourner ses dispositions sont nombreux (*cf.* rapport SCPC 2001 : « Les montages utilisés pour faire échec à la Convention de l'OCDE, 1997 », p. 55).

Néanmoins, elle demeure un outil incontournable pour lutter contre la corruption active. Aujourd'hui les grandes entreprises des pays de l'OCDE se doivent de la respecter, et de veiller, notamment, à respecter les dispositions relatives au versement des commissions licites dans le cadre de la passation de marchés internationaux.

Quelle est la nature de ces commissions (1), sont-elles licites ou illicites (2), quelles sont les bonnes pratiques dans l'art de les gérer (3), comment les contrôler (4), et enfin, peut-on proposer une fiche d'audit des commissions versées (5) ? Le SCPC se propose d'essayer de répondre à ces questions.

I. - LA NATURE DES COMMISSIONS VERSEES DANS LE CADRE D'UN MARCHÉ INTERNATIONAL

Dans le cadre d'un marché public ou privé au plan international, les commissions versées peuvent prendre deux formes, licites ou illicites.

La première, licite, rémunère les frais réels de l'agent intermédiaire qui correspondent à un véritable service.

Les suivantes, illicites, correspondent à :

- des pots-de-vin éventuels versés aux acheteurs pour remporter le marché ;
- à des versements qui alimentent les caisses des décideurs politiques ou économiques qui ont une influence sur le marché ;
- à des versements qui rémunèrent les personnes qui ont la capacité de nuire et de faire « capoter » les négociations ;
- et, enfin, à des versements qui correspondent à des rétro commissions récupérées par la direction de l'entreprise qui vend et qui peut alimenter des compléments ou une caisse noire.

Le versement de ces commissions est rendu encore plus opaque lorsque des agents, que l'on qualifie habituellement de tête de réseau, interviennent dans ces transactions, car ils sous-traitent souvent une partie de leurs activités à des tiers organisés.

Par ailleurs, dans le cadre de ces transactions internationales, le rôle des banques n'est pas neutre ; certaines d'entre elles ont été impliquées par le passé dans des opérations de corruption.

En effet, les banques apportent dans ce domaine leur savoir-faire au service des entreprises. Ces dernières bénéficient en contrepartie d'une rémunération en général très élevée, ayant pu, dans certains cas, atteindre 20 % du montant du contrat.

A travers les garanties qu'apporte la banque, dès l'origine de la prospection, l'entreprise qui s'ouvre sur un nouveau pays, dispose d'un appui fort utile.

Par ailleurs, avant l'application de la Convention OCDE contre la corruption d'agent public étranger, les banques, à travers leurs filiales délocalisées opportunément dans des paradis fiscaux, constituaient les plaques tournantes des transferts de fonds lors du versement des commissions. A présent, ces pratiques sont plus difficiles à mettre en œuvre mais se poursuivent néanmoins. Lors de ces transferts de fonds, les banques à travers leurs filiales se rémunèrent largement.

Exemple :

Une entreprise devait verser des commissions importantes pour gagner un marché à l'étranger.

Les opérations comptables liées au versement de cette commission étaient les suivantes :

- *une comptabilisation de la commission par le débit du compte 622 ou du sous-compte «frais commerciaux exceptionnels » ;*
- *le virement sur un compte bancaire dans un paradis fiscal ;*
- *l'ouverture par l'agence bancaire d'un compte offshore dans l'une de ses filiales ;*
- *la scission des fonds : une partie paie les intermédiaires, l'autre partie (retour sur commissions), à travers un passage par des comptes offshore, revient non loin du pays d'origine de l'entreprise.*

A noter qu'aujourd'hui se sont développés d'autres dispositifs de corruption, qui nécessitent l'intervention de certains services de l'Etat en liaison avec des banques peu scrupuleuses pour se livrer à du blanchiment de commissions illicites.

Exemple :

Dans le cadre, notamment, de l'exploitation de matières premières par une multinationale, le versement de commissions à des dirigeants corrompus est organisé de la manière suivante :

- *la multinationale reçoit un avis de paiement de la part des services fiscaux et s'acquitte du paiement, rubis sur l'ongle, à une banque qui lui est désignée par le dirigeant corrompu ;*
- *la banque verse une partie du montant reçu vers les services de recouvrement et l'autre partie au corrompu ;*
- *mais les services locaux des impôts, complices, ne recevant qu'une partie des sommes exigées, régularisent alors la situation au moyen d'un titre de paiement minoré des sommes détournées.*

Ainsi, lorsque des services internationaux chargés de contrôles interviennent, il leur est fourni une documentation cohérente et, en apparence, irréprochable sur le plan comptable tant dans l'entreprise que dans le service fiscal. Les contrôleurs omettent, dans la plupart des cas, d'analyser la cohérence entre les sorties dans la comptabilité et les documents comptabilisés.

II. - LE VERSEMENT DE COMMISSIONS PEUT-IL ÊTRE CONSIDÉRÉ COMME LICITE ?

Le versement de commissions à l'occasion d'opérations commerciales doit satisfaire aux conditions générales de déduction des charges. Les commissions doivent correspondre à des charges effectives, être justifiées par une documentation adéquate et ne pas être anormalement élevées.

En France, pour que le versement d'une commission soit admis dans les charges de l'entreprise qui les verse, il faut que :

- le versement qu'elles occasionnent soit mentionné sur une déclaration spéciale (art. 240 du Code général des impôts), l'absence de déclaration ou l'impossibilité d'apporter la preuve qu'elles ont fait l'objet d'une déclaration par le bénéficiaire les exclut des charges ; c'est pour tourner cette obligation que les commissions sont parfois « éclatées » dans d'autres postes de manière à dissimuler leur véritable nature ;
- leur montant ne soit pas excessif eu égard aux services rendus. Ce caractère donne souvent lieu à interprétation et à discussion ; cependant, une analyse comparative entre secteurs permet de disposer d'une vision, sauf exception, assez précise des taux demandés ; le problème est plutôt posé par le taux « pays » en vigueur ; en effet,

dans certains pays les taux restent modestes, dans d'autres pays ils peuvent avoisiner le quart du montant total de l'opération ;

- la prestation soit réelle. C'est souvent l'un des problèmes les plus difficiles à analyser car la prestation est immatérielle, donc délicate à identifier et à valoriser ; l'absence de justifications de la réalité du service dont elles constituent la contrepartie est l'un des motifs les plus classiques de rejet de sa comptabilisation dans les charges ;
- enfin, elles soient appuyées de justifications matérielles suffisantes. Ces justifications sont le plus souvent constituées par un contrat, des factures et des justificatifs divers qui permettent d'évaluer l'authenticité du travail effectué et de justifier les montants versés.

Les recherches qui permettent d'apporter les preuves matérielles de la légalité des commissions peuvent être effectuées dans la comptabilité analytique de l'opération commissionnée. La marge générée par le marché doit être comparée avec le taux et la valeur de la commission versée dans la comptabilité analytique ; le montant de la commission ne devant pas annuler la marge ni rendre l'opération négative, sauf lorsque l'on est en présence d'une implantation sur un secteur où l'on peut considérer qu'une opération à perte est possible. Encore faut-il que la perte ne soit pas générée par la commission.

Les paiements dits « de facilitation » sont autorisés notamment dans le cadre de la Convention de l'OCDE. Il s'agit de « *dépenses [...] raisonnables et de bonne foi directement liées à la promotion des produits ou à la conclusion des contrats avec un Etat étranger* ». Toutefois se pose le problème de la limite du montant de ces paiements.

Par ailleurs, une entreprise qui passe plusieurs marchés dans des pays différents peut utiliser des commissions de facilitation comme des commissions de corruption.

III. - EXISTE-T-IL DE BONNES PRATIQUES DANS L'ART DE GÉRER DES COMMISSIONS ?

En France, au cours de l'année 2000, les entreprises ont été amenées à régulariser les situations passées, souvent dans l'urgence. Ces opérations, qualifiées d'« opérations de nettoyage », ont été réalisées pour satisfaire aux nouvelles exigences de la Convention de l'OCDE. Elles ont pris la forme de :

- une renégociation des charges à payer sur les commissions, une remise en cause des engagements sur les affaires en cours, et une constitution de « réserves » en prévision des versements de commissions, légales celles-là, pour l'avenir ;

- la mise en place, dans les entreprises, d'un dispositif de contrôle et de procédures préventives, notamment en matière de sélection d'agents commerciaux, d'intermédiaires et de paiement des sommes versées.

Les pratiques les plus courantes qui ont été instaurées relèvent du simple bon sens :

- élaborer une charte éthique ce qui peut apparaître au premier abord comme un simple outil de communication, mais qui est en réalité un engagement de la direction de tenir une ligne de conduite intègre ;
- structurer et organiser statutairement le mandat d'intermédiaire, et éviter ceux qui ont installé leur activité dans un paradis fiscal ;
- mettre en place une grille de rémunération transparente pour les intermédiaires ; un calcul de cohérence est effectué entre les gains envisagés pour l'entreprise et le montant de la commission dont le taux le plus courant reste à un chiffre, en général compris entre cinq et huit points, parfois plus pour certains pays.

IV. - CES PRATIQUES SONT ILLUSOIRES SI ELLES NE SONT PAS ACCOMPAGNÉES DE CONTRÔLES INTERNES RIGoureux

Pour le contrôle du versement des commissions, la mise en place d'un mécanisme de suivi des transferts de fonds permet d'identifier des surfacturations locales structurelles qui se matérialisent par la création, par exemple, de contrat fictif surévalué, ou par des majorations de rémunérations sans que l'intermédiaire soit mis au courant, ou encore par des faux contentieux ou des facturations supplémentaires systématiques.

La mise en place d'un processus de contrôle doit s'appuyer sur une cartographie particulière des risques. Ainsi, six questions peuvent être soulevées :

1. QUI EST L'INTERMÉDIAIRE ?

L'un des « montages » consiste à créer un intermédiaire fictif. Dans ce cas, le contrôleur recherche les éléments qui constituent sa réalité : l'existence d'un siège social, sa notoriété, son antériorité, son chiffre d'affaires, ses clients, etc.

2. S'AGIT-IL DU BON INTERMEDIAIRE ?

En effet, le montage le plus classique consiste à payer directement ou indirectement une autre personne que l'intermédiaire qui figure dans la comptabilité.

Le bénéficiaire indiqué peut ne pas être la personne qui a reçu réellement la somme. Parfois, la qualité et l'adresse du bénéficiaire sont fausses, parfois même, il n'existe pas. Quand il existe, il peut ne pas avoir participé à l'opération. Son nom, ses références servent uniquement à « porter » l'opération ; en un mot, c'est un « taxi » dans l'affaire concernée.

Il n'est parfois même pas complice ; le plus souvent, c'est son « fichier intermédiaire », utilisé à son insu, car il avait participé à des opérations antérieures, qui a été repris de manière falsifiée.

L'intérêt d'une telle pratique réside dans le fait qu'un tel dossier présente toutes les caractéristiques de crédibilité pour un analyste classique : l'intermédiaire est connu, les opérations antérieures ont été conclues sans aucun problème et le dossier est correctement documenté.

3. Y A-T-IL EU PRESTATION ?

Dans le dossier intermédiaire, il convient de s'interroger sur l'existence réelle des pièces susceptibles de démontrer la réalité de l'opération :

- le contrat préalable, ou tout document valant contrat¹⁴¹ ;
- les correspondances entretenues avec l'intermédiaire (lettres, fax, courriels) ;
- la mise en évidence documentaire des relations entre la commission et les résultats obtenus ;
- la copie des factures ;
- les justifications des virements (ordres de virement, avis de débit, etc.), avec en particulier la preuve du paiement au bénéficiaire déclaré.

Si ces documents existent, cela va permettre, dans un dossier qui suscite le doute, de contrôler l'existence de ces pièces et leur réalité chez l'intermédiaire.

141 Il arrive assez souvent d'utiliser des contrats à enveloppe scellée, c'est-à-dire que le prestataire dispose d'une enveloppe scellée qui sera détruite lorsque la prestation sera réalisée.

4. LA TOTALITE DE LA SOMME CONCERNEE EST-ELLE COMPTABILISEE SUR UN MÊME POSTE COMPTABLE ?

L'une des pratiques les plus utilisées est le fractionnement comptable de la somme versée. La comptabilisation d'une somme modeste, eu égard à l'ensemble du poste ou à la notion de risque significatif peut ne pas attirer l'attention et limiter le contrôle ; on n'engage pas d'opération de recherche pour 15000 euros, par exemple.

Exemple :

Comptabilisation d'un seul acompte représentant un dixième du versement total, le solde ayant été par ailleurs dispersé dans divers postes et régularisé après qu'un délai raisonnable se fut écoulé.

5. L'APPLICATION DU « RISQUE PAYS »

Dans tous ces domaines comme dans la lutte antiblanchiment (LAB) une cartographie du « risque pays » doit être effectuée. Une telle analyse permet de cibler, de manière très précise, les différents risques présents ainsi que leurs évolutions.

Bien que dans ce domaine les mutations soient très rapides, cette cartographie permet de disposer, à un moment donné, d'une visualisation du risque par rapport à la personne commissionnée.

On remarque par ailleurs que les « risques pays » recouvrent ceux qui sont identifiés dans les pratiques de LAB, en particulier avec le risque inhérent aux pays non évalués par le GAFI, qui ne disposent pas de législation anticorruption ou, quand elle existe, n'est pas appliquée.

Par ailleurs, il est important de connaître les spécificités locales en matière de versement de commissions ou de détournements de fonds, que peuvent utiliser des filiales locales sans l'aval de leurs directions générales.

6. LA NATURE DE L'OPÉRATION COMMISSIONNÉE

Elle entre en ligne de compte dans l'évaluation du risque. En effet, une opération unique peut être aussi risquée qu'une opération complexe. Toutefois, les modalités d'analyse divergent selon le degré de complexité de l'opération.

Lorsqu'il s'agit d'une opération unique, les recherches sont faites par l'évaluation de la crédibilité de l'activité de la filiale locale, et par l'analyse des dates et des afférents à la commission.

Lorsqu'il s'agit d'opérations qui s'étalent dans le temps ou qui comprennent des prestations complexes ou encore qui font appel à des chaînes de sous-traitants, l'analyse devient plus complexe puisque chacun des supports utilisés doit faire l'objet de la même évaluation, cela entraînant une multiplication des travaux de recherche.

Exemple :

Une entreprise verse une commission importante au dirigeant d'un pays pour obtenir un contrat informatique. Afin, d'éviter le risque pénal en matière de corruption passive, le montage suivant a été mis en place :

- *la valeur globale du marché a été majorée de 20 millions de dollars, sur des frais afférents aux prestations horaires et sur l'installation d'un logiciel ;*
- *l'entreprise bénéficiaire du marché a sous-traité une partie des prestations intellectuelles à hauteur des 20 millions de dollars ; ce prestataire était une entreprise locale composée de trois membres, retraités depuis un certain temps déjà, et disposant pour toute installation d'une pièce de 30m², d'un téléphone-fax, et d'une secrétaire ;*
- *le prestataire a facturé au bénéficiaire du marché la somme correspondant aux commissions, le paiement a été effectué dans le pays concerné, mais la somme a immédiatement été virée sur un compte dans un paradis fiscal.*

Ainsi, le contrôle interne de l'entreprise n'a jamais disposé des informations susceptibles de remettre en cause la valeur du marché.

V. - EXEMPLE D'UNE FICHE D'AUDIT DES COMMISSIONS VERSÉES¹⁴²

Cette fiche est une proposition qui doit être adaptée en fonction de la nature, de l'activité de l'entreprise.

¹⁴² Fiche parue dans la revue *Audit*, n° 173, février 2005, réalisée avec Beatriz Sanz Redrado, auditeur interne certifiée.

IDENTIFICATION DES RISQUES LIES AU DÉVELOPPEMENT DE L'ACTIVITÉ COMMERCIALE À L'INTERNATIONAL

1. DOCUMENTATION A OBTENIR

Le code de déontologie de la société.

La description de toute procédure en place pour garantir le contrôle de l'utilisation des agents « intermédiaires » et autres contrats de consultants.

Les délégations de pouvoirs en place ainsi que l'ensemble des pouvoirs bancaires (comptes courants nationaux et internationaux, coffres forts).

Tous les contrats des agents intermédiaires ; prestations de services, agent, conseil, veille, etc., relatifs au développement de l'activité commerciale internationale de la société.

Le listing de la comptabilité fournisseur.

La liste des engagements hors bilan.

La déclaration de résultats de la société.

2. VERIFICATIONS A REALISER

2.1. Les vérifications globales

- Savoir si le code de déontologie de la société traite de la relation des agents commerciaux avec les intermédiaires, ainsi que du thème de la corruption.
- Analyser la procédure mise en place afin d'identifier, à première vue, si des contrôles sont présents pour maîtriser le risque pénal des dirigeants et de la société.
- Analyser les pouvoirs (habilitations) en place et vérifier que les engagements de la société envers les intermédiaires et courtiers sont réalisés par des personnes dûment habilitées.
- Analyser comment les agents commerciaux sont sélectionnés, et s'il existe un cadre référentiel et/ou des procédures pour la sélection de ceux-ci et pour le paiement des sommes demandées.
- Vérifier que, pour chaque agent ou courtier, la société dispose d'une copie du *K bis* ou de tout document justifiant l'existence de son entreprise.
- Est-il possible d'identifier des « intrus » par rapport aux critères établis par l'organisation dans ce domaine (sélection, paiement, régularisation) ?

- Ventiler les contrats entre les personnes physiques et morales, et dégager une tendance par type de contrat.
- Identifier les agents ou les sociétés basés dans des paradis fiscaux ou les paiements versés dans ces lieux.
- Obtenir et analyser le détail du compte 622 « rémunérations d'intermédiaires et honoraires » et sous-comptes (dans certains cas cela est difficile du fait que les comptes sont globalisés dans des comptes globaux de type « autres achats »).
- Obtenir et analyser le détail du compte 623 « publicité, publications et relations publiques » et sous-comptes (même remarque) et comparer avec le précédent (par date, par montant ; comparer avec les flux constatés avec les filiales, rapprocher avec les échéanciers des contrats, etc.).
- Obtenir et analyser le détail du compte 625 « déplacements, missions et réceptions » et sous-comptes, comparer avec les précédents (dates, montant, versements aux filiales, etc.).
- Obtenir et analyser le détail du compte 627 « services bancaires et assimilés » et sous-comptes, et comparer avec les précédents.
- Obtenir et analyser le détail du compte 628 « divers » et sous-comptes.
- Obtenir et analyser le détail du compte 629 « rabais, remises et ristournes obtenus sur autres services extérieurs » et sous-comptes.
- Obtenir et analyser le détail du compte 201 « frais d'établissements » et sous-comptes et identifier les sommes prétendument dormantes.
- Obtenir copie de la déclaration de résultats et, en France, la copie DAS 1 ou DAS 2 pour identifier les sommes déclarées sous la rubrique « Déclaration des commissions, courtages, honoraires et rémunérations d'intermédiaires ».
- Rapprocher la comptabilité, des contrats d'agents (même s'ils ne représentent que les contrats identifiés), des opérations qui auraient pu donner lieu à l'utilisation d'un agent (à ce sujet, il est nécessaire de disposer d'une cartographie des opérations et des risques par pays client) et effectuer la même analyse depuis les contrats jusqu'à la déclaration.
- Obtenir la liste des cautions et garanties existantes et de tout engagement hors bilan afférent aux opérations ou aux agents (contrôle par date, par pays ou par banque des cautions bancaires actionnées).
- Rechercher s'il existe des mandats d'intermédiaires.

2.2. Vérifications particulières à chacun des contrats

- Comprendre le mode de rémunération des agents (fixe, variable, commission antérieure ou postérieure sur affaire ou encore sur justifications) et la tendance relevée par personne, par pays, par type

d'opération.

- Demander les contrats d'agent pour les pays concernés lorsqu'il existe des demandes spécifiques.
- S'assurer que les commissions versées concernent effectivement les bénéficiaires cités et qu'elles sont calculées avec le taux de commissionnement spécifié dans le contrat.
- Contrôler pour chaque agent, courtier ou consultant, la véracité des informations tirées des contrats (annuaires, registres de commerce en ligne, etc.).
- Demander les caractéristiques des comptes bancaires, des sous-comptes (numéros, banque, localisation de la succursale, etc.).
- Identifier le mode de règlement de chacun des agents (chèques, virements, de quel type de virement s'agit-il, quels comptes bancaires sont utilisés ? etc.).
- Comparer les versements au montant du contrat, la société dispose-t-elle de comptes ou de sous-comptes offshore ?
- Identifier les résultats et la marge tirée de l'utilisation des agents « validés » si l'entreprise utilise des organisations extérieures pour ce faire.
- Existe-t-il un mécanisme de traçabilité des transferts de fonds ?
- Existe-t-il des avances de trésorerie en l'espèce ? Quels sont les agios appliqués ? Sont-ils raisonnables ?
- L'analyse des flux correspond-elle au mode de rémunération fixé au contrat, s'agit-il d'un mode de rémunération cohérent avec la pratique de l'organisation ?
- Comment se solde l'opération pour un agent de ce type ? Est-ce cohérent avec la pratique générale ?
- S'assurer que les paiements n'ont pas été poursuivis pour les prestations terminées ou suspendues.

2.3. Contrôle du système d'information

- Extraire le fichier maître dans le système d'information, en imprimer une copie ; obtenir la liste des courtiers et des agents avec leur numéro d'identification, leur raison sociale, leur nom, etc.
- Rapprocher des contrats les dossiers justificatifs : montant de paiement, périodicité, durée, taux de commissionnement, assiette de calcul, coordonnées bancaires.
- Vérifier qu'aucun courtier ou agent n'est doublonné dans le système d'information, il existe alors un numéro de fournisseur différent pour un même agent ou courtier.
- Analyser les droits d'accès au système d'information, spécialement en ce qui concerne la possibilité de modifier le taux de commissionnement et les coordonnées bancaires.

- Analyser les modifications et les données effacées sur la piste d'audit (audit « trail ») du système d'information.
- Analyser en particulier les « fournisseurs » ou agents commerciaux non actifs dans le système d'information.

Ces quelques points de contrôle, même si la documentation est parfois difficile à obtenir, doivent permettre à tout auditeur d'apporter au management l'assurance raisonnable que son entreprise ne fera pas la une des journaux et pourra poursuivre son activité sans encombre.

CHAPITRE VIII

Fiches pratiques

Corruption active et passive

Corruption d'agents publics étrangers
dans les transactions internationales

Abus de biens sociaux

FICHE PRATIQUE

Sur la corruption en droit interne

(art. 432-11 et 433-1 du Code pénal : de la corruption passive et active)

Définition

La corruption peut se définir comme **l'agissement par lequel une personne investie d'une fonction déterminée, publique ou privée, sollicite ou accepte un don, une offre ou une promesse en vue d'accomplir, retarder ou omettre d'accomplir un acte entrant, d'une façon directe ou indirecte, dans le cadre de ses fonctions.**

La corruption implique donc la violation, par le coupable, des devoirs de sa charge.

Le droit pénal français distingue deux sortes de corruption.

- **la corruption passive** (article 432-11 du Code pénal). Lorsqu'une personne exerçant une fonction publique trafique de cette fonction en sollicitant ou en acceptant des dons, promesses ou avantages en vue d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, cette personne reçoit le nom de corrompu ;
- **la corruption active** (article 433-1 du Code pénal). Lorsqu'une personne physique ou morale obtient ou essaie d'obtenir, moyennant des dons, des promesses ou avantages, d'une personne exerçant une fonction publique qu'elle accomplisse ou retarde ou s'abstienne d'accomplir ou de retarder un acte de sa fonction ou un acte facilité par elle ; le tiers reçoit le nom de corrupteur.

Ces deux infractions, certes complémentaires, sont distinctes et autonomes. Les conséquences pratiques les plus significatives, notamment sur le plan de la répression, sont que les agissements du corrupteur et ceux du corrompu peuvent être poursuivis et jugés séparément et que la répression de l'un n'est nullement subordonnée à la sanction de l'autre.

Personnes visées

1. - La qualité du corrompu

Tant les personnes susceptibles de se rendre coupables des infractions de corruption passive (visées à l'article 432-11 du CP) que celles en direction desquelles sont dirigées les agissements de corruption active commis par des

particuliers (article 433-1 du CP) doivent présenter la qualité de « personnes exerçant une fonction publique ». Il en existe trois catégories.

Les personnes dépositaires de l'autorité publique. Est dépositaire de l'autorité publique la personne qui est investie par délégation de la puissance publique d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et sur les choses, pouvoir qu'elle exerce de façon permanente ou temporaire. Cette définition englobe les représentants de l'Etat et des collectivités territoriales, les fonctionnaires de l'ordre administratif, les représentants de la force publique, les officiers publics et ministériels ainsi que toute autre personne exerçant des fonctions d'autorité, à l'exemple des militaires.

Les personnes chargées d'une mission de service public. Il s'agit des personnes qui, sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de commandement conféré par la puissance publique, exercent cependant une fonction ou accomplissent des actes qui ont pour but de satisfaire à un intérêt général. On citera, par exemple, les administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs, les séquestres, les interprètes, les clerks d'huissiers, les personnes qui appartiennent à des établissements publics, à des administrations placées sous le contrôle de la puissance publique ou à des services publics concédés, les membres de commissions ou d'organismes chargés de donner leur avis à l'autorité publique ou de statuer sur des demandes.

Les personnes investies d'un mandat électif. Cette catégorie est en fait englobée dans celle plus large de personnes dépositaires de l'autorité publique. Elle vise toute personne élue chargée d'agir au nom et pour le compte de ses électeurs. Sont donc concernés les parlementaires (députés et sénateurs) ainsi que tous les élus locaux (conseillers municipaux, généraux, régionaux et les exécutifs de ces collectivités territoriales).

2. - La qualité du corrupteur

L'article 433-1 du Code pénal vise tous tiers (personne physique ou morale). Leur rôle est important dans la corruption active puisque ce sont eux qui, en intervenant auprès d'une personne exerçant une fonction publique, font figure de corrupteur en sollicitant l'accomplissement ou l'abstention d'un acte de la fonction ou facilité par elle (article 433-1, alinéa 1).

Ils peuvent également, au lieu de prendre l'initiative, se contenter de céder aux sollicitations émanant d'une personne chargée d'une fonction publique (article 433-1, alinéa 2).

Eléments matériels

Outre la qualité du corrupteur et du corrompu (voir *supra*), le législateur a posé certaines conditions tenant à la nature et à la finalité des agissements coupables.

1. - L'activité matérielle délictueuse

La nature des actes corrupteurs. L'article 432-11 du Code pénal incrimine au titre de la corruption passive commise par des personnes exerçant une fonction publique le fait de solliciter ou d'agréer (des avantages) ; l'article 433-1 emploie les termes de « proposer » ou de « céder ». Dans la pratique, les deux séries d'expressions sont équivalentes.

Solliciter ou proposer c'est formuler une demande ou une offre d'avantages, directement ou par personne interposée, selon que le corrompu ou le corrupteur prend l'initiative de la démarche.

Agréer ou céder c'est accepter l'offre ou la sollicitation émise, selon la circonstance, par le corrompu ou le corrupteur.

Cet accord qui scelle une rencontre de volontés entre deux protagonistes est souvent désigné sous le nom, très imagé, de pacte de corruption.

Il est indifférent que ce concours de volontés frauduleuses soit suivi d'exécution, l'infraction, qui entre dans la catégorie juridique des délits formels, existant indépendamment des effets qu'elle produit (Cass. crim., 9 novembre 1995).

La nature de la chose offerte. La loi vise « *les offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques* ».

Cette énumération très large englobe des avantages directs (biens en nature, sommes d'argent, octroi d'un prêt ou ouverture d'une ligne de crédit, exécution d'un travail gratuit, ristourne...) ou des avantages indirects (acquiescement d'une dette, embauche d'un proche...).

Disparition de l'exigence de l'antériorité du pacte corrupteur.

Le mécanisme de la corruption est toujours identique : il comporte la conclusion d'un pacte entre le corrupteur et le corrompu, pacte qui porte sur les moyens de la corruption acceptés ou offerts par le corrupteur et sur la contrepartie qui en est attendue du corrompu.

Jusqu'à tout récemment, les délits de corruption active et passive supposaient l'antériorité de l'offre ou du don par rapport à l'acte ou à l'abstention sollicitée. La loi n° 2000-95 du 30 juin 2000 (transcription en droit français de la Convention OCDE du 17 décembre 1997) a non seulement prévu des incriminations particulières pour la corruption internationale dans les articles 435-1 à 435-6 du Code pénal (voir fiche sur la Convention OCDE), mais également introduit l'expression « à tout moment » dans les articles 432-11

et 433-1. Cette adjonction a été opérée afin de supprimer l'exigence de l'antériorité du pacte de corruption. Cependant, il est toujours nécessaire d'établir l'existence de ce pacte, cet accord de volontés.

2. - Le but des manœuvres corruptrices

Le délit de corruption ne sera constitué que s'il existe un lien de causalité entre les choses offertes ou agréées et les actes ou abstentions attendus. Ces manœuvres corruptrices doivent avoir pour but précis d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir soit des actes de la fonction, de la mission ou du mandat, soit des actes facilités par cette fonction, cette mission ou ce mandat.

Actes de la fonction, de la mission ou du mandat. L'acte de la fonction se définit comme étant celui dont l'accomplissement ou l'abstention est imposé expressément ou implicitement par les attributions légales ou réglementaires du titulaire de la fonction, de la mission ou du mandat. Mais la jurisprudence prend également en compte des actes qui relèvent de la déontologie.

Il importe peu que le décideur n'ait pas le pouvoir d'accomplir seul l'acte dont il lui est demandé de trafiquer, mais il faut qu'il ait disposé d'une certaine prérogative dans une décision collective.

Actes facilités par la fonction, la mission ou le mandat. La doctrine désignait autrefois ces actes sous le nom de « para-corruption » ; ce sont donc des actes qui sont en dehors des prérogatives personnelles concédées à l'intéressé par la loi ou les règlements, mais qui ont cependant été rendus possibles en raison des liens étroits unissant les attributions et l'acte. Exemple, le cas d'un fonctionnaire qui a communiqué à un tiers, contre rémunérations, des renseignements dont il a eu connaissance indirectement grâce à sa fonction (Cass. crim, 3 juin 1997).

Elément moral

En matière de corruption, l'intention frauduleuse n'a pas à être établie expressément, celle-ci résultant implicitement de la réunion des autres éléments constitutifs de l'infraction. Ainsi est animée d'une volonté délictueuse la personne investie d'une fonction publique qui accepte d'agir ou de s'abstenir d'agir, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses prérogatives, en raison d'une rémunération qui lui est proposée. De même, le tiers qui tente d'obtenir d'une personne exerçant une fonction publique qu'elle trafique de ses fonctions n'agit pas par négligence ou inadvertance.

Conditions de poursuite

La prescription de l'action publique est de trois ans pour les faits de corruption qui sont des délits.

L'infraction est de nature instantanée et, à ce titre, se consomme dès le moment où ses éléments constitutifs sont réunis. C'est cette date précise qui marque le point de départ de la prescription de trois ans.

La jurisprudence considère toutefois que, lorsque se succèdent l'émission d'une demande ou d'une offre de contrepartie, l'acceptation de celle-ci et, le cas échéant, le versement de la contrepartie convenue, le point de départ de la prescription coïncide avec chacune des étapes considérées, aux motifs que l'on est en présence de « *délits successifs qui se sont renouvelés aussi longtemps qu'a existé le concert frauduleux* » (Cass. crim., 6 février 1969), ainsi qu'avec « *chaque acte d'exécution du pacte* » (Cass. crim., 27 octobre 1997).

La question se pose de savoir si la jurisprudence acceptera un jour d'étendre aux infractions de corruption la règle qu'elle applique à certaines infractions (telles que l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux...), selon laquelle le point de départ du délai de prescription est « *reporté au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* ».

Tentative et complicité

La question de **la tentative** n'a en fait pas à se poser puisque peu importe que la corruption ait ou non produit ses effets, la simple proposition caractérisant l'infraction. Cela ressort de la rédaction même des articles 432-11 et 433-1 du code pénal : le simple fait de solliciter pour la corruption passive et le simple fait de proposer pour la corruption active suffit à caractériser l'infraction.

Concernant la question de **la complicité**, si la corruption active et la corruption passive sont des délits distincts excluant la notion de complicité dans les rapports réciproques du corrupteur et du corrompu, cette notion est cependant applicable aux tiers. Toute personne qui, de son fait, aura incité à la corruption ou aura préparé, facilité ou aidé, en connaissance de cause, à sa mise à exécution pourra être reconnue coupable de complicité de corruption conformément aux dispositions de l'article 121-7 du Code pénal.

Sanctions pénales

Corruption active et passive sont des délits encourant la même peine : une peine d'emprisonnement d'un maximum de dix ans et une amende d'un montant de 150 000 €

CHAPITRE VIII

L'article 432-17 prévoit des peines complémentaires pouvant assortir la peine principale : elles consistent principalement en la déchéance des droits civils et civiques, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou une profession et la confiscation des fonds reçus au titre de la corruption.

En application de l'article 433-25 du Code pénal, les personnes morales peuvent voir engager leur responsabilité pour corruption active : elles encourent à ce titre des peines principales d'amendes d'un montant maximum de 750 000 € ainsi que de peines complémentaires.

FICHE PRATIQUE

Sur la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales

(art. 435-1 à 435-6 du Code pénal)

Définition

Cette incrimination est issue de la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la Convention de l'OCDE signée en 1997.

La corruption peut se définir comme **l'agissement par lequel une personne investie d'une fonction déterminée, publique ou privée, sollicite ou accepte un don, une offre ou une promesse en vue d'accomplir, retarder ou omettre d'accomplir un acte entrant, d'une façon directe ou indirecte, dans le cadre de ses fonctions.**

Même si la Convention de l'OCDE ne prévoit dans son texte que la corruption active, le droit français distingue deux sortes de corruption d'agents publics étrangers : la **corruption passive** (article 435-1 du Code pénal) et la **corruption active** (articles 435-2 à 435-4 du Code pénal).

Personnes visées

1. - La qualité du corrompu

Dans les articles 435-1 et 435-2 du Code pénal, les personnes visées sont :

- tout fonctionnaire communautaire ;
- tout fonctionnaire national d'un autre Etat membre de l'Union européenne ;
- tout membre de la Commission des Communautés européennes, du Parlement européen, de la Cour de justice et de la Cour des comptes des Communautés européennes.

Dans l'article 435-3 du Code pénal est visée, uniquement si elle a cédé aux sollicitations d'un corrupteur, toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat public électif dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique.

Enfin l'article 435-4 du Code pénal concerne, s'ils ont cédé également :

- tout magistrat, juré, ou personne siégeant dans une fonction juridictionnelle ;

- tout arbitre, expert nommé soit par une juridiction, soit par les parties ;
- toute personne chargée par l'autorité judiciaire, d'une mission de conciliation ou de médiation dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique.

Précisons que dans le cadre des articles 435-3 et 435-4, seule la corruption active peut être poursuivie. La corruption passive n'étant pas envisagée, de sorte que l'agent public étranger corrompu ne peut être poursuivi, seule l'entreprise corruptrice pouvant être sanctionnée.

2. - La qualité du corrupteur

Les articles 435-2 à 435-4 du Code pénal visent les tiers. Leur rôle est important dans la corruption active puisque c'est un tiers qui, en intervenant auprès d'une personne exerçant une fonction publique, fait figure de corrupteur en sollicitant l'accomplissement ou l'abstention d'un acte de la fonction ou facilité par elle. Il peut également, au lieu de prendre l'initiative, se contenter de céder aux sollicitations émanant d'une personne chargée d'une fonction officielle. De plus, s'agissant de corruption dans les transactions commerciales internationales, il est prévu que les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement (article 435-6 du Code pénal).

Eléments matériels

Outre la qualité du corrupteur et du corrompu (voir *supra*), le législateur a posé certaines conditions tenant à la nature et à la finalité des agissements coupables.

1. - L'activité matérielle délictueuse

La nature des actes corrupteurs. L'article 435-1 du Code pénal incrimine au titre de la corruption passive le fait de solliciter ou d'agréer (des avantages) ; l'article 435-2 emploie les termes de « proposer » ou de « céder ». Dans la pratique, les deux séries d'expressions sont équivalentes.

Solliciter ou proposer c'est formuler une demande ou une offre d'avantages, directement ou par personne interposée, selon que le corrompu ou le corrupteur prend l'initiative de la démarche.

Agréer ou céder c'est accepter l'offre ou la sollicitation émise, selon la circonstance, par le corrompu ou le corrupteur.

Dans les articles 435-3 et 435-4, le fait de proposer ne concerne que le corrupteur, et le fait de céder ne concerne que le corrompu.

La nature de la chose offerte. La loi vise « *les offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques* ».

Cette énumération très large englobe des avantages directs (biens en nature, sommes d'argent, octroi d'un prêt ou ouverture d'une ligne de crédit, exécution d'un travail gratuit, ristourne...) ou des avantages indirects (acquittement d'une dette, embauche d'un proche...).

Dans le cadre de ces infractions, le pacte corrompateur peut être conclu « à tout moment ».

2. - Le but des manœuvres corruptrices

Le délit de corruption ne sera constitué que s'il existe un lien de causalité entre les choses offertes ou agréées et les actes ou abstentions attendus. Ces manœuvres corruptrices doivent avoir pour but précis d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir soit des actes de la fonction, de la mission ou du mandat, soit des actes facilités par cette fonction, cette mission ou ce mandat.

Actes de la fonction, de la mission ou du mandat. L'acte de la fonction se définit comme étant celui dont l'accomplissement ou l'abstention est imposé expressément ou implicitement par les attributions légales ou réglementaires du titulaire de la fonction, de la mission ou du mandat.

Actes facilités par la fonction, la mission ou le mandat. Ce sont donc des actes qui sont en dehors des prérogatives personnelles concédées à l'intéressé par la loi ou les règlements, mais qui ont cependant été rendus possibles en raison des liens étroits unissant les attributions et l'acte.

Précisons que dans le cadre des actes de corruption prévus dans les articles 435-3 et 435-4, le but visé est d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international.

Elément moral

En matière de corruption, l'intention frauduleuse n'a pas à être établie expressément, celle-ci résultant implicitement de la réunion des autres éléments constitutifs de l'infraction. Ainsi est animée d'une volonté délictueuse la personne qui accepte d'agir ou de s'abstenir d'agir, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses prérogatives, en raison d'une rémunération qui lui est proposée. De même, le tiers qui tente d'obtenir d'une personne officielle qu'elle trafique de ses fonctions n'agit pas par négligence ou inadvertance.

Conditions de poursuite

La prescription de l'action publique est de trois ans pour les faits de corruption qui sont des délits.

L'infraction est de nature instantanée et, à ce titre, se consomme dès le moment où ses éléments constitutifs sont réunis. C'est cette date précise qui marque le point de départ de la prescription de trois ans.

Tentative et complicité

La question de **la tentative** n'a en fait pas à se poser puisque peu importe que la corruption ait ou non produit ses effets, la simple proposition caractérisant l'infraction. Cela ressort de la rédaction même des articles 435-1 à 435-4 du Code pénal : le simple fait de solliciter pour la corruption passive et le simple fait de proposer pour la corruption active suffit à caractériser l'infraction.

Concernant la question de **la complicité**, si la corruption active et la corruption passive sont des délits distincts excluant la notion de complicité dans les rapports réciproques du corrupteur et du corrompu, cette notion est cependant applicable aux tiers. Toute personne qui, de son fait, aura incité à la corruption ou aura préparé, facilité ou aidé, en connaissance de cause, à sa mise à exécution pourra être reconnue coupable de complicité de corruption conformément aux dispositions de l'article 121-7 du Code pénal.

Sanctions pénales

Corruption active et passive sont des délits encourant la même peine : une peine d'emprisonnement d'un maximum de dix ans et une amende d'un montant de 150000 €

L'article 435-5 prévoit des peines complémentaires pouvant assortir la peine principale : elles consistent principalement en la déchéance des droits civils et civiques, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou une profession et la confiscation des fonds reçus au titre de la corruption.

L'article 435-6 du Code pénal prévoit des peines d'amende et des peines complémentaires à rencontre des personnes morales reconnues pénalement responsables de faits de corruptions d'agents publics étrangers.

Remarque sur les règles de compétence induites par la transposition en droit pénal français de la Convention OCDE

Il n'existe pas en droit pénal français de compétence universelle, hormis les cas énumérés aux articles 689 et suivants du Code de procédure pénale, parmi lesquels figure la corruption, mais concernant uniquement les

fonctionnaires des Communautés européennes ou des Etats membres de l'Union européenne.

En application de l'article 113-6 du Code pénal, *« la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République »*. A contrario, elle ne l'est pas pour les délits commis dans les mêmes conditions, sauf (alinéa 2 du même article), *« si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis »*.

Elle est également applicable *« à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction »* (article 113-7). Or, en matière de corruption, la victime n'est pas clairement identifiable.

« La poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public. Elle doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle du pays où le fait a été commis » (article 113-8).

L'incrimination de la corruption de fonctionnaire public étranger (autre que ceux des Etats membres de l'Union européenne) prévue aux articles 435-3 et 435-4 du Code pénal (issu de la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la Convention de l'OCDE de 1997) se situe exactement dans ce contexte. D'ailleurs, la poursuite du délit ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public. Elle a donc pour avantage de permettre de s'affranchir des conditions fixées par les textes ci-dessus et donne ainsi compétence aux juridictions françaises, même lorsque les actes de corruption ont été entièrement commis à l'étranger.

FICHE PRATIQUE

L'abus de biens sociaux

(art. L. 241-3-4° [pour les SARL] et L. 242-6-3° [pour les SA]
du Code de commerce)

Définition

Créée par le décret-loi du 8 août 1935 dans un contexte de scandales financiers où il fallait notamment rassurer les épargnants, l'infraction a été reprise par la loi du 24 juillet 1966 aujourd'hui codifiée dans le Code de commerce.

Le délit d'abus de biens sociaux est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375000 €

C'est le fait pour les gérants (article L. 241-3-4°), le président, les administrateurs ou les directeurs généraux (article L. 242-6, 3°) de faire de mauvaise foi des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement.

C'est, somme toute, un délit d'appropriation illégitime, voisin de **l'abus de confiance**.

C'est aussi une infraction plus facile à caractériser que celle de **corruption**, grâce aux traces laissées par les flux financiers illégaux, et aussi plus facile à poursuivre du fait des règles de prescription plus favorables.

La répression de l'abus de biens sociaux doit permettre, sans restreindre les pouvoirs de gestion des dirigeants, de sanctionner leurs actes, faits juridiques ou conventions légalement formées, réelles ou simulées, portant atteinte au patrimoine social et faits dans leur intérêt personnel.

A l'inverse du délit de banqueroute, une condamnation pour abus de biens sociaux n'entraîne pas l'interdiction de diriger, administrer ou contrôler une entreprise.

Personnes visées

1. - Les auteurs du délit sont exclusivement des personnes physiques

Ce sont les gérants, les présidents, administrateurs, directeurs généraux

(délégués et adjoints), membres du directoire et du conseil de surveillance, les dirigeants, les liquidateurs, les membres des organes de gestion, de direction ou d'administration, ainsi que toute personne qui, directement ou indirectement, aura en fait exercé la gestion, la direction ou l'administration d'une des sociétés visées ci-après ; les dirigeants de fait engageant, par conséquent, leur responsabilité pénale.

Sont concernées les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés par actions simplifiées, les sociétés à responsabilité limitée, ce qui inclut les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée, ainsi que les sociétés coopératives, les sociétés d'assurance, les sociétés immobilières de construction, les sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne devenues sociétés civiles de placement immobilier, les sociétés d'exercice libéral, enfin les sociétés d'économie mixte, lorsque ces sociétés sont constituées sous la forme de sociétés anonymes.

Le délit suppose que la société ait déjà acquis la personnalité morale par son immatriculation.

Restent exclues les sociétés de personnes : sociétés en nom collectif et sociétés en commandite simple, sous réserve du cas de leur liquidateur, les sociétés en participation et les sociétés de fait.

Néanmoins, leurs dirigeants peuvent être poursuivis sur le fondement de l'abus de confiance.

Le complice est punissable conformément aux règles du droit commun, c'est-à-dire qu'il doit avoir eu connaissance des éléments de l'infraction pénale reprochée à l'auteur principal et avoir commis des actes positifs.

Peu importe en revanche que le complice n'ait pas pour sa part la qualité de dirigeant de droit ou de fait, exigée seulement au niveau de l'auteur principal.

2. - Cas des personnes morales

L'abus de biens sociaux étant un délit de fonction, les personnes autres que les dirigeants ne peuvent être que complices, et jamais coauteurs.

Depuis le 1^{er} mars 1994, les personnes morales peuvent être pénalement responsables à condition que le délit soit visé expressément par la loi. Or, dans le cadre de l'abus de biens sociaux, cette possibilité n'était pas prévue dans les textes.

Toutefois, la jurisprudence a reconnu la complicité de la personne morale sur la base de l'article 121-2 du nouveau Code pénal.

L'article 54 de la loi du 9 mars 2004, dite loi Perben II, en modifiant l'article 121-2 du nouveau code pénal, a généralisé la responsabilité pénale des personnes morales à l'ensemble des infractions du droit pénal. Cette disposition de la loi qui entrera en vigueur le 31 décembre 2005 devrait régler sans ambiguïté la

question de la complicité d'une personne morale.

Le receleur est punissable dans les conditions fixées à l'article 321-1 du nouveau code pénal.

Faute de disposition particulière de la loi en ce sens, **la tentative** d'abus de biens sociaux n'est pas punissable.

Elément matériel

L'élément matériel du délit consiste en un usage contraire à l'intérêt social des biens ou du crédit.

1° Par usage de biens sociaux ou du crédit, il faut entendre l'accomplissement, au nom de la société, d'actes d'administration (prêts, avances, baux...) et d'actes de disposition (aliénations, acquisitions, cessions...) sur l'ensemble des biens sociaux mobiliers, immobiliers ou incorporels, que ces biens soient dûment inventoriés et constatés par les documents comptables ou pas. Le crédit recouvre, quant à lui, la renommée commerciale, la capacité financière de la société, le volume et la nature des affaires traitées.

Une abstention volontaire d'accomplir des actes peut constituer un usage.

L'usage est donc l'appropriation ou la dissipation : par exemple, le dirigeant dispose à son profit personnel de sommes revenant à la société, en s'octroyant des rémunérations abusives ou des avantages en nature ; mais c'est aussi la simple utilisation, le simple acte d'administration.

2° L'usage des biens est contraire à l'intérêt social lorsqu'il porte atteinte au patrimoine de la société : il en est ainsi de dépenses engagées par la société, mais aussi de manques à gagner résultant, par exemple, de la conclusion de contrats désavantageux pour la société.

De même, est contraire à l'intérêt social l'engagement pris au nom de la société qui l'expose à un risque anormal de pertes sans contrepartie. Toutefois, les fautes de gestion ne sont pas en tant que telles sanctionnées.

C'est donc le caractère injustifié du risque au regard du contexte économique de l'entreprise qui caractérise l'infraction.

Sur la question d'une infraction distincte (telle la corruption) commise par un dirigeant à l'aide de fonds sociaux, pour favoriser sa société, la jurisprudence Carpaye-Carignon reste d'actualité : tout acte contraire au droit pénal ne peut qu'aller à rencontre de l'intérêt d'une société qui ne saurait prospérer en marge de la loi ; ainsi, le risque pénal est toujours anormal.

Il convient de noter que l'intérêt social est une notion distincte de l'intérêt des associés (ou des actionnaires) ; ainsi, l'assentiment des associés (ou de l'assemblée générale) ne fait pas disparaître le caractère délictueux des prélèvements abusifs de biens sociaux et n'absout pas leur auteur.

Sur le cas particulier des **groupes de sociétés**, l'incrimination d'abus de biens sociaux ne peut être neutralisée *« que si, d'une part, l'existence d'un groupe de sociétés est établie et si, d'autre part, le concours financier est dicté par les intérêts de ce groupe appréciés au regard d'une politique commune, n'est pas dépourvu de contrepartie ou ne rompt pas l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés, et n'excède pas les possibilités financières de celle qui en supporte la charge »*.

Les détournements d'actifs commis après la cessation des paiements constituent le délit de **banqueroute**.

3° Les actes des dirigeants contraires à l'intérêt social ne sont punissables que si ces dirigeants ont agi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont directement ou indirectement intéressés.

L'intérêt personnel comprend non seulement la réalisation ou la perspective de profits pécuniaires, mais aussi tous les avantages d'ordre professionnel ou moral ;

Il peut s'agir par exemple du souci d'entretenir par des faveurs, des relations avec des personnages influents ;

Dans le cas particulier des **prélèvements occultes**, la Cour de cassation a établi une présomption simple d'appropriation personnelle des fonds : la chambre criminelle a précisé que *« s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant social l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel »*.

Elément moral

L'intention frauduleuse est un élément indispensable à la constitution du délit. Les textes visent clairement la « mauvaise foi » des dirigeants. L'élément intentionnel du délit doit être constaté par les tribunaux.

Le dirigeant doit avoir eu conscience du caractère préjudiciable à la société de l'acte qu'il a accompli et de l'avantage qu'il devait en tirer.

La constatation d'une simple négligence ne peut caractériser la mauvaise foi.

En revanche, négligence et défaut de surveillance ont pu être retenus à la charge d'un dirigeant qui n'avait pas utilisé les pouvoirs qu'il tenait des statuts pour s'opposer aux agissements d'un animateur de fait de l'entreprise, véritable maître de l'affaire : la répression suppose en effet, pour la Cour de cassation, que le dirigeant ait eu connaissance des agissements délictueux qu'il pouvait empêcher.

Constituent des abus de biens sociaux les rémunérations abusives : prélèvements sans autorisation, remboursements de frais non justifiés et rémunérations excessives eu égard à la situation financière de la société.

Prescription de l'action publique

Conformément aux règles générales du droit pénal, le délit d'abus de biens sociaux se prescrit par trois ans, à compter de la date à laquelle il a été commis.

Toutefois, compte tenu de la nature spéciale de l'infraction, la jurisprudence tend à reporter le point de départ de la prescription au jour où l'usage abusif de biens sociaux a pu être découvert et constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

Cependant, à partir de 1997, la chambre criminelle a assoupli sa position en disant que celle-ci ne vaut que si les agissements frauduleux ont été cachés.

Elle a précisé que, sauf dissimulation, la prescription du délit courait à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société.

S'inspirant de cette position, le tribunal de grande instance de Paris, confirmé par la cour d'appel de Paris (9^e ch. B, 5 mars 2002, Lagardère), a ainsi précisé que la publication des comptes annuels en assemblée générale constitue le point de départ de la prescription si les comptes sont suffisamment explicites et si, à leur lecture, l'existence d'un délit d'abus de biens sociaux apparaît dans son principe et peut être constaté par des personnes normalement avisées et diligentes, comme les actionnaires, qui ont la possibilité de mettre en mouvement l'action publique.

Cas du recel d'abus de biens sociaux

Le recel du produit d'un abus de biens sociaux ne saurait commencer à se prescrire avant que l'infraction dont il procède soit apparue et ait pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

Le recel d'abus de biens sociaux ne saurait se prescrire tant que l'infraction d'origine n'est pas découverte, alors que normalement le recel, qui est une infraction distincte et continue, doit se prescrire dès qu'il s'achève.

La prescription est interrompue par l'enquête et l'information sur les faits poursuivis.

Cette solution ne soulève aucune discussion.

Action civile

Le délit d'abus de biens sociaux nuit matériellement et directement à la société qui en est victime.

La société est donc habilitée à se constituer partie civile par l'intermédiaire de son représentant légal. Le préjudice subi par la société peut être un préjudice matériel, équivalent au montant de l'abus de biens sociaux, mais aussi un préjudice moral résultant de l'atteinte au crédit et à la bonne réputation de la société.

L'action sociale peut également être exercée par un actionnaire agissant *ut singuli*, c'est-à-dire exerçant l'action pour le compte de la société elle-même en application de l'article L. 225-252 du Code de commerce. En pareil cas, le montant des dommages et intérêts alloués sera versé non à l'actionnaire mais dans la caisse sociale.

Concernant en revanche l'action civile des associés à titre personnel, la Cour de cassation la déclare irrecevable, précisant que « *le délit d'abus de biens sociaux n'occasionne un dommage personnel et direct qu'à la société elle-même et non à chaque associé* ».

Est aussi irrecevable la constitution de partie civile des créanciers, d'une caution, du comité d'entreprise ou de syndicats. Néanmoins, les actions à mener peuvent l'être sur le plan civil.

La compétence territoriale

Le délit d'abus de biens sociaux est une infraction spécifique du droit français ; sont donc visées essentiellement les sociétés dont le siège est situé en France.

Compétence territoriale

Les articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce sont des dispositions pénales concernant les seules sociétés ci-dessus visées.

A l'instar de l'ensemble des dispositions du Code de commerce régissant les sociétés commerciales françaises, ces articles n'ont pas vocation à régir le fonctionnement des sociétés étrangères ni à incriminer des comportements portant atteinte aux intérêts d'une société étrangère.

C'est pourquoi la Cour de cassation dans un arrêt du 3 juin 2004 a dit que « *l'incrimination d'abus de biens sociaux ne peut être étendue à des sociétés que la loi n'a pas prévues, telle une société de droit étranger, et pour lesquelles seule la qualification d'abus de confiance est susceptible d'être retenue* ».

Prévention des risques

La prévention passe par la formation des salariés et des dirigeants.

C'est une question de culture d'entreprise, de transparence et d'éthique des affaires.

CHAPITRE IX

Bilan d'activité

I. - TRAITEMENTS DES DOSSIERS

1. ÉLÉMENTS STATISTIQUES

Le nombre des saisines du SCPC en 2004 a été de soixante-six et demeure supérieur à la moyenne annuelle depuis la création du service (cinquante-cinq).

Ces chiffres demeurent cependant modestes comparés à la capacité (théorique) opérationnelle du SCPC ou rapportés au nombre de condamnations prononcées par les juridictions pénales au cours de la même période. Notons cependant que ces chiffres ne représentent qu'une partie de l'activité du service, les autres étant constituées de sollicitations verbales, de nombreuses actions de formation (*cf. infra*), de participations et d'animations de colloques nationaux et internationaux, et d'actions de coopération à l'étranger, auxquelles s'ajoutent des missions de conseil et d'expertise auprès des entreprises du secteur public et privé.

Les soixante-six dossiers dont le service a été saisi se ventilent de la manière suivante :

Trente avis ont été rendus, dont :

- quatorze à la demande d'élus ou de responsables de collectivités locales ou territoriales ;
- trois à la demande de chefs des services administratifs de l'Etat, des corps de contrôle et des commissions administratives ;
- sept à la demande de dirigeants d'organismes privés chargés d'une mission de service public ;
- deux à la demande de l'autorité judiciaire ;
- quatre transmis à l'autorité judiciaire ou à l'inspection des services judiciaires.

Trente-six dossiers posent le problème spécifique des saisines de particuliers.

En effet, la loi du 29 février 1993 et son décret d'application du 22 février suivant, textes fondateurs du service, énumèrent successivement les autorités habilitées à lui demander un avis. Ce sont les élus locaux, qui ont un pouvoir exécutif, les chefs des juridictions financières, des services administratifs de l'Etat, de diverses commissions administratives, des organismes et services d'inspection ou de contrôle relevant de l'Etat et, enfin, les dirigeants des organismes privés chargés d'une mission de service public.

La saisine du SCPC par de simples citoyens, sans mandat électif ni

attributions administratives ou juridictionnelles, n'est pas envisagée dans les textes fondateurs. Or, force est de constater que, depuis quelques années, de nombreux courriers (dont seulement une minorité est anonyme) lui sont adressés par de simples particuliers ou des associations, pour solliciter des consultations, des renseignements ou porter des faits à sa connaissance. Notons que l'usage des courriers électroniques progresse.

Soucieux de sa mission générale de prévention, et sous couvert de certaines précautions, le SCPC a pris le parti d'examiner ces sollicitations. Les risques de manipulation ou d'instrumentalisation ne sont pas négligeables, d'autant que les capacités d'investigation ou la possibilité de se faire communiquer des documents ont été supprimées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 janvier 1993. Faut-il pour autant que le SCPC renonce partiellement à la mission de service public qui est la sienne et qui, de manière générale, satisfait les attentes légitimes de nos concitoyens ? Pour éviter tout « dérapage », il serait sans doute préférable à l'avenir de le doter, à l'instar de nombreuses autorités administratives, de la possibilité de se faire communiquer des documents administratifs.

Néanmoins, l'interdiction faite au service de formuler des avis juridiques au bénéfice de particuliers n'est pas incompatible avec le questionnement aux autorités concernées, voire avec la transmission à ces dernières pour attribution ou information des requêtes qui les concernent. Il y a là une marge d'animation pour le SCPC, dont il peut user sans être en contravention avec les dispositions légales.

2. COMMENTAIRES

Concernant les avis rendus par le SCPC à l'autorité judiciaire, il est paradoxal de noter que ce nombre est le plus faible de tous les avis rendus, alors même que ce service est placé auprès du garde des Sceaux. Pour l'année 2004, le SCPC n'a été sollicité qu'à deux reprises par des magistrats de l'ordre judiciaire. S'il est facile de comprendre que des juridictions de grande importance, dotées d'un pôle économique et financier ou d'un service spécialisé, peuvent se dispenser de recourir aux compétences du SCPC, tel ne paraît pas être le cas des tribunaux de moyenne ou de petite taille, susceptibles de bénéficier d'une expertise indépendante et pluridisciplinaire sur des sujets de haute technicité financière et juridique.

A ce constat, deux raisons peuvent être avancées pour tenter de donner une explication. La première est la méconnaissance, par les juridictions, de l'existence même du SCPC, ou sinon des services et de l'expertise qu'il peut leur apporter, la seconde est la crainte injustifiée d'un manque d'indépendance du SCPC vis-à-vis de la Chancellerie, le service étant « placé auprès » du garde des Sceaux. Précisons que ce terme « placé

auprès » n'implique en aucune façon un lien hiérarchique direct entre le SCPC et le ministère de la Justice, et que le service reste indépendant et libre ; toutes les informations qu'il reçoit demeurent confidentielles.

Toutefois, avec la création des huit juridictions interrégionales spécialisées, dans le cadre de la loi du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le SCPC va pouvoir cibler son action de sensibilisation et de formation des magistrats affectés dans ces nouvelles juridictions, en liaison étroite avec l'Ecole nationale de la magistrature. Spécialisées en criminalité organisée et en délinquance économique et financière, ces juridictions interrégionales pourront trouver, auprès du SCPC, une expertise indépendante et multidisciplinaire.

Le constat d'une méconnaissance de l'existence du SCPC et des services qu'il peut rendre est transposable aux élus des collectivités locales et territoriales, à la recherche d'un avis discret et argumenté dans les domaines aussi délicats et complexes que la prise illégale d'intérêt ou la passation de marchés publics. Là encore, le positionnement du service, « placé auprès » du garde des Sceaux, peut effrayer les élus, qui ne voient pas le rôle de conseil que peut apporter le SCPC, mais qui, pour certains, craignent, à tort, qu'il ne soit l'antichambre du bureau du procureur, ou, pour d'autres, que l'intervention d'un service de l'Etat auprès d'élus ne conduise à une forme d'atteinte à la séparation des pouvoirs.

Enfin, concernant la collaboration entre le SCPC et les organes de contrôle de l'Etat, 2004 a vu se confirmer un mouvement de rapprochement initié en 2003. C'est le cas avec, notamment, l'Inspection générale des finances qui sur des dossiers ponctuels a sollicité l'avis du SCPC, et, avec le Contrôle général des armées (CGA), un projet de formation des inspecteurs de ce corps de contrôle est en cours d'élaboration et devrait voir le jour en mai 2005.

S'agissant plus spécifiquement du corps préfectoral, après des contacts au plus haut niveau au ministère de l'Intérieur, à la fin de l'année 2004, le chef du SCPC devrait participer à une réunion des préfets, et le service pourrait être sollicité pour participer aux séminaires de formation interne au ministère de l'Intérieur.

II. - SENSIBILISATION ET FORMATION À LA PRÉVENTION ET À LA DÉTECTION DE LA CORRUPTION

Pour remplir cette mission, le SCPC entretient un partenariat avec quatre catégories d'interlocuteurs : les autres ministères et services de

l'État, les collectivités locales et territoriales, les entreprises publiques et les entreprises privées.

1. AUTRES DEPARTEMENTS MINISTERIELS ET SERVICE DE L'ÉTAT

Les interlocuteurs naturels du SCPC sont issus des ministères représentés en son sein :

- ministère de la justice ;
- ministère de la défense ;
- ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ;
- ministère de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme, et de la mer ;
- ministère de l'intérieur.

Ces liens privilégiés permettent une circulation facilitée des informations et un décloisonnement des actions.

Une collaboration active se poursuit également avec le ministère des Affaires étrangères, et plus particulièrement avec l'ambassadeur itinérant chargé des questions de lutte contre la criminalité organisée et la corruption.

Le SCPC a par ailleurs créé un comité permanent de liaison, composé de membres des divers départements ministériels et de représentants de la société civile avec lesquels il est amené à collaborer¹⁴³. Ce comité, qui se réunit en principe une fois par an, l'assiste dans ses attributions.

2. LES ENTREPRISES PUBLIQUES

Le SCPC entretient des partenariats avec la SNCF depuis 1998 et avec Electricité de France (EDF) depuis 2000, après la signature de conventions. En 2004, les actions menées ont concerné des formations de prévention et de sensibilisation contre les phénomènes de corruption destinées aux personnels les plus exposés, notamment les agents partant à l'étranger.

¹⁴³ Cour des comptes, Inspection générale de l'administration, Inspection générale des finances, Inspection générale des services judiciaires, ambassadeur itinérant chargé des questions de lutte contre la corruption, conseil général des Ponts et chaussées, conseil général des Mines, Direction générale de la police nationale, Direction nationale de la gendarmerie nationale, Direction générale des douanes, Direction générale des impôts, Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, Direction des affaires criminelles et des grâces, service des affaires européennes et internationales du ministère de la Justice, Conférence nationale des premiers présidents de cours d'appel, Conférence nationale des procureurs généraux, Contrôle général de la SNCF.

Par ailleurs, une convention de partenariat a été signée avec l'Agence française de développement (AFD) et sa filiale, la Société de promotion et de participation économique (PROPARCO), le 24 mars 2004. Ces organismes concourent par des prêts, à moyen ou à long terme, et des subventions au développement économique et social, dans le monde. Cette convention a permis de mettre en place une formation sur les risques liés aux trusts et, par ailleurs, de travailler sur les moyens d'éviter le blanchiment dans la préparation et la mise en œuvre des contrats.

3. LES ENTREPRISES PRIVEES

La politique initiée dans ce domaine par le service s'est poursuivie en 2004, avec la signature d'une convention avec le groupe Dassault Aviation, en juillet 2004, et avec le groupe Accor en novembre 2004.

En ce qui concerne les conventions signées les années précédentes, le SCPC a joué un rôle de conseil et de soutien aux équipes chargées de l'éthique dans certains groupes, comme ceux de Thalès et de Veolia Environnement.

L'OCDE et le Conseil de l'Europe, qui avaient salué le travail du SCPC dans ce domaine, dans leurs rapports d'évaluation respectifs, ont demandé que se poursuive cette démarche, notamment en direction des petites et moyennes entreprises (PME). Des projets ont été préparés en 2004 avec le MEDEF et ses fédérations régionales pour organiser au début de l'année 2005 des séminaires pour sensibiliser les PME aux enjeux des nouvelles conventions internationales concernant la lutte contre la corruption.

Enfin, le service a poursuivi ses actions de formation dans le secteur privé auprès de plusieurs instituts d'administration des entreprises (Aix-en-Provence, Paris). De même, les conseillers du SCPC ont participé à de nombreuses sessions de formation, de groupes de recherches, séminaires organisés notamment par l'Institut français d'audit et de contrôle interne (IFACI), dont le public est composé d'auditeurs d'entreprises de haut niveau.

III. - RELATIONS INTERNATIONALES

L'année 2004 a été particulièrement riche en matière de relations internationales pour le SCPC, tant au plan multilatéral que bilatéral.

1. L'ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE)

Le SCPC a continué de manière très active à participer aux travaux de l'OCDE, et en particulier à ceux du groupe anticorruption de l'organisation.

Après la publication du rapport d'évaluation de la France (phase 2) sur la mise en œuvre de la Convention contre la corruption d'agent public étranger dans les transactions commerciales internationales, le SCPC a veillé à mettre en œuvre les recommandations du rapport le concernant en matière de sensibilisation des entreprises et de formation au sein de la fonction publique.

Le service a, par ailleurs, participé à plusieurs séminaires organisés par différentes directions de l'OCDE, et a co-organisé le Forum global sur les marchés publics qui s'est tenu au ministère des Finances et de l'Industrie les 29 et 30 novembre 2004, et qui a réuni des experts du monde entier.

Enfin, l'expertise du service a été sollicitée à plusieurs reprises par l'OCDE, pour participer à des séminaires à l'étranger (Russie, Philippines, Estonie, Lettonie et Chine), ainsi que comme évaluateur dans le processus d'examen en phase 2 du Royaume-Uni.

2. LE CONSEIL DE L'EUROPE

C'est principalement avec le Groupe des Etats contre la corruption (GRECO), mécanisme de contrôle institué par le Conseil de l'Europe pour vérifier l'application des principes directeurs de la lutte contre la corruption et des conventions civiles et pénales contre la corruption, que le SCPC collabore avec l'organisation de Strasbourg.

Deux membres du service ont participé aux visites d'évaluation, phase II, en Pologne et au Luxembourg. Le rapport de ces missions a été présenté en séance plénière, face à l'ensemble des membres du GRECO.

A son tour, la France a reçu la visite d'évaluateurs du GRECO en juin 2004. Le service a fait partie de la délégation officielle entendue par les examinateurs du GRECO. Dans leur rapport d'évaluation¹⁴⁴, les experts du GRECO ont félicité le SCPC pour son rôle central en matière de formation dans l'administration publique sur les sujets qui ont trait à la déontologie et la prévention de la corruption, et également pour son action en direction des entreprises publiques et privées (*cf. supra*).

¹⁴⁴ Deuxième cycle d'évaluation, GRECO, *Rapport d'évaluation sur la France*, disponible sur le site : www.greco.coe.int.

Par ailleurs, un expert du service a été désigné pour participer aux visites d'évaluation qui auront lieu en Roumanie et en République tchèque et vraisemblablement au Portugal, au cours de l'année 2005.

Enfin, le SCPC a été associé à des actions ponctuelles dans le cadre de programmes spécifiques dans des pays émergents, dans les nouveaux pays qui ont rejoint l'Union européenne, ou dans ceux qui y sont candidats (Roumanie, Serbie, Monténégro, Moldavie). Les thèmes abordés les plus récurrents demeurent, notamment, la déontologie, le financement des partis politiques, les marchés publics, l'organisation institutionnelle de la lutte contre la corruption, et sont destinés à des hauts fonctionnaires, des magistrats, des policiers et des membres de la société civile.

3. LES ECHANGES BILATERAUX

En 2004, le service a reçu 14 délégations étrangères, sur l'initiative des diverses institutions françaises ou étrangères, dans le cadre de relations de travail et de coopération.

Sur toutes ces questions, le SCPC travaille en étroite collaboration avec les directions du ministère des Affaires étrangères et avec l'ambassadeur itinérant chargé des questions de lutte contre la criminalité organisée et la corruption.

De même, des actions de coopération communes avec le Service de coopération technique internationale de la police (SCTIP) ont été menées en Amérique latine et en Afrique concernant la lutte contre la corruption et le blanchiment.

Un programme de soutien à la mise en place d'une politique globale de lutte contre la corruption a été mené à Madagascar, où deux experts du SCPC se sont rendus à quelques mois d'intervalle avec le soutien du ministère des Affaires étrangères pour l'une des missions et d'une association malgache pour l'autre.

IV. - RELATIONS AVEC LES UNIVERSITES ET LES GRANDES ÉCOLES

Le service intervient régulièrement dans plusieurs grandes écoles (Ecole nationale d'administration, Ecole nationale de la magistrature, Ecole polytechnique, Ecole des hautes études commerciales) ainsi que dans de nombreuses écoles d'application (police nationale, gendarmerie nationale, douanes) et centres de formation (concurrence et consommation, impôts, fonction publique territoriale, ville de Paris...).

Par ailleurs, le SCPC assure des enseignements ou des modules de formation dans plusieurs universités françaises (Aix-en-Provence, Créteil, Lyon, Paris-I, Paris-II, Rouen).

A cet égard, 2004 a vu la naissance en France du premier diplôme de troisième cycle, niveau bac + 5, à l'Université Robert-Schuman de Strasbourg sur « la détection, la prévention et le contrôle du risque de fraude, de blanchiment et de corruption ». Des membres du SCPC ont commencé à donner des cours, à la fin de l'année 2004, et assureront près de la moitié des 360 heures de l'enseignement destiné à des étudiants tant en formation initiale que continue, qui se destinent aux métiers de la finance ou du droit et qui désirent acquérir les réflexes leur permettant d'avoir la réactivité nécessaire lorsqu'ils seront confrontés à des indicateurs de fraude, de blanchiment et de corruption et, d'une manière générale, de flux financiers suspects. Il est placé sous la direction de Chantal Cutajar, maître de conférences.

Un article cosigné de Chantal Cutajar et de Claude Mathon, chef du Service central de prévention de la corruption, figure en annexe du présent rapport.

Enfin, le service a reçu deux stagiaires de niveau universitaire au cours de l'année écoulée, préparant une thèse d'Etat.

CONCLUSION

Le présent rapport confirme que le Service central de prévention de la corruption (SCPC) a su s'extraire du contexte dans lequel il a été créé qui, si l'on se rapporte aux différents chapitres de la loi du 22 janvier 1993, se réfère :

- au financement des campagnes électorales et des partis politiques ;
- à la transparence des activités économiques ;
- aux contrôles des dirigeants des collectivités locales.

C'est ainsi que par le passé des sujets largement ouverts sur la société ont, entre autres, été traités souvent bien avant que l'actualité s'en empare.

ANNEES 1993-1994

- Lobbying et trafic d'influence

Il n'est pas aisé de tracer la limite entre le lobbying (ensemble de moyens visant à influencer le processus de décision) et le trafic d'influence. On n'évitera certainement pas les dérives en réglementant le lobbying, mais en décryptant le fonctionnement des circuits décisionnels parfois altérés par l'essor de la « consultance ». Ce thème d'étude est toujours d'actualité.

- Sport et corruption

Cette étude analyse les flux financiers générés par l'activité des clubs sportifs (recettes des rencontres, transferts de joueurs, contrats d'image) et par l'attraction exercée par le phénomène sportif sur la société (sponsoring, publicité, droits de retransmissions télévisée et radiophonique, subventions des collectivités locales). Le phénomène évolue sur le plan technique, mais les risques demeurent.

- Commerce international et corruption

Il est ici mis en évidence comment les intervenants dans le commerce international (leur rôle, l'évolution de leurs métiers), les secteurs sensibles, les réglementations et les moyens de transport peuvent permettre de développer des techniques financièrement intéressantes de fraude, qui nécessitent presque toujours l'utilisation de la corruption à un endroit ou à un autre de la chaîne de transport.

- Décentralisation, faits de corruption et contrôle de légalité

La décentralisation a, on le sait, entraîné un transfert de compétences important vers les élus locaux. Ceux-ci rassemblent entre leurs mains de nombreux pouvoirs et ils n'ont pas été préparés à assumer toutes ces responsabilités. Les risques sont nombreux, que la déficience du contrôle de légalité accroît notablement.

ANNEE 1995

Outre la prévention du risque de concussion, la prise illégale d'intérêt et le favoritisme dans la gestion des collectivités locales, le service a mené des recherches sur les phénomènes de corruption dans trois directions principales :

- Dans les marchés publics

Il s'est attaché à ouvrir des pistes de réflexion qui pourraient être étudiées pour réduire les risques de fraude et de corruption dans les marchés publics. Ces pistes concernent la connaissance des mécanismes frauduleux, la simplification des règles et diverses mesures d'ordre économique.

- Dans le secteur de la santé

On trouve, de par la structure même et l'organisation de ce dernier, des risques significatifs. Compte tenu des partenariats obligatoires avec les entreprises, les fonctionnaires, les élus, les professionnels de la santé, les organismes caritatifs et même les patients, des risques de pactes de corruption existent. Des conseils pour réduire ces risques sont formulés.

- Dans le commerce international

La fraude, pour aboutir, rend souvent nécessaire la mise en place de pratiques corruptrices. On comprend alors l'importance du rôle de l'agent public dans la transaction commerciale. Ces constats permettent d'élaborer une esquisse de typologie des mécanismes de corruption associés aux fraudes commerciales.

- Enfin, la prévention de la corruption est passée de la prise de conscience des risques à l'éthique de la responsabilité

En effet, les risques objectifs (qui tiennent à des situations telles que cumul de mandats ou conflits d'intérêts...) et les risques subjectifs (qui touchent à l'attitude du citoyen, de l'élu, du décideur...) se conjuguent pour étalonner le devoir de prudence. Celui-ci ne doit pas se confondre avec une responsabilité illimitée (et, partant, paralysante) et une responsabilité trop facilement esquivable (la corruption étant un délit occulte, le décideur ne pouvait pas en être informé).

ANNEE 1996

- Les régies publicitaires

Le détournement du fonctionnement normal des régies publicitaires locales permet d'alimenter des caisses noires qui peuvent, par la suite, être employées à des fins de corruption. Cette méthode a pu être utilisée par les responsables du financement des partis politiques ou des campagnes

électorales, mais aussi par les délinquants et même par les terroristes.

- Les produits dérivés, le marchandisage

Tout au long de leur existence (fabrication, commercialisation, vente, licence d'exploitation...) les produits dérivés peuvent donner lieu à des manœuvres frauduleuses permettant de dégager des sommes considérables qui seront utilisées (grâce à la corruption) pour sécuriser le mécanisme ou pour alimenter des caisses noires. Le développement de la société du « spectacle » et l'internationalisation des marchés augmentent les risques de dérives.

- Fraudes et corruption dans les marchés publics

Il s'agit de mettre en évidence les pratiques les plus connues pour favoriser la fraude dans les marchés publics. Les techniques de fraude utilisées par les entreprises aux différentes étapes du marché (de la naissance du besoin à l'achèvement complet des travaux) permettent de dégager des moyens financiers importants qui serviront à régler le coût de la corruption. A partir de cette analyse, un véritable système de contrôle a été développé.

- La transaction commerciale internationale : concurrence et corruption

Dans les transactions commerciales internationales, la corruption peut permettre d'accompagner et de faciliter une fraude, de faire fonctionner des circuits parallèles de distribution (contrebande) ou d'opérer des transferts de fonds importants (corruption de « haut niveau ») sous l'apparence de transactions commerciales régulières.

- Rationalité économique et fraude internationale

Les structures commerciales adaptées aux échanges internationaux (sociétés liées, sociétés financières, holdings, fiducies... et paradis fiscaux) permettent la constitution de revenus occultes à l'étranger grâce à des transferts de biens ou de services dont la valeur d'échange est difficile à déterminer. Toutes les tentatives de solution sont, pour le moment, rejetées par les instances nationales et internationales.

ANNEE 1997

- Les sectes

Les caractéristiques des organisations sectaires (régime juridique, recrutement, réalisation du chiffre d'affaires, service d'ordre) et leurs pratiques commerciales (vente pyramidale) ainsi que les secteurs d'activités concernés par ces ventes accroissent le risque de pratiques « déviantes » qui ne peuvent se perpétuer que grâce à la corruption.

- Les marchés d'informatique

Les spécificités propres des marchés informatiques augmentent les risques de dérives qui peuvent se produire à toutes les étapes caractéristiques du marché : mise en évidence et évaluation sommaire du besoin (le besoin, la faisabilité du projet, l'élaboration du cahier des charges), mise en concurrence (commandes hors marché et marchés publics), exécution des travaux (acquisition de matériel, réalisation de logiciels, câblages, opérations de communication, assistance), fin des travaux (contrôle, contentieux, vente de matériels hors d'usage).

- Commerce intérieur de détail, artisanat et services marchands : les situations à risques

Le service a procédé à une description du secteur et des principales pratiques utilisées pour échapper aux contraintes réglementaires ou contourner les lois de la compétition qui peuvent déboucher sur des pratiques corruptrices.

- L'utilisation des fonds de la corruption

Le service a recensé les moyens généralement employés pour pouvoir utiliser les fonds provenant de la corruption, aussi bien en France qu'à l'étranger, en se constituant une source de revenus ou un patrimoine que l'on pourra transférer sans frais. Cette connaissance des dérives a permis d'élaborer un système de contrôle.

ANNÉES 1998-1999

- Le conseil et l'intermédiaire comme vecteurs d'un montage frauduleux

L'organisation de pactes de corruption ou de montages frauduleux requiert une technicité éprouvée. Les conseils et autres intermédiaires jouent un rôle de plus en plus grand pour organiser et sécuriser ces montages, tout en cachant souvent cette activité derrière une interprétation « extensible » du secret professionnel auquel sont soumis les divers professionnels du conseil.

- Les risques de dérives dans la grande distribution

Dans la grande distribution, les risques existent malgré les contraintes légales ou réglementaires. Les dérives sont possibles lors de la construction des grandes surfaces, puis lors de leur exploitation. Le poids de la grande distribution accentue l'importance des risques évoqués.

- Les risques de dérives dans le secteur de la formation professionnelle

Le secteur de la formation professionnelle est très encadré par une réglementation complexe. Malgré cela, la fraude et la corruption régissent

car tous les intervenants ont un intérêt à frauder, aussi bien les stagiaires que les organismes de formation, les organismes collecteurs ou les entreprises. Ce secteur est l'un de ceux qui présentent le plus de risques puisque les contrôles y sont soit désorganisés, soit difficiles puisqu'ils concernent des associations.

ANNEE 2000

- Publicité et contrôle interne

Le secteur de la publicité draine des sommes considérables dans des circuits où la pratique de l'urgence est presque érigée en système de gestion. Si le contrôle interne des annonceurs et/ou des clients n'est pas strictement respecté, tous les ingrédients sont réunis pour augmenter les risques de dérives. La méthode est simple (surfacturation), même si elle permet de mettre en place des mécanismes complexes. Les points faibles ont été identifiés et une méthode de contrôle adéquate a été élaborée.

- « Pantouflage » et zone grise

Le « pantouflage », passage d'agents publics vers le secteur privé, et la procédure de « nominations au tour extérieur » sont deux flux inverses qui ont valeur d'alerte quant au risque de voir instrumentaliser l'administration. Le « pantouflage » doit être mesuré qualitativement (et non uniquement statistiquement) en évaluant son influence, afin de réduire la zone grise : celle dans laquelle on ignore si cette pratique a été préméditée ou non, à quel moment elle commence ou va finir et, surtout, si elle aboutit à une influence (réelle ou supposée) au détriment de l'Etat.

- Détresse et corruption : le cas de l'adoption

Un besoin impossible à satisfaire et une détresse profonde conduisent à l'adoption. Or, la procédure complexe mise en œuvre pour éviter les abus est fréquemment détournée par la corruption. Dans le même temps, des scientifiques qui sont censés aider la nature multiplient les interventions onéreuses dans un but mercantile. Les risques de déviances sont donc considérables.

ANNEE 2001

Pour la première fois depuis sa création, le SCPC s'est livré à un essai de définition de la corruption, bien que le phénomène soit tout à la fois ancien, permanent, évolutif et... mal connu. Le cliché tente de réaliser une mise au point sur l'Etat de la question et propose un certain nombre de correctifs politiques, économiques, juridiques et moraux qui, s'ils étaient

mis en œuvre, pourraient permettre de mesurer les risques et tenter de les réduire.

- Corruption et exclusion

Soucieux de ne pas séparer artificiellement l'opérationnel et le conceptuel, le service a réfléchi sur deux notions phares de notre société, apparemment étrangères l'une à l'autre, mais qui cependant présentent des traits communs. La corruption est en effet un facteur d'exclusion individuelle, d'exclusion économique, d'exclusion politique, ferment plus ou moins rapide, mais toujours redoutable, de la décomposition des sociétés démocratiques.

- Mondialisation, corruption et nébuleuse caritative

Symbole fort des sociétés occidentales, l'association et sa variante caritative sont des nébuleuses dont les contours mal définis, aggravés par une mondialisation bien exploitée, autorisent tous les dévoiements. Supplétif, voire concurrent, d'Etats en mal d'autorité, le système associatif tente de s'imposer comme la référence unique et universelle d'un nouveau modèle de démocratie directe. C'est oublier les risques de fraude, de manipulation, de corruption, voire de sape des valeurs, auxquels il peut, volontairement ou non, laisser le champ libre.

- Les montages utilisés pour faire échec à la Convention de l'OCDE de 1997

Les phénomènes de corruption sont, et depuis longtemps, répandus dans les transactions commerciales internationales. Ils affectent autant la bonne gestion des affaires publiques que le développement économique, faussent les conditions de la concurrence mondiale et suscitent de graves questions autant morales que politiques. Il faut donc voir comme un progrès la moralisation des affaires dans ce domaine, sauf si elle constitue un moyen déguisé et inédit de guerre économique.

- Sécurité privée : émergence d'un cercle vertueux ?

Le droit à la sécurité est un droit essentiel, reconnu par nos textes fondamentaux. Comme la langue d'Esopé, sa préservation et sa garantie peuvent être la pire et la meilleure des choses, alors même que, monopole régalién, le maintien de l'ordre est devenu peu à peu un marché commercial ouvert, sujet à tous les manquements frauduleux, toutes les dérives illégales, tous les enjeux d'influence. Un rappel incessant à la déontologie et des contrôles simples, mais certains et efficaces, exercés par l'Etat sur ses « délégués » devraient permettre de prévenir les risques.

- Les risques de dérive dans le secteur du nettoyage

Négligée et jusqu'alors peu valorisée, l'activité de nettoyage peut se révéler très propice à la fraude et à la corruption, aussi bien chez le fournisseur que chez le client. Les moyens sont classiques, mais le service

s'est plus particulièrement intéressé aux imbrications de sous-traitance et aux articulations entre sociétés, qui présentent des avantages dont l'évidence est démontrée. Là encore la prévention est assez simple à mettre en place par des contrôles ciblés et adaptés.

- Flash sur les conséquences de l'affaire Enron

La déflagration causée par la découverte de malversations, à l'ampleur insoupçonnée, dans la gestion d'entreprises ayant jusqu'alors pignon sur rue, ne laisse pas d'interroger sur la faillite des mécanismes de contrôle, censés garantir la foi des affaires, les intérêts des actionnaires et l'honnêteté des dirigeants sociaux. Malgré sa brûlante actualité, le SCPC tente, au regard de sa sphère de compétence, de tirer les premiers enseignements de cet événement annoncé et avant-coureur d'autres, tout aussi spectaculaires et prévisibles.

- Fiche pratique sur la prise illégale d'intérêts

Soucieux tout autant de faire réfléchir à la place de la corruption dans notre société que de donner les outils de la prévenir et de la combattre, le service a souhaité expliquer, par une fiche technique simple et pédagogique à l'usage de tous les décideurs, l'infraction de prise illégale d'intérêts telle qu'elle est définie par la loi pénale. Il prolonge ainsi le rôle de formation qui lui est de plus en plus reconnu dans les secteurs public et privé.

ANNEE 2002

- De la déontologie

A l'heure où les scandales en tout genre émaillent l'actualité économique, financière, politique et judiciaire, les principes moraux, la déontologie, l'éthique connaissent un regain de faveur. Alors que les effets néfastes de la corruption sont évidents, il a paru intéressant au SCPC de voir comment le fonctionnaire ou l'employé d'une entreprise privée peuvent, chacun à leur niveau, s'impliquer ou être impliqués dans la lutte contre ce fléau. Codes de déontologie, d'éthique, de morale..., si ces différentes dénominations ont un sens propre, il n'est pas toujours pris en compte, tous ces codes recoupant finalement la même réalité. En effet, ils vont tous chercher à encadrer les comportements professionnels dans le sens de la responsabilité, soit qu'elle soit cherchée, soit qu'elle soit prise, et devront permettre à l'agent ou au salarié d'exercer ses responsabilités dans des conditions satisfaisantes. Ils constituent en effet de nouveaux outils pour les agents du secteur privé ou les fonctionnaires, visant à éclairer leurs choix. Pour autant, leurs objectifs ne sont pas toujours ceux affichés : dans l'entreprise par exemple ils peuvent servir d'instruments de guerre économique ou d'alibi déresponsabilisant la hiérarchie et laissant reposer l'initiative sur le seul individu.

- Les dérives du monde associatif

Le monde associatif est la proie de nombreuses dérives et irrégularités dont les montages divers et variés sont décrits dans le rapport. Ces dérives sont le fruit, d'une part, de l'inadéquation de la législation française - et plus particulièrement des modalités de gestion et de contrôle - et, d'autre part, de la mondialisation du phénomène associatif qui a connu une croissance rapide sur l'ensemble de la planète, entraînant nécessairement l'apparition de nouveaux montages frauduleux. L'existence de la liberté d'association n'est bien évidemment pas remise en cause : il s'agit cependant de restituer sa vocation d'origine au texte de 1901, particulièrement à une époque de forte volonté décentralisatrice.

- De l'art de manipuler les comptes : 2 et 2 font-ils toujours 4 ?

Le monde a été récemment secoué par des scandales financiers touchant de grandes entreprises. Les législations des pays industrialisés ont été modifiées ou sont sur le point de l'être, pour répondre à ces nouvelles situations. La manipulation des comptes des entreprises reste cependant possible selon des montages bien connus, dont les plus significatifs tirés de situations réelles sont présentés dans le rapport. L'inquiétude actuelle est fondée sur une systématisation de ces artifices comptables permettant de cacher des informations, de faire apparaître une réalité virtuelle, signes tangibles d'une carence de probité et de la multiplication de conflits d'intérêts affectant les auditeurs, les banques d'affaires et les organisations dans leur ensemble. La réglementation française est désormais précise et sans doute bien appliquée, pour autant le risque n'est plus seulement national et le contrôle doit désormais s'exercer sur un plan mondial.

- Quels services pour lutter contre la corruption ?

La corruption est un phénomène universel et la lutte contre celle-ci est aujourd'hui souhaitée par la plupart des pays et organisations internationales. Ces dernières, au premier rang desquelles figurent l'ONU, l'OCDE, le GRECO, préconisent très souvent la création d'un service spécialisé comme le seul moyen efficace de lutte et de prévention. Cependant, il n'est pas souhaitable de proposer un modèle unique de service de ce genre, alors qu'il est nécessaire de l'adapter aux besoins spécifiques de chaque pays. La création d'un service spécialisé dans la lutte contre la corruption et sa prévention nécessite en effet l'établissement de priorités, la définition d'un programme d'action s'orientant vers l'éducation, la prévention et la sanction du phénomène, dans la connaissance des spécificités du contexte national. A travers la description des dispositifs mis en œuvre dans cinq pays (Allemagne, Croatie, Danemark, Hong Kong, Royaume-Uni), une première typologie a pu être dressée, et le SCPC s'attachera désormais à décrire dans son rapport annuel les dispositifs existant à l'étranger.

- Fiche pratiques

Après la prise illégale d'intérêts dans son rapport pour 2001, le service

consacre cette année une fiche technique au délit de favoritisme (octroi d'un avantage injustifié -article 432-14 du Code pénal) et une autre, en référence au chapitre I^{er}, au contrôle des associations et plus particulièrement à la gestion de fait. Ces fiches simples et pédagogiques s'adressent à toutes les catégories de décideurs publics et privés, et permettent de conforter le rôle de formation du SCPC.

ANNEE 2003

- Du secret

Cette opacité, admise de longue date et juridiquement protégée, est souvent légitime mais parfois suspecte, voire coupable. Partant de considérations philosophiques, des suggestions pragmatiques sont faites pour garantir et aménager le statut du secret professionnel, notamment en légalisant le partage du secret.

- Blanchiment et corruption

Le blanchiment, en ce qu'il efface toute preuve de l'origine frauduleuse des capitaux, plonge ses racines dans l'opacité et le respect d'un secret - même fondé et protégé - et peut faciliter la réalisation de l'infraction et entraver sa découverte. Après avoir mis en évidence les liens unissant blanchiment et corruption, le SCPC s'est attaché à étudier différentes facettes de cette forme d'intelligence économique dévoyée :

- l'économie souterraine (économie des drogues, racket des commerçants locaux, contrefaçon, vol ou détournement de marchandises, travail illégal, agriculture, habillement) ;
- le sport (la caisse noire, le dopage, les intermédiaires) ;
- les clubs (les contrats d'image, les transactions et la rémunération des sportifs) ;
- les associations ;
- les fédérations sportives internationales ;
- les produits dérivés ;
- le monde du cheval ;
- le marché des matières premières.

- Les associations : quelques bonnes pratiques

Après avoir dans le rapport 2002 dénoncé les mauvaises pratiques des associations et des organisations non gouvernementales, le SCPC s'est attaché à mettre en exergue quelques bonnes pratiques susceptibles d'être encouragées et généralisées, et propose aux décideurs des grilles de contrôle qui peuvent d'ailleurs être utilisées dans d'autres secteurs que celui qui retient son attention.

CONCLUSION

- *Le whistleblowing*

Le système d'alerte mis en place aux Etats-Unis d'Amérique par le *Sarbanes-Oxley Act* de juillet 2002 (conséquence des affaires Enron et autres) fait de plus en plus d'émulés en Europe, et plus particulièrement en France. Le SCPC propose une analyse afin d'éclairer ceux qui seront chargés de mettre en place en France un tel système.

- Deux ans après l'affaire Enron : où en est la fraude ?

Après avoir abordé en temps réel dans son rapport 2001 ce qu'il est convenu d'appeler « le scandale Enron », le SCPC examine quelques cas de fraudes qui semblent significatifs et permettent de mettre en place une typologie des montages utilisés.

- Quelques exemples étrangers de lutte contre la corruption

Le rapport annuel poursuit l'étude des systèmes et organismes mis en place dans cinq nouveaux pays : le Botswana, le Brésil, la Corée du Sud, la Finlande, la Roumanie.

- Fiches pratiques

Le service continue la publication de fiches techniques simples et pédagogiques à l'usage de tous les décideurs, qu'ils soient juristes ou non, en étudiant les infractions de blanchiment, de concussion et en proposant une analyse du Code des marchés publics publiés par le décret du 7 janvier 2004.

ANNEXES

ANNEXE I

Fiche d'analyse des brevets en matière de blanchiment - Analyse et contrôle

L'investissement lui-même

Les achats de brevets concernent des moyens d'exploitation. Ils sont fondés sur un pari, ou sur un espoir qui est celui de leur fiabilité dans le cadre de l'activité ou de leur opportunité dans le cadre du développement d'une activité nouvelle. On ne dispose pas d'éléments de référence, l'opération est donc très largement à la discrétion du décideur.

Si le brevet ne fonctionne pas, il demeure dans le cadre du risque managérial.

La première analyse, en termes de contrôle, est la recherche de l'Etat de l'art dans le secteur concerné (laboratoires, informatique, etc.) ainsi que les parutions dans les secteurs professionnels et la valeur d'échange de ces produits.

La deuxième analyse porte sur le produit lui-même, sa documentation, sa forme, les modalités préparatoires à son acquisition, bref tous les éléments significatifs relevant de l'opération d'investissement.

En fait, à partir d'un référentiel classique applicable aux brevets, toutes les variations relevées par rapport à cette norme doivent être identifiées, ce qui permet de pointer les éléments nécessitant une explication ou ceux qui dénotent une dérive possible.

A partir de ces points, des recherches complémentaires peuvent être engagées.

Le financement de l'investissement

L'étude du financement de l'investissement est un élément fort de la démarche de contrôle. C'est à partir des constats effectués au cours de cette opération que la validation du caractère légal ou illégal peut être effectuée.

Si l'opération est autofinancée, l'analyse est simple : soit la société présente une capacité suffisante pour effectuer cet investissement, soit elle ne présente pas cette capacité. Il faut démontrer alors que la trésorerie utilisée a été acquise légitimement.

Si l'achat a été financé par l'emprunt, une analyse comparative (*benchmark*) des conditions, de la structure qui a prêté les fonds et de la réalité du remboursement s'impose. En particulier, il faut rechercher et analyser les modalités globales des prêts, la durée de préparation des dossiers, la moyenne constatée dans la banque pour des entreprises semblables, et identifier la tendance pour la comparer pour en tirer les conclusions qui s'imposent.

L'analyse des brevets peut être déclinée de la manière suivante :

- l'existence et la réalité fonctionnelle du brevet, avec l'analyse des dépôts officiels permettant l'élimination du risque de fausse facturation,
- l'identification de l'origine géographique du brevet,
- l'identification dans la comptabilité de son inscription en immobilisations : analyse des stocks, tests de coupure d'exercice et recherche sur l'inventaire physique.

Des analyses complémentaires indispensables

Les études préliminaires au projet d'achat :

- rechercher dans les comptes honoraires ou dans les prestations des études de marché le versement de commissions liées à cet achat ;
- identifier l'existence d'habillage scientifique qui permet de justifier par un tiers habilité un achat risqué ou sans existence. Cet habillage est souvent réalisé sous la forme d'une analyse d'expert, de collationnement de documents dans la presse et sur Internet¹⁴⁵.
- rechercher la présence de dépôts du brevet ou d'assurances, et aussi toutes les protections prises pour sauvegarder ce brevet si onéreux.

Les analyses complémentaires associées :

Il s'agit enfin d'analyser la gestion du brevet, afin de s'assurer que celui-ci est bien utilisé. Dans le cas contraire, il s'agit bien du blocage d'une innovation qui pourrait poser un problème à la société.

¹⁴⁵ Il est arrivé de relever des thèses d'Etat dûment copiées dans les documents joints à la présentation du brevet. C'est assez souvent utilisé pour justifier une sortie de fonds conséquente dans un paradis fiscal.

ANNEXE II

Prévenir le risque de fraude, de corruption, d'utilisation des systèmes à des fins de financement du terrorisme et du blanchiment de l'argent : un enjeu pour la démocratie

Par

Chantal Cutajar,

Maître de conférences,

Directrice du diplôme de l'Université Robert-Schuman

« Prévention des fraudes et du blanchiment »

et

Claude Mathon,

Magistrat,

Chef du Service central de prévention de la corruption

Toutes les démocraties de la planète sont unanimes pour admettre le postulat que l'homme doit être acteur de la mondialisation, en ce sens qu'il lui revient de décider de la soumettre à un impératif éthique en érigeant des valeurs non marchandes universelles, en contrepoids de valeurs marchandes qui ont d'ores et déjà accédé à l'universalité. Cette déclaration d'intention est au cœur de l'arsenal conventionnel international destiné à lutter contre la corruption, le terrorisme et les trafics les plus odieux.

Malgré cela, on assiste au développement d'une économie criminelle dont la mesure est certes difficile, s'agissant d'une économie souterraine, mais qui, en procédant par méthodes d'évaluation indirectes et par extrapolations, avoisinerait 800 milliards de dollars, soit 15 % du commerce mondial. Cette part de marché confère aux organisations criminelles des positions d'influence leur permettant, au moyen de la violence, de la corruption et de la fraude, de s'opposer aux pouvoirs dans un Etat de droit et de mettre en danger la démocratie.

Cette économie criminelle se fonde dans l'économie légale grâce à la mise en œuvre de techniques d'ingénierie juridiques et financières sophistiquées dont la finalité est de faire disparaître toute origine illégale des produits du crime (blanchiment d'argent) ou de masquer sa destination illicite (financement du terrorisme, corruption).

Aujourd'hui le constat est clair : participer à la lutte contre la criminalité organisée dont les activités sont enchevêtrées dans la réalité politique, institutionnelle et économique de nos sociétés s'avère un impératif catégorique qui transcende largement la dimension éthique. En effet, à terme, l'économie criminelle transfère le pouvoir économique du marché, de l'Etat et des peuples aux organisations criminelles.

Dans cette lutte contre le crime organisé, la répression, qui doit demeurer un monopole étatique, ne suffit pas pour éradiquer le danger. Il est impératif, comme le prévoient les recommandations du GAFI et les directives européennes, de prévenir le risque d'utilisation des systèmes économique et financier pour frauder, blanchir, corrompre, ou financer des opérations terroristes.

- Les travaux du SCPC, Service central de prévention de la corruption créé par la loi du 29 janvier 1993, ont mis en lumière, dans le domaine qui est le sien, l'étendue des secteurs où sévit la corruption : le lobbying, la santé, la publicité, les sectes, les professions intermédiaires, la grande distribution, la formation professionnelle, l'adoption et les situations de détresse, la sécurité privée, les entreprises de nettoyage, les associations, le secteur caritatif.
- Développant des techniques fondées sur l'audit, il a pu démontrer les liens entre les fraudes, la corruption et leur corollaire incontournable qu'est le blanchiment.
- L'utilisation des paradis fiscaux, la création de structures *offshore* notamment pour asseoir des fausses factures, l'utilisation de prête-noms, d'hommes de paille ne disposant d'aucune autonomie [...] sont autant d'indices communs à toutes les opérations de fraudes.
- Cette expertise, le SCPC la met au service d'entreprises exposées, en raison de la nature de leur activité, aux risques de corruption, notamment sur le plan international dans le cadre de l'application de la Convention OCDE de 1997, relative à la corruption active de fonctionnaire public étranger. Il se propose de développer cette action en faveur des petites et moyennes entreprises, dont certaines sont elles-mêmes très exposées. Outre l'aide à la rédaction ou à l'amélioration des codes d'éthique, ces conventions sont essentiellement consacrées à la formation ou à la sensibilisation des personnels les plus exposés ou des services d'audit ou du contrôle général chargés de détecter les pratiques déviantes.
- C'est aussi dans le cadre de sa mission de prévention que le SCPC a développé une importante activité de formation et de sensibilisation dans les grandes écoles (Ecole nationale d'administration, Ecole nationale de la magistrature, HEC, Ecoles d'application de la police, de la gendarmerie ou des douanes, etc.), ainsi que dans plusieurs universités.
- C'est de la rencontre entre l'Université strasbourgeoise Robert-Schuman et le SCPC qu'est née l'idée que, pour protéger les systèmes, il fallait former de véritables spécialistes rompus aux techniques de fraude et de blanchiment et capables d'en déceler les indices pour agir préventivement et contribuer ainsi à empêcher que l'économie légale ne soit gangrenée par l'économie criminelle.
- Le diplôme de l'Université Robert-Schuman « Prévention des fraudes et du blanchiment » a pu voir le jour à Strasbourg, berceau de l'Europe politique, grâce au travail conjugué d'universitaires et de praticiens et au soutien actif d'un comité de parrainage associant en son sein les professionnels concernés aux côtés des représentants institutionnels. Ce n'est certainement pas le fruit du seul hasard [...].

