

Rapport 2005 du SCPC
Service central de prévention de la corruption

SOMMAIRE

INTRODUCTION

Le Service central de prévention de la corruption	7
--	---

CHAPITRE I

La commande publique : l'évolution de la réglementation de la commande publique en 2004-2005 au regard de la prévention de la corruption	15
I. – Éléments positifs contribuant à lutter contre la corruption . . .	23
1. La soumission de la commande publique à des principes de bonne gestion clairs et homogènes	23
2. De nouvelles interdictions de soumissionner	27
3. Des progrès importants dans le « souci de rendre compte » . .	34
II. – Éléments négatifs compliquant la lutte contre la corruption ou créant des « zones à risques »	41
1. Le « désordre » de la commande publique	41
2. La réduction très nette des contrôles administratifs de l'État .	45
3. La vaste zone à risque des marchés situés sous les seuils des procédures formalisées	54
4. Y a-t-il des éléments à risques au sein des procédures formalisées ?	59

CHAPITRE II

Le conflit d'intérêts dans le domaine privé	71
I. – Le conflit d'intérêts du ou des dirigeants (société, association...)	74
1. Une réalité très présente mais prise en compte de manière plus ou moins effective	74
2. La société anonyme : une entité très surveillée	83
3. Les infractions pénales découlant d'une situation de conflits d'intérêts	96
II. – Des maillons fragiles de la chaîne de transparence financière : les conflits d'intérêts chez les professionnels du chiffre	101
1. L'interprète imposé des comptes : le commissaire aux comptes	101
2. Les interprètes des comptes librement choisis : les analystes financiers et les agences de notations	109
Conclusion	114

Propositions du SCPC pour limiter les conflits d'intérêts dans le secteur privé	116
Prévention des conflits d'intérêts chez les dirigeants	116
Propositions en ce qui concerne certains professionnels du chiffre	117

CHAPITRE III

La contrefaçon	119
I. – Des exemples de liens avec la grande criminalité et l'économie souterraine	122
1. Contrefaçon et terrorisme	122
2. Contrefaçon et mafia	124
3. Contrefaçon et faux documents administratifs	125
4. Contrefaçon et trafic de stupéfiants	125
II. – Un phénomène tentaculaire	127
1. Une place croissante dans l'économie mondiale	127
2. Une manne croissante pour les réseaux criminels	133
3. La contamination de tous les secteurs de l'économie.	136
4. Les dangers de la contrefaçon et les risques avérés pour le consommateur	137
III. – Face à ces dangers, le cadre législatif constitue-t-il une réponse adaptée ?	146
1. La législation	146
2. La législation internationale	153
3. Les projets et les difficultés	159
Conclusion	168

CHAPITRE IV

Le financement de la vie politique en Europe, approche comparative	171
I. – La préférence pour un financement public des partis politiques et des campagnes électorales est la principale caractéristique de l'approche européenne.	174
1. Le financement privé des partis par des personnes physiques	174
2. Le financement privé par les entreprises	175
3. Le financement public	176
4. Subventions en nature et soutiens indirects dans les campagnes électorales.	179
5. La transparence, le contrôle et les sanctions.	180

II. – Si le financement public s’est imposé, il n’est pas sans risque ; quant au financement mixte, ses avantages demeurent limités . .	187
1. Les risques du financement exclusivement public	187
2. Les avantages limités d’un financement mixte	188

CHAPITRE V

La complicité des cadres : les mécanismes psychosociologiques à l’œuvre dans le passage à l’acte de délinquance d’affaires par les salariés au sein des organisations	191
I. – La dimension cognitive de la prise de décision éthique	198
1. Développement moral et philosophie éthique	198
2. Les variables individuelles explicatives du raisonnement éthique	199
II. – L’apprentissage des comportements délinquants lors du processus de socialisation	201
III. – Influence sociale et comportements délinquants	203
1. Le contrôle informel des comportements délinquants par l’entourage professionnel	203
2. La pression à la délinquance exercée par la hiérarchie . . .	204
IV. – La souffrance éthique	209
Bibliographie	211

CHAPITRE VI

Fiches pratiques	215
Sur le délit d’initié	217
Sur la corruption privée	223
Sur la soustraction et le détournement de fonds publics	228
ANNEXES	235
Les onze mesures du gouvernement pour renforcer durablement la lutte contre la contrefaçon	237
Unifab ou Union des fabricants	239
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes	240
Comité national anti-contrefaçon (CNAC)	242
Institut national de la propriété industrielle (INPI)	243
La DREE devenue la DGTPE ou Direction générale du Trésor et de la politique économique	244

Brigade centrale pour la répression des contrefaçons industrielles et artistiques (BCRCIA)	245
Service national de la douane judiciaire (SNDJ)	246
Interpol	248
Europol	250
Commande publique et textes	252
Remerciements	257

LE SERVICE CENTRAL DE PRÉVENTION 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. Depuis 1993, le SCPC a développé **six missions** :

1 – 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.

Le SCPC, depuis sa création en 1993, a orienté une grande partie de son activité à la recherche et à l'étude de l'évolution des pratiques corruptrices. Composé d'experts venant d'horizons différents et en liaisons directes avec les services judiciaires opérationnels (police, parquets), l'analyse des pratiques délictueuses dont il est fait mention dans ses rapports est fondée sur des faits réels. Le SCPC se veut un organisme de prévention, or pour pouvoir prévenir il faut connaître les risques, les situations qui les génèrent et étudier leurs évolutions. À travers ses rapports, le SCPC n'entend pas jeter le discrédit sur tels ou tels secteurs, mais au contraire informer aussi bien que possible, tant les acteurs que les contrôleurs des risques spécifiques, afin qu'ils puissent mettre en place des mesures susceptibles de les réduire, voire de les faire disparaître.

Le SCPC utilise des sources ouvertes, les travaux d'universitaires et de chercheurs spécialistes en matière de délinquance financière. Le service participe avec certains d'entre eux à des travaux de publications.

Par ses liens étroits avec les services d'enquêtes et les parquets spécialisés, le SCPC a par ailleurs accès à des informations relatives à des affaires de corruption, qui lui permettent de décrire, à partir de faits réels et de cas concrets, l'évolution de la délinquance financière.

Le résultat de ses recherches et des études menées se retrouvent dans les thèmes qui sont abordés dans le rapport annuel depuis 1993. La liste des thèmes abordés se retrouve dans le tableau 1 et les rapports sont disponibles sur le site internet suivant : www.justice.gouv.fr/minister/minsccpc.htm. Les sujets concernent des secteurs aussi variés que le sport, le commerce international, le conflit d'intérêts dans le secteur public, la publicité et le monde associatif. Ces rapports montrent qu'aucun secteur n'est à l'abri de la corruption et qu'il est du devoir des pouvoirs publics et des acteurs chargés de la lutte contre la corruption de rester vigilant.

Tableau 1 : **Thèmes étudiés dans les rapports annuels**
 (www.justice.gouv.fr/minister/minscpc.htm)

	Thèmes abordés
1993-1994	Lobbying, sport et corruption, commerce international, décentralisation et contrôle de légalité.
1995	Extorsion, prise illégale d'intérêts, santé, favoritisme et marchés publics.
1996	Régies publicitaires, produits dérivés, fraude et corruption dans les marchés publics, concurrence et corruption, rationalité et fraude internationale.
1997	Les sectes, les marchés informatiques, commerce de détail.
1998-1999	Le conseil, les intermédiaires et la corruption, la grande distribution, la formation professionnelle.
2000	Publicité, contrôle interne, le « pantouflage », l'adoption.
2001	Corruption et exclusion, la nébuleuse caritative, les ONG, montages pour faire échec à la convention de l'OCDE, sécurité privée, le nettoyage.
2002	Déontologie, les dérives du monde associatif, manipulation des comptes, quels services pour lutter contre la corruption.
2003	Blanchiment et corruption, sport, marchés des matières premières et économies souterraines, le <i>whistleblowing</i> .
2004	Conflits d'intérêts dans le secteur public, intelligence économique et corruption, les sociétés écrans, les commissions dans les transactions commerciales internationales.

2 – Prêter son concours, sur leur demande, **aux autorités judiciaires** saisies de 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.

Les enquêteurs, les juges chargés de l'instruction et les parquets peuvent saisir le SCPC pour une demande d'avis concernant une affaire qu'ils ont à connaître. Cette saisine **se fait par écrit auprès du chef du service** qui est statutairement un magistrat de l'ordre judiciaire. Cette demande de concours peut concerner un point de droit, des modalités de procédure ou d'enquêtes mais aussi des éléments de contexte relatifs à l'affaire en cours qui s'apparente à des sujets déjà étudiés dans le service. Le traitement de l'information par le SCPC **respecte scrupuleusement le principe de confidentialité** qui s'impose à tous les conseillers du service.

En 2005, les thèmes qui ont fait l'objet d'une saisine du SCPC par les juridictions ont concerné les infractions d'abus de bien social, de détournement de fonds publics, de faux et d'usage de faux, de recel, d'escroquerie et de blanchiment. Ces demandes d'avis ont émané de plusieurs tribunaux de grande instance de métropole, de cours d'appel et du tribunal de commerce (Paris). Les demandes d'avis sont venues également des juridictions interrégionales spécialisées, notamment en provenance des départements d'outre-mer.

3 – Donner des avis sur les mesures susceptibles de prévenir de tels faits, à diverses **autorités limitativement énumérées**, qui en font la demande (voir tableau 2 page suivante).

4 – Mettre en œuvre des actions de formation et de sensibilisation dans le cadre d'écoles d'application, de centres de formation publics, de grandes écoles et d'universités.

Police : le SCPC intervient au Centre de formation de la police nationale à Gif-sur-Yvette pour participer à la formation initiale des enquêteurs de la police judiciaire en matière de délinquance économique et financière et de marchés publics. Une centaine de commissaires et d'officiers sont formés chaque année.

Gendarmerie : au Centre national de formation de la police judiciaire à Fontainebleau, le SCPC participe également à la formation d'enquêteurs en délinquance économique et financière ; ce sont plus de soixante officiers et sous-officiers de police judiciaire par an qui assistent à ces formations.

Impôts : le SCPC participe à la sensibilisation et à la formation des jeunes contrôleurs et inspecteurs des impôts à la recherche des indicateurs de présence de fraude. Ces actions ont eu lieu, pour l'instant, dans une direction des services fiscaux et dans une direction régionale du contrôle fiscal (DIRCOFI).

Le contrôle général des armées : une collaboration étroite a vu le jour depuis 2004, entre le Contrôle général des armées et le SCPC pour développer la formation d'une dizaine de contrôleurs par an, notamment sur la question des marchés publics.

Tableau 2 : **Qui peut saisir et comment, le SCPC**

Qui peut saisir le SCPC ?	<p>1. Les ministres</p> <p>2. Les préfets</p> <p>3. Les autorités judiciaires</p> <p>4. Les chefs des juridictions financières ; le président de la commission relative à la transparence financière de la vie politique</p> <p>5. Le président de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques</p> <p>6. Le président du Conseil de la concurrence</p> <p>7. Le président de l'Autorité des marchés financiers</p> <p>8. TRACFIN ;</p> <p>9. La MIEM</p> <p>10. Les chefs des services d'inspection ou de contrôle relevant de l'État</p> <p>11. Les présidents et directeurs des établissements publics de l'État</p> <p>12. Les trésoriers-payeurs généraux et les autres comptables publics</p> <p>13. Les présidents des conseils régionaux, généraux, le président exécutif de Corse, les maires, les présidents de groupements de collectivités territoriales et des autres établissements publics des collectivités territoriales</p> <p>14. Les dirigeants des organismes privés chargés d'une mission de service public</p>
Comment le saisir ?	<p>La saisine se fait par écrit directement auprès du chef du service</p> <p>Les conseillers répondent aux questions soumises dans les meilleurs délais</p> <p>L'ensemble des membres du SCPC est soumis au secret professionnel</p> <p>Les avis sont communiqués aux autorités qui les ont demandés, et à elles seules. (Article 1^{er} de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993)</p>
Sur quels sujets ?	<p>Les faits de corruption active ou passive, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêt, l'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, et toutes les atteintes à la probité au sens large.</p>

Les grandes écoles : le SCPC intervient régulièrement dans les grandes écoles pour des actions de formation et de sensibilisation.

– À l'École nationale d'administration (**ENA**) le SCPC est responsable d'un enseignement de formation continue intitulé « Prévenir la corruption » dans le cycle d'approfondissement et d'actualisation des connaissances (CAAC). Les douze heures d'enseignement de ce module, dont le coordonnateur est le secrétaire général du SCPC, sont assurées en partie par des conseillers du service mais aussi par des personnes extérieures (universitaires, et autres fonctionnaires).

Par ailleurs, dans le cadre du cycle international spécialisé d'administration publique (CISAP) de l'ENA, à Paris et à Strasbourg, les conseillers du service interviennent dans plusieurs séminaires dont un en langue anglaise et un autre en langue espagnole, pour sensibiliser des publics étrangers au dispositif français de prévention et de lutte contre la corruption. Les séminaires en français abordent des questions plus techniques comme le contrôle, l'analyse et l'audit financier de la gestion publique et aussi les marchés publics.

– À l'École nationale de la magistrature (**ENM**), dans le cadre de l'action de formation continue sur le thème « Droit pénal économique et financier, niveau II » et « Gestion publique et atteinte à la probité » le SCPC intervient pour présenter le service aux magistrats et les sensibiliser aux évolutions du droit interne après les récentes ratifications des conventions internationales en matière de lutte contre la corruption. Ce sont plus de soixante-dix magistrats par an qui assistent à ces formations.

– À l'IEP de Paris, le SCPC intervient dans le cadre d'un « Executive Master » en gestion publique sur les matières d'éthique et de déontologie de l'action publique.

Les universités : par ailleurs le SCPC, assure des enseignements dans plusieurs universités.

– À l'université Robert-Schumann de Strasbourg dans le cadre du diplôme de troisième cycle né en 2004, sur la « Détection, la prévention et le contrôle du risque de fraude, de blanchiment et de corruption », le SCPC assure 172 heures des 360 heures de l'enseignement destiné à des étudiants tant en formation initiale que continue. Ces étudiants se destinent aux métiers de la finance et du droit des affaires.

– À l'université Paris-Sud, faculté Jean-Monnet, le SCPC intervient dans un mastère de droit européen sur la présentation des enjeux de la lutte contre la corruption.

– Le SCPC assure également des cours dans les instituts d'administration d'entreprises de la faculté de droit d'Aix-en-Provence, de Paris V, de Poitiers, de Tours, où est abordée la prévention de la fraude, de la corruption et du blanchiment dans les entreprises. Des actions similaires sont développées dans le Centre technique d'études financières et d'ingénierie à la faculté de droit d'Aix-en-Provence. Plus de cent cinquante d'élèves sont formés par an à ces disciplines.

– Enfin, à l’Institut Français de l’audit interne (IFACI) les conseillers du SCPC interviennent également en direction d’auditeurs confirmés, de contrôleurs internes et responsables d’audit.

5 – Développer des activités internationales

Le SCPC répond également à une demande croissante en matière de coopération internationale de la part du Service des affaires européennes et internationales du ministère de la Justice (SAEI) et d’autres départements ministériels, notamment le ministère des Affaires étrangères (MAE) et celui de l’Intérieur. Le financement des missions à l’étranger est assuré par les partenaires du SCPC dans la plupart des cas.

Sur un plan bilatéral, l’expertise du SCPC est reconnue par ses deux principaux partenaires, le MAE et le Service de coopération technique internationale de la police (SCTIP) du ministère de l’Intérieur. Ainsi en 2005, à leurs demandes, le SCPC est intervenu en Égypte, en Lituanie, au Tadjikistan, en Indonésie, au Venezuela et en Roumanie. Le SCPC a participé activement à l’initiative franco-britannique pour l’Afrique en liaison avec les Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDC).

Sur un plan multilatéral, le SCPC est présent dans plusieurs enceintes internationales : le Conseil de l’Europe, l’OCDE et les Nations unies.

Conseil de l’Europe : le SCPC est membre du Groupe des États contre la corruption (GRECO), qui est chargé de veiller à l’application de la convention pénale contre la corruption du Conseil de l’Europe. Experts auprès du GRECO, le secrétaire général et le chef du service ont effectué sur le terrain des missions d’évaluation dite de deuxième cycle, en Roumanie, en République tchèque et aux États-Unis. Ces missions font l’objet de rapports publics qui sont disponibles sur le site internet du Conseil de l’Europe. D’autres missions d’expertises pour le Conseil ont été menées notamment en Bulgarie.

Agence des Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDC) : en étroite collaboration avec le ministère des Affaires étrangères, le SCPC suit l’élaboration du mécanisme de suivi de la convention des Nations unies contre la corruption. Un expert du service a participé, en 2005, à l’élaboration du guide législatif pour la transposition de cette convention que va publier le secrétariat de l’ONUDC.

OCDE : le SCPC participe activement aux travaux de l’OCDE et, en particulier, ceux du groupe anticorruption et ceux de la direction de la gouvernance publique. Les membres du SCPC par ailleurs participent régulièrement à des missions à l’étranger dans le cadre de l’*Initiative anticorruption pour les économies en transition* et du programme SIGMA, programme conjoint entre l’OCDE et l’Union européenne pour développer des programmes de coopération dans les Balkans.

Office européen de lutte antifraude (OLAF) : depuis 2004, le SCPC a initié une collaboration avec l’OLAF à Bruxelles pour des participations à des séminaires de sensibilisation aux méthodes de détection de la fraude aux intérêts communautaires.

6 – Développer des conventions de partenariat avec des entreprises

Depuis 1998, à la demande de dirigeants d’entreprises du secteur public, le Service a développé une politique de sensibilisation à la prévention de la corruption se traduisant par la signature de conventions de partenariat. Ces conventions ont été signées avec la SNCF puis, par la suite, avec EDF. Elles se sont traduites notamment par des actions de formations des contrôleurs internes mais aussi des actions de sensibilisation aux phénomènes de corruption, destinées aux personnels les plus exposés, notamment ceux ayant vocation à partir à l’étranger.

Par la suite, le SCPC s’est engagé dans une action comparable à l’égard du secteur privé, encouragé par les recommandations des évaluations de la France, faites par l’OCDE et le Conseil de l’Europe. Ainsi, ont été sollicitées des grandes entreprises françaises de tout secteur, développant une activité commerciale internationale. Des contacts ont également été noués avec des organisations professionnelles ou syndicales représentatives pour les sensibiliser à la prévention de la corruption.

Ces conventions de partenariat, conçues à titre gratuit, n’ont pour ambition que d’établir un dialogue et un échange d’informations entre les deux partenaires, de proposer des éventuelles améliorations des codes d’éthique de ces entreprises et de participer, à leur demande, à des séances de sensibilisation de leurs personnels les plus exposés aux risques de corruption dans les transactions commerciales internationales.

Tableau 3 : **Conventions de partenariat**

	Date de signature
ACCOR	22 novembre 2004
Agence française de développement	24 mars 2004
Association pour l’achat dans les services publics (APASP)	8 février 2005
Crédit Mutuel	29 novembre 2005
Dassault Aviation	21 juillet 2004
European Aeronautic Defence and Space Company (EADS)	2 avril 2003
EDF	27 juin 2001
Française des jeux	2 juin 2005
Grande distribution (association PERIFEM)	12 juin 2003
Ligue de football professionnel	2 décembre 2005
SMACL (Observatoire des risques juridiques des collectivités locales)	31 mars 2005
SNCF	3 juillet 1998
Veolia Environnement	18 octobre 2002

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 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 :

- **Michel BARRAU** magistrat, chef du service ;
- **Pierre-Christian SOCCOJA**, secrétaire général, administrateur civil hors classe.

Et de conseillers :

- **Jean-Pierre BUEB**, chef de service administratif de l'équipement ;
- **Yves CHEP**, conseiller de chambre régionale des comptes ;
- **Philippe DARCEL**, sous-préfet ;
- **Serge DELESSE**, commandant de police ;
- **Élisabeth GAYET**, magistrat ;
- **Pascal LEPLONGEON**, officier de la gendarmerie nationale ;
- **Arnauld MAILLÉ**, administrateur civil – Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;
- **Noël PONS**, inspecteur des impôts.

LA CONVENTION DES NATIONS UNIES CONTRE LA CORRUPTION

Cette convention a été adoptée à Mérida au Mexique en décembre 2003. La France a été le premier pays du G8 et le 29^{ème} État à la ratifier en juillet 2005. Après la trentième ratification, le 15 septembre 2005 par l'Equateur, elle est entrée en vigueur le 14 décembre 2005. En tant que premier instrument mondial juridiquement contraignant, elle constitue un moyen unique d'apporter une réponse mondiale au vaste problème de la corruption.

Elle consacre un chapitre entier à la prévention (chapitre II), qui prévoit des politiques qui visent aussi bien le secteur public que privé (article 5). Enfin, l'article 6 prévoit la création d'organes de prévention de la corruption comme suit :

Article 6

Organe ou organes de prévention de la corruption

1. Chaque État Partie fait en sorte, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, qu'existent un ou plusieurs organes, selon qu'il convient, chargés de prévenir la corruption par des moyens tels que :
 - a) L'application des politiques visées à l'article 5 de la présente Convention et, s'il y a lieu, la supervision et la coordination de cette application ;
 - b) L'accroissement et la diffusion des connaissances concernant la prévention de la corruption.
2. Chaque État Partie accorde à l'organe ou aux organes visés au paragraphe 1 du présent article l'indépendance nécessaire, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, pour leur permettre d'exercer efficacement leurs fonctions à l'abri de toute influence indue. Les ressources matérielles et les personnels spécialisés nécessaires, ainsi que la formation dont ces personnels peuvent avoir besoin pour exercer leurs fonctions, devraient leur être fournis.

CHAPITRE I

La commande publique :

l'évolution de la réglementation
de la commande publique en 2004-2005
au regard de la prévention de la corruption

À la fin de l'année 2003 et au début de l'année 2004, sont survenus à un mois d'intervalle deux événements importants et distincts, l'un de niveau international, l'autre de dimension nationale, mais présentant des liens entre eux.

Le premier de ces événements est la signature à Mérida, le 9 décembre 2003, de la convention des Nations unies contre la corruption, adoptée à New York le 31 octobre 2003. Le second événement, limité à la France, est la publication du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics.

La convention de Mérida a pour objectifs généraux de promouvoir et renforcer les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace, de faciliter et appuyer la coopération internationale et l'assistance technique en la matière, « *de promouvoir l'intégrité, la responsabilité et la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics* » (cf. le point (c) de son article premier). Cette convention, qui impose aux États signataires de mettre en œuvre des politiques de prévention, comporte un article 9 particulièrement intéressant, relatif notamment à la passation des marchés publics : cet article engage chaque partie à la convention à « *prendre conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption. Ces systèmes, pour l'application desquels des valeurs seuils peuvent être prises en compte, prévoient notamment :*

- *la diffusion publique d'informations concernant les procédures de passation des marchés et les marchés, y compris d'informations sur les appels d'offres et d'informations pertinentes sur l'attribution des marchés, suffisamment de temps étant laissé aux soumissionnaires potentiels pour établir et soumettre leurs offres ;*
- *l'établissement à l'avance des conditions de participation, y compris les critères de sélection et d'attribution et les règles d'appels d'offres, et leur publication ;*
- *l'utilisation de critères objectifs et prédéterminés pour la prise des décisions concernant la passation des marchés publics, afin de faciliter la vérification ultérieure de l'application correcte des règles ou procédures ;*
- *un système de recours interne efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures établies conformément au présent paragraphe ;*
- *s'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence*

d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation [...] ».

Par conséquent, au niveau international, un lien est fait entre l'établissement de systèmes de passation de marchés publics et la prévention de la corruption.

Le Code des marchés publics du 7 janvier 2004 a été salué comme un texte de réforme ayant pour objectif, selon les termes du communiqué du Conseil des ministres du 7 janvier 2004, « *de transformer en profondeur la pratique de l'achat public en France en la fondant sur une double logique de transparence et de concurrence d'une part, d'efficacité et de responsabilité d'autre part* ». Une brochure d'informations publiée le même mois par le ministère chargé de l'économie fournissait quatre mots-clés pour « *un achat public plus simple et plus efficace* » : la transparence pour répondre à une exigence démocratique, la responsabilité pour donner à l'acheteur sa vraie place, l'efficacité pour faciliter le travail de celui-ci et la simplicité, enfin, pour ne pas décourager les entreprises par des procédures plus rigides.

Depuis ces deux événements, les années 2004 et 2005 se sont écoulées ; au début du mois de juillet 2005, la France a entrepris la ratification de la convention de Mérida¹. Ce texte est entré en vigueur le 14 décembre 2005. Quant au Code des marchés publics, il a connu « un fabuleux destin »² : au cours de ces deux années, le texte n'a cessé d'évoluer à partir de la version définitive de janvier 2004 qui a remplacé la version de mars 2001, en connaissant des annulations du Conseil d'État, des amendements législatifs ou des ajouts réglementaires, puis il a été très vite concurrencé par un projet de code, version 2006, venu en discussion au cours du second semestre 2005.

En même temps, la notion de commande publique émergeait d'une « inflation »³ de décisions, de règlements et d'ordonnances pour s'étendre au-delà des marchés soumis au Code des marchés publics à une grande variété de contrats publics de formes anciennes et nouvelles. Selon la définition donnée par la *Revue de l'actualité juridique française* (11 juillet 2004), « *la commande publique recouvre les différentes techniques contractuelles permettant aux personnes publiques et à leurs mandants, et aux personnes*

1. La loi n° 2005-743 du 4 juillet 2005 a autorisé la ratification de la convention de Mérida.

2. « Le fabuleux destin du Code des marchés publics », titre d'un article de F. Llorens et P. Soler-Couteaux, dans *Contrats et Marchés publics*, septembre 2005.

3. Cf. « Les fondements et les orientations de la réforme de la commande publique. Du marché public à l'achat public », par E. Delacour dans *Contrats et Marchés publics*, mai 2005.

privées chargées d'une mission de service public, de satisfaire leurs besoins par recours à des prestataires extérieurs »⁴.

Cette production législative et réglementaire, amorcée dès fin 2001 avec la loi Murcef du 11 décembre 2001 mais qui s'est particulièrement intensifiée en 2004 et 2005, a forgé une nouvelle réglementation de l'achat public.

Cette réglementation demande à être appréciée au regard de la convention de Mérida et notamment de son article 9 qui met l'accent sur la relation directe entre la réglementation de la passation des marchés publics et la prévention de la corruption. En effet, le SCPC considère opportun d'examiner si cette réglementation contient des éléments susceptibles de contribuer à empêcher les pratiques de corruption, ou à en réduire les risques, et, le cas échéant, de voir quelles améliorations peuvent être suggérées. La démarche pour être pertinente doit également s'attacher à analyser si, à l'inverse, cette nouvelle réglementation ne comporte pas d'éléments qui pourraient rendre plus compliquée encore la lutte contre la corruption, voire qui présenteraient des risques car pouvant susciter les déviations.

Cette analyse relative à l'influence potentielle ou effective des textes sur la corruption et sur sa prévention ne se comprend que s'il est admis que la corruption est bien une donnée à prendre en compte dans l'achat public.

C'est ce premier point qui sera vu en liminaire avant de traiter de la relation entre la réglementation de la commande publique et la prévention de la corruption.

En liminaire : du lien entre la corruption et l'achat public

Des termes qui vont bien ensemble ?

Marchés publics et corruption sont des termes qui paraissent parfois aller bien ensemble ; si bien ensemble que, pour certains, associer le mot corruption aux marchés publics relève du pléonasme.

Le SCPC ne partage certainement pas cette opinion trop répandue qui généraliserait les fraudes à toute la commande publique. Celle-ci est surtout assurée par des praticiens, décideurs, acheteurs et entreprises, compétents et sérieux, « *des professionnels publics et privés honnêtes, soucieux avant tout de bien travailler* » selon la formule optimiste d'un avocat⁵.

4. Dans le même sens, voir la définition donnée par le professeur G. Terrien, *Droit des marchés publics – formation 2005*, p. 21. On peut aussi se référer à la définition donnée par F. Llorens dans un article « Typologie des contrats de la commande publique », dans *Contrats et Marchés publics*, mai 2005 : « *c'est l'ensemble des contrats par lesquels une personne publique cherche à se procurer un bien ou un service, y compris ce service particulier consistant à exploiter un ouvrage ou à gérer une activité de service (public ou non).* »

5. Mireille Berbari, avocat du barreau de Paris, « La cellulite administrative » dans *Contrats publics*, n° 41, février 2005.

Cependant, l'existence bien affirmée de faits de corruption ne doit pas être négligée même si ceux-ci demeurent minoritaires. Relativiser ces faits serait prendre le risque de tenir pour insignifiant la mise en œuvre préméditée de systèmes frauduleux qui reposent en définitive sur une donnée essentielle : le vol du concitoyen, contribuable ou usager, et de décourager toute entreprise visant à les contrecarrer.

Cette lucidité trouve sa justification dans les jugements prononcés par les tribunaux en 2004 et 2005, notamment par la Cour de cassation, ainsi que dans les relations par les médias d'affaires jugées ou en cours d'instruction ; ces jugements et comptes rendus ont permis de dévoiler une panoplie impressionnante de comportements délictueux gangrenant une partie de l'achat public.

En laissant de côté les dossiers non encore définitivement jugés, le répertoire met en cause des exécutifs locaux, des élus, des services techniques et des services d'achat, des grands commis comme du personnel subalterne, des professionnels privés liés à la gestion publique, etc.

Quant à la gamme des délits, elle va de la « simple » pratique individuelle d'un acheteur qui, sans en retirer une contrepartie personnelle, cherche surtout à favoriser une entreprise pourvoyeuse d'emplois locaux, à des « *bricolages inacceptables* » plus retors « *s'écartant de la stricte rigueur de la comptabilité publique* »⁶ jusqu'à des montages sophistiqués parfois quasiment institutionnalisés au sein de certaines structures⁷ ; en bref tout un ensemble de systèmes de corruption, entendu au sens large, englobant, d'un côté, enrichissement personnel, travaux gratuits à domicile, grands voyages et petits cadeaux (ou l'inverse), valorisation d'intérêts patrimoniaux et familiaux, etc., et de l'autre, procédures truquées, surfacturation, sociétés prête-nom, organisation d'ententes anticoncurrentielles, faux, escroqueries sur les produits...

Cet inventaire un peu noir des faits connus en 2004 et 2005 n'est pas donné pour que chacun conclue que « tous sont pourris » et que les violations sont devenues la règle générale, ce qui, faut-il le répéter, serait faux. Il indique que ces faits corrupteurs, qui sont l'apanage de quelques-uns seulement, sont néanmoins révélateurs d'un domaine où les déviations sont susceptibles d'impliquer n'importe quelle catégorie de praticiens quel que soit le maillon du processus de l'achat public, et peuvent prendre les formes les plus diverses.

6. Cf. arrêt Cour de cass. crim., 7 avril 2004 (sur arrêt cour d'appel de Colmar 24 juin 2003), *Bulletin criminel* 2004, n° 93, p. 356.

7. Le cas le plus connu, au cours de 2004 et 2005, est celui de la Direction des chantiers navals (DCN) jugé le 10 mars 2004 par la Cour de cassation.

Un domaine de la gestion publique potentiellement vulnérable

En effet, ces comportements sont la marque d'une activité publique où la vulnérabilité à la corruption est potentiellement forte : non pas évidemment que les personnes employées à la commande publique sont naturellement plus enclines que les autres à la corruption, mais parce que ce domaine comporte sur un plan général un certain nombre de risques d'ordre structurel et conjoncturel qui prédisposent potentiellement à l'émergence, au développement, à la persistance de faits de corruption.

Sur le plan structurel...

Les principaux facteurs de risques caractérisant la commande publique sont en général bien connus ; ils sont donc évoqués rapidement.

« Le nerf de l'achat public », c'est-à-dire **l'argent**, est bien évidemment le premier des facteurs : les enjeux financiers sont considérables puisqu'on parle pour la France de montants annuels atteignant 130 milliards d'euros. Il n'est pas besoin de s'appesantir davantage sur les sources de tentation, de confusion, de détournement, etc., que peut représenter le maniement de tels montants. On se rapproche en quelque sorte de la théorie d'Edward Gibbon selon laquelle « *l'opulence contient en germe le principe de la décadence* » (*Le déclin et la chute de l'Empire romain*).

L'organisation administrative, quant à elle, génère des dizaines de milliers de décideurs, d'acheteurs, de personnes responsables de marché (les PRM), de membres de commissions d'appel d'offres (les CAO), à travers les collectivités territoriales, les établissements publics, les administrations centrales, sans compter les multiples organismes gouvernés, contrôlés ou subventionnés en majorité par les institutions publiques. Par conséquent, il s'agit de toute une masse innombrable de personnes qui, à un moment donné, peuvent se trouver dans une situation exposée d'être tout simplement tentées : de céder, solliciter, protéger, s'affranchir des règles, etc.

À ces gestionnaires qui représentent en définitive les pouvoirs adjudicateurs selon la formulation communautaire, il convient d'ajouter la multiplicité des divers intervenants économiques impliqués par la commande publique : entreprises et sous-traitants bien sûr, mais également services techniques, bureaux d'études et architectes, banques, cabinets conseils, apporteurs d'affaires, gestionnaires de plates-formes d'achat/vente. Par conséquent, la commande publique se caractérise par un foisonnement d'intermédiaires qui ont pour point commun dans leurs activités diverses d'intervenir dans le processus, de créer souvent des flux financiers ou parfois de rendre moins claire la relation entre la personne publique et son prestataire.

Il faut ajouter **la masse des contrats passés annuellement** : quels que soient les régimes de passation et le degré de contrainte procédurale

auxquels ils sont soumis, et peu importe leur nature juridique – marchés publics, contrats d’achat non soumis au code mais soumis aux directives, délégations de service public (DSP), concessions de travaux, baux, partenariats, etc. – les centaines de milliers de projets annuels sont autant d’occasions potentielles de tentation, d’incitation, de pression.

Des facteurs plus conjoncturels

Outre cette masse d’argent, de contrats, de praticiens ou de spécialistes, des facteurs à risques d’ordre conjoncturel ne peuvent non plus être ignorés : ainsi lorsque **la situation économique est tendue**, le besoin qu’ont les entreprises de remplir leurs carnets de commandes et la préoccupation qu’ont certains responsables locaux de préserver les emplois dans leur collectivité sont susceptibles d’entraîner des jeux pervers de propositions et de sollicitations dans l’intérêt immédiat des uns et/ou des autres.

Les difficultés économiques et sociales, liées à l’autonomie des pouvoirs laissée à certains décideurs, par la loi ou dans les faits, et à des relations commerciales de longue durée, peuvent créer et entretenir des formes de clientélisme propices, dans certaines circonstances, à des détournements, violations et fraudes diverses ⁸.

S’il intervient de surcroît **une réglementation de l’achat public**, abondante et complexe, disparate et changeante, voire désordonnée, le risque est grand non seulement de produire des confusions et des irrégularités involontaires mais aussi de favoriser des déviances délibérées dans le processus de l’achat public.

On l’a donc compris, la commande publique est une activité exposée à la corruption. Il est loisible d’apprécier la conscience professionnelle, la recherche du meilleur rapport qualité/prix et la probité de la plupart des praticiens, qui sont des qualités d’autant plus remarquables que les facteurs de risques sont puissants, mais il n’en demeure pas moins que les incitations sont fortes et qu’elles conduisent parfois à la mise en œuvre de pratiques répréhensibles bien avérées.

Dans ces conditions, il n’est pas impertinent de considérer que si la réglementation de la commande publique peut, plutôt qu’ignorer le phénomène, contribuer à entraver l’action des fraudeurs ou à lutter contre la corruption, la gestion publique, ses finances et la crédibilité de ses décideurs, se porteront sans doute mieux.

8. Ces traits ont ainsi été mis en évidence dans l’avant-propos de l’étude de J.-P. Bueb, « Fraudes et corruption dans les marchés publics », *Revue du Marché unique européen*, 1/1997.

I. – ÉLÉMENTS POSITIFS CONTRIBUANT À LUTTER CONTRE LA CORRUPTION

1. LA SOUMISSION DE LA COMMANDE PUBLIQUE À DES PRINCIPES DE BONNE GESTION CLAIRS ET HOMOGENES

Le premier moyen de lutte contre la corruption peut être l’affichage « au fronton des textes » de grands principes fondamentaux visant à la bonne gestion de la commande publique, applicables à toutes ses formes contractuelles, et que tout intervenant est tenu de respecter.

Des principes ont été énoncés clairement pour la première fois à l’article premier du Code des marchés publics de mars 2001 : les principes **de liberté d’accès** à la commande publique, **d’égalité de traitement** des candidats et **de transparence des procédures** permettent d’assurer **l’efficacité** de la commande publique et la **bonne utilisation** des deniers publics.

Ces principes sont censés animer l’ensemble des dispositions relatives à la passation des marchés publics. Ils constituent le fil directeur d’un achat efficace et responsable s’ils sont rigoureusement appliqués, et, même si le terme de probité n’apparaît pas, leur strict respect dans les faits peut supposer en définitive une absence de faits corrupteurs. Ces principes étaient limités en 2001 aux seuls acheteurs publics et aux seuls contrats d’achat soumis au Code des marchés publics ; il était important qu’au-delà du simple texte réglementaire portant Code des marchés publics, ces principes trouvent leur légitimité dans une reconnaissance plus ferme et plus large.

La consécration formelle de ces principes par les plus hautes institutions, puis leur intégration progressive dans le champ d’application d’autres formes de l’achat public ont marqué une démarche volontariste fondée sur une « *double logique de transparence et de concurrence, d’une part, d’efficacité et de responsabilité d’autre part* »⁹, autant d’objectifs qui *a priori* impliquent un souci de rigueur, de régularité, de sincérité et probité. Et comme le dit l’adage : « là où existe une volonté, existe un chemin... ».

1.1. La consécration des grands principes

Dès 2003, le SCPC a pu apprécier favorablement la décision 2003-473DC du 26 juin 2003 par laquelle le Conseil constitutionnel a élevé au rang de règles et de principes de valeur constitutionnelle « *les principes*

9. Communiqué du Conseil des ministres du 7 janvier 2004 sur la réforme du Code des marchés publics.

qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1794 et qui sont rappelés à l'article 1^{er} du nouveau Code des marchés publics » (de mars 2001), et que « les dispositions de la commande publique devront respecter. »

Le SCPC a approuvé également la réaffirmation à l'article 1^{er} du Code de janvier 2004, des principes gouvernant la commande publique, dans la continuité du dispositif antérieur, réaffirmation accompagnée d'une précision nouvelle, selon laquelle les principes doivent être respectés « *quel que soit le montant des marchés publics* ». Cette précision permettait ainsi d'énoncer clairement que l'ensemble des marchés publics doit respecter les principes de « liberté, égalité, transparence » y compris les marchés qui échappent aux procédures formalisées prévues par le Code.

C'est enfin pour cette raison que le SCPC considère que le Conseil d'État s'est inscrit parfaitement dans cette exigence du respect des principes majeurs et dans cette dynamique d'efficacité et de bonne gestion lorsque, par son arrêt du 23 février 2005, celui-ci a annulé les dispositions des articles 30 et 40 du Code des marchés publics qui dispensaient certaines catégories de services de toute obligation de procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence, en méconnaissance des « *principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique* ».

1.2. L'extension des grands principes

La reconnaissance du respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence assise sur la concurrence, en matière de marchés publics, ne peut que justifier selon le SCPC, leur extension à d'autres formes de contrats de la commande publique.

Il s'agit d'abord des contrats de partenariat définis et organisés par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004. Celle-ci précise (article 3 et article 14 pour la création d'un nouvel article L. 1414-3 du CGCT) que « *la passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité¹⁰ des procédures. Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret* ».

Il s'agit ensuite de la grande famille des marchés publics au sens communautaire de la qualification, mais non soumis au CMP dans la réglementation française et relevant jusqu'à récemment de trois lois¹¹ et quatre

10. Souligné par nous : le texte se réfère ici à l'objectivité et non à la transparence des procédures. On n'entrera pas dans un débat sémantique et notera seulement que c'est une des rares fois où l'objectivité se substitue à la transparence ; cf. sur ce point dans *AJDA*, 5 décembre 2005, « Les trois principes de la passation des contrats de partenariat » par C. Emery.

11. Les lois n° 91-3 du 3 janvier 1991, 92-1282 du 11 décembre 1992 et 93-122 du 29 janvier 1993.

décrets aux dispositions parfois peu lisibles. Cette famille hétérogène s'est trouvée réunie par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 qui a posé comme principes fondamentaux (article 6) que « *les marchés et accords-cadres soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ».

Il faut, en outre, noter que par l'effet « magique » de cette ordonnance qui a réglé également le sort de certains régimes spécifiques (article 41), les marchés conclus, d'une part, par les organismes privés d'HLM et, d'autre part, par les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux ¹² se sont trouvés soumis aux dispositions de l'ordonnance et, par conséquent, au respect de ces grands principes.

C'est également dans l'esprit de ces principes que la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de la santé publique a ratifié tout en la modifiant (article 153 I) l'ordonnance du 4 septembre 2003 relative (pour résumer) aux baux emphytéotiques administratifs hospitaliers, les BEH. Parmi les dispositions que la loi a intégrées dans le Code de la santé publique, figure notamment pour les BEH la soumission aux grands principes selon une formulation identique à celle concernant les contrats de partenariat ¹³ et donnée plus haut.

1.3. Les limites apportées aux grands principes

Il existe désormais un noyau dur de textes dont l'objectif clairement affiché est de favoriser la transparence, la concurrence et l'impartialité. Ceci *a priori* peut contribuer à brider les déviations corruptrices, sinon à compliquer le travail des fraudeurs.

Cependant, les grands principes ne sont pas toujours franchement affirmés comme le montre l'exemple des concessions d'aménagement. En effet, la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005, qui a redéfini les conventions d'aménagement comme des concessions d'aménagement, ne dit pas expressément que ces contrats publics sont assujettis aux trois grands principes fondamentaux de la commande publique. Certes, on pourrait supposer que ceux-ci s'appliquent indirectement par le fait que l'ordonnance impose un formalisme minimal de publicité préalable et de mise en concurrence, d'une part, pour la passation des concessions et, d'autre part, pour la réalisation de certains contrats (études, maîtrise d'œuvre et travaux) relatifs à l'exécution

12. Ces deux catégories d'organismes relèvent respectivement des articles L. 433-1 et L. 481-4 du Code de l'habitation et de la construction.

13. Article L. 6148-5 du Code de la santé publique.

de la concession lorsque le concessionnaire attributaire n'est pas soumis lui-même aux règles des marchés publics, qu'il s'agisse du CMP ou de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Cette supposition est toutefois insuffisante en droit comme en fait.

Cet exemple montre qu'il serait nécessaire d'apporter plus de cohérence aux règles de la commande publique. En effet, il existe de nombreuses formes contractuelles par lesquelles des personnes publiques ou des personnes privées revêtues d'une mission publique ont recours à des prestataires et fournisseurs extérieurs ; les régimes qui organisent ces contrats sont disséminés dans une variété de textes qui à ce jour ignorent les grands principes : ainsi en est-il de la loi dite « loi Sapin » du 29 janvier 1993 qui se borne à affirmer pour les délégations de service public l'obligation d'une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. L'élaboration d'un code général qui, en recouvrant toutes les formes de la commande publique, rappellerait au premier chef le respect des principes de valeur constitutionnelle et d'application générale, contribuerait à donner cette cohérence et à marquer la volonté des pouvoirs publics de combattre l'arbitraire, la discrimination et l'opacité quelles que soient les techniques contractuelles.

Par ailleurs, la situation serait plus satisfaisante si le « devoir de probité »¹⁴ était clairement érigé en principe fondamental. S'ajoutant aux autres principes majeurs de la commande publique, il mettrait en valeur le souci d'honnêteté et de sincérité qui participe également à la promotion de la responsabilité dans l'achat public. Le rappel du « devoir de probité » des acheteurs dans les principes de la commande publique serait d'autant plus pertinent que du côté des fournisseurs le respect des comportements licites et probes commence à être affirmé. En effet, le CMP ne se prive pas de rappeler (article 51-I) le nécessaire respect des règles relatives à la concurrence pour les groupements soumissionnaires ; d'autre part, depuis peu, dans plusieurs domaines de la commande publique, pour toute personne candidate, il est nécessaire de ne pas avoir connu de condamnations récentes pour fraudes ou corruption pour obtenir un contrat.

14. Le devoir de probité est rappelé au titre III du livre 4 du Code pénal ; la section III qui s'intitule « Des manquements au devoir de probité » définit et sanctionne un certain nombre des délits que l'on retrouve accomplis notamment dans les marchés publics : corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, favoritisme.

2. DE NOUVELLES INTERDICTIONS DE SOUMISSIONNER

L'exclusion temporaire de la commande publique d'opérateurs économiques qui se sont rendus coupables de délits de corruption ou de fraudes peut *a priori* constituer une mesure dissuasive, dès lors que cette procédure s'appuie sur un dispositif de contrôle pertinent. En tout état de cause, le simple fait de prévoir une telle exclusion marque déjà de façon appuyée la volonté des pouvoirs publics de lutter contre les fraudeurs en général et les corrupteurs en particulier ; cette déclaration d'intention n'est pas en soi insignifiante.

2.1. Pas de nouveauté dans la version initiale du code de janvier 2004

Le code de janvier 2004, dans sa version initiale, a pu décevoir puisqu'il s'est inscrit dans la continuité du code précédent (mars 2001) en reprenant seulement les non-admissions à concourir aux marchés liées aux difficultés des entreprises (la liquidation judiciaire et la faillite personnelle) et à la situation fiscale et sociale des candidats (déclarations non souscrites ou non-paiement des impôts et cotisations ¹⁵).

Le code de 2004 a également repris du code de 2001 l'obligation faite à tout candidat de déclarer sur l'honneur qu'il n'a pas fait l'objet d'une interdiction de concourir ou d'une condamnation pour certaines infractions visées par le Code du travail. S'il s'agit bien de cas d'exclusion de marchés publics, ils demeurent en pratique limités : l'interdiction de concourir fait partie des peines complémentaires à l'amende, prévues pour certains délits limitativement déterminés, qui engagent la responsabilité pénale des personnes morales ¹⁶ ; cette condamnation trouve peu à s'appliquer ; en outre des délits économiques relevant du Code du commerce, comme les ententes illicites de soumissionnaires, ne sont pas concernés. Quant aux condamnations visées par le Code du travail, elles sont limitées à des infractions économique-sociales relatives au marchandage de main-d'œuvre, au travail dissimulé et au travail d'étrangers en situation irrégulière.

Par conséquent, en janvier 2004, le nouveau code ne comportait pas de dispositions plus innovantes, ce qu'on pouvait regretter ; mais la raison pouvait être juridique, à savoir qu'il ne revenait pas à un décret, mais davantage à l'action législative, d'introduire des mesures limitant la liberté d'entreprendre.

15. Cf. articles 43 et 44 du CMP.

16. Cf. articles 131-34 et 131-39 (5°) et article 433-25 du Code pénal.

2.2. L'influence européenne

C'est du côté de Bruxelles que sont venues l'inspiration et l'incitation. En effet, la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, fournitures et de services ¹⁷ traduit la volonté communautaire de s'attaquer aux crimes et délits à travers les règles de passation des marchés publics. De façon très explicite, le considérant 43 de la directive souligne notamment que « *il convient d'éviter l'attribution de marchés publics à des opérateurs économiques qui ont participé à une organisation criminelle ou qui se sont rendus coupables de corruption ou de fraude au détriment des intérêts financiers des Communautés européennes, ou de blanchiment de capitaux [...]* ».

Cette préoccupation a été formalisée de manière concrète par le premier paragraphe de l'article 45 – situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire – section 2 – critères de sélection qualitative – de la même directive : « *Est exclu de la participation à un marché public tout candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif, dont le pouvoir adjudicateur a connaissance, pour une ou plusieurs des raisons énumérées ci-dessous :*

- a) participation à une organisation criminelle (telle que définie, etc.) ;*
- b) corruption (telle que définie, etc.) ;*
- c) fraude (au sens de, etc.) ;*
- d) blanchiment de capitaux (tel que défini etc.).*

Les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application du présent paragraphe [...] ».

2.3. Les nouveaux contrats de partenariat

Compte tenu de la contrainte juridique (la loi plutôt que le règlement) et grâce à l'habilitation donnée au gouvernement de simplifier le droit, ce sont les nouveaux contrats de partenariat créés par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 qui se sont trouvés être les premiers contrats publics porteurs du dispositif anti-fraude-corruption inspiré de Bruxelles.

L'article 4 de l'ordonnance précitée prévoit une liste de cas de non-soumission à un contrat de partenariat dont certains sont les mêmes que ceux prévus dans le CMP de 2004 version initiale : infractions au Code du travail, entreprises en difficulté, obligations fiscales ou sociales non remplies.

17. Directive venant abroger les directives « marchés publics » 92/50, 93/36 et 93/37 CEE à compter du 31 janvier 2006.

Cependant le caractère novateur, voire révolutionnaire, réside dans un paragraphe qui prévoit que l'interdiction de soumissionner concerne également « *les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 421-2-1, par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 434-9, par les articles 435-2, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9 et par l'article 450-1 du Code pénal, ainsi que par le deuxième alinéa de l'article L. 152-6 du Code du travail et par l'article 1741 du Code général des impôts* ».

Ce texte, peu lisible, voire incompréhensible en raison de multiples références à des articles numérotés de plusieurs codes, pose en fait le principe que sont exclues des procédures des contrats de partenariat les personnes condamnées pour les infractions suivantes (on se limitera ici aux références du Code pénal) : trafic de stupéfiants, escroquerie – ou la tentative –, abus de confiance, blanchiment simple ou aggravé – ou la tentative –, actes de terrorisme, corruption active, trafic d'influence, corruption de magistrat, corruption de fonctionnaire des institutions européennes, faux et usage de faux, participation à une association de malfaiteurs.

2.4. L'extension du dispositif

Comme cela avait été indiqué *supra*, la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de la santé publique est venue préciser, notamment par son article 153 I, le fonctionnement des baux emphytéotiques administratifs hospitaliers (les BEH). Outre l'intégration des grands principes de la commande publique dans le Code de la santé publique, il a été prévu à l'article L. 6148-5 que « *ne peuvent soumissionner* » à de tels contrats « *les personnes mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat* ». Le système des interdictions à soumissionner en conséquence de condamnations pénales s'est donc trouvé à s'appliquer dans un domaine très spécifique, néanmoins de façon peu lisible, par un renvoi aux dispositions d'un autre texte se référant, lui-même, à une série de nombreux articles disséminés à travers divers codes !

Moins d'un an après, l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics a franchi un pas supplémentaire.

Non seulement cette ordonnance a appliqué (*cf.* section 4, article 8) aux personnes visées ci-dessus le dispositif des interdictions de soumissionner prévu pour les contrats de partenariat, mais en outre **elle l'a étendu aux personnes soumissionnant à des marchés relevant du Code des marchés**

publics. En effet, l'article 38 de l'ordonnance précitée dispose que « *les interdictions de soumissionner énumérées à l'article 8 et qui ne figurent pas dans le Code des marchés publics sont applicables aux personnes soumissionnant à des marchés relevant du Code des marchés publics* ».

C'est donc de façon indirecte, par le vecteur de l'ordonnance, sans modifier la forme du décret portant Code des marchés publics¹⁸, qu'est venue s'ajouter la panoplie des interdictions de soumissionner liées aux faits de corruption, escroquerie, blanchiment et autres fraudes, crimes ou délits.

Le SCPC approuve évidemment la prise en compte, dans le dispositif de l'achat public, des faits corrupteurs et de diverses fraudes plus ou moins liées directement à la corruption. Sur un plan juridique et formel, l'exclusion temporaire de la commande publique de personnes condamnées pour des actes de corruption correspond à un souci de transposer la directive communautaire ; sur un plan pratique, elle constitue la première avancée d'une démarche qui utilise les procédures de cette commande publique pour combattre la corruption.

2.5. Les imperfections du dispositif

Pour être efficace, il conviendrait que le « système antifraudeur » mis en place par le biais des interdictions de soumissionner ne se limite pas à une énumération de divers articles codifiés correspondant à autant d'infractions. Sur ce point, le dispositif prévu souffre d'imperfections nuisibles à sa portée.

Le dispositif est incomplet car il ne concerne pas encore toute la commande publique

Les interdictions de soumissionner ne concernent qu'une partie des contrats de la commande publique, ceux qui relèvent plus ou moins clairement de la directive « marchés publics » et qui sont donc concernés par sa transposition : les marchés publics du CMP, les contrats de partenariat qui sont des marchés publics au sens du droit communautaire¹⁹, les marchés de l'ordonnance du 6 juin 2005, les BEH ; de manière indirecte, sans doute, par le procédé peu lisible de renvoi à d'autres dispositions, les conventions de

18. En revanche, entre-temps, le Code des marchés publics avait été modifié par les parlementaires justement dans sa partie concernant les non-admissions à concourir. En effet, la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées complète l'article 44 d'un article 44-1 qui n'admet pas la soumission des personnes assujetties aux obligations d'emploi des travailleurs handicapés et n'ayant pas rempli ces obligations.

19. « Le contrat de partenariat, nouvel outil de gestion publique » par N de Saint-Pulgent et S. Lagumina, *JCP La Semaine juridique*, n° 48, novembre 2004.

bail dites « Sarkozy » créées dans les domaines de la justice, de la sécurité intérieure et de la justice²⁰.

En revanche, d'autres formes de contrats administratifs de la commande publique ne connaissent pas le « système antifraudeur » : ainsi les délégations de service public, les concessions de services, ainsi que des catégories de contrats globaux et de montage contractuels complexes difficiles à classer qui ne constituent pas nécessairement des marchés publics au sens communautaire.

Le propos n'est pas ici de faire l'exégèse de la typologie et de la problématique des contrats de la commande publique²¹. Il faut dépasser leur variété, la complexité de leur nature juridique pour s'attacher à rendre cohérente la lutte antifraude : les fraudes ne concernent pas évidemment que les seuls marchés de la commande publique relevant *stricto sensu* de la directive « marchés publics ». La lutte n'étant pas liée seulement aux dispositions de cette directive, elle ne doit pas se limiter à la transposition obligatoire et devrait porter sur tous les contrats par lesquels les personnes publiques demandent une prestation. N'est-il pas paradoxal qu'une personne condamnée pour corruption active et blanchiment puisse soumissionner pour une importante délégation de service public alors qu'elle ne serait plus admise pour un temps déterminé à concourir pour un simple marché public ?

Une solution passerait par le cadre plus général d'un code de la commande publique, englobant et définissant toute la variété des formes contractuelles, à l'accès desquelles s'imposeraient les interdictions de concourir au motif de condamnations pénales, notamment pour fraude ou corruption.

Le dispositif est incomplet car il ne porte pas sur tous les délits liés à l'acheteur public

Les interdictions de soumissionner couvrent un certain nombre de délits pénaux mais laissent de côté une infraction directement liée à la passation et à l'attribution des marchés publics. Il s'agit du « recel de biens provenant du délit d'atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics », en bref le recel de favoritisme qui découle de façon conjuguée de l'article 432-14 du Code pénal sur le favoritisme et des articles 321-1 et 321-12 concernant la définition et la sanction du recel.

20. En effet, le décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du domaine de l'État prévoit (article 2) que la convention de bail n'est pas soumise au code du CMP à l'exception de certains articles dont les articles 43 à 46.

21. Sur ce point, cf. notamment « Typologie des contrats de la commande publique », par F. Llorens, *Contrats et Marchés publics*, mai 2005.

Le délit de recel de favoritisme est caractérisé à l'égard de personnes qui, en connaissance de cause, bénéficient de marchés (ou de délégations de service public) irrégulièrement passés. Par conséquent, il serait cohérent d'inclure parmi les motifs de non-soumission les condamnations pour cette infraction qui peut être tout à fait considérée comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique.

Le dispositif n'est pas clair sur la qualité des personnes en cause

Il demeure une ambiguïté sur les personnes désignées par les interdictions de soumissionner. En effet, les textes ne précisent pas s'il s'agit des personnes physiques **et** des personnes morales ou s'il s'agit de l'une **ou** de l'autre de ces catégories de personnes²². Or, pour chacune des infractions en cause, tant les personnes physiques que les personnes morales peuvent être en principe déclarées pénalement responsables et encourir des condamnations.

Le SCPC considère que si l'objectif est de donner une portée réelle et rigoureuse à ce type de dispositif antifraudeur, les deux catégories de personnes devraient être concernées avec toutes les conséquences à en tirer pour les responsables d'entreprises chargés de la signature des dossiers de candidatures, ayant le pouvoir de décision ou en charge de la représentation de leurs firmes notamment dans les phases de dialogue/négociation.

Le dispositif ne permet pas de vérifier les interdictions

S'agissant du CMP

Au cours de septembre 2005, la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances a mis en ligne, sur son propre site internet, une fiche indicative sur les « interdictions de soumissionner à un marché public passé en vertu des dispositions du CMP ». Cette fiche comportait entre autres une partie consacrée aux nouvelles interdictions introduites par l'article 38 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, ainsi qu'un chapitre relatif à la vérification de ces interdictions par l'acheteur public.

Ce chapitre ne faisait que reprendre sans les expliquer les dispositions des articles 45 (déclaration sur l'honneur des candidats) et 46 (documents produits par le candidat retenu) du CMP.

22. À noter toutefois que l'article 4, dernier paragraphe de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, indique explicitement que « les dispositions du présent article sont applicables aux personnes morales qui se portent candidates [...] », mais il y a une incertitude sur la façon de comprendre la phrase au regard de l'ensemble de l'article 4.

Or, il s'avère qu'un acheteur n'est pas en mesure de vérifier si un candidat (la personne physique qui signe, la personne morale, les deux ?) a effectivement la possibilité de soumissionner à un marché public au motif qu'il n'a fait l'objet d'aucune des condamnations prévues par les interdictions de soumissionner. En effet, les dispositions du CMP prévoient seulement qu'un candidat retenu produit, outre la déclaration sur l'honneur exigible au stade de la sélection, des pièces ou attestations d'ordre fiscal et social ou relevant du Code du travail ²³.

Si la personne publique ne peut avoir connaissance au minimum du bulletin n° 2 du casier judiciaire de la personne en cause pour vérifier l'absence de condamnation, la mesure se trouve être totalement vidée de sa substance.

S'agissant des contrats de partenariat

Il faut noter que, contrairement au CMP, le régime des contrats de partenariat prévoit un système plus explicite de vérification ; en effet, le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 (modalités de publicité) pris en application de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat prévoit, à son article 3 (ainsi qu'à son article 5 pour un nouvel article D. 1414-3 du CGCT), que non seulement les candidats produisent des déclarations sur l'honneur qu'ils ne se trouvent dans aucun des cas d'exclusion mentionnés dans l'ordonnance, mais aussi que le candidat sélectionné produise auprès de la personne publique le bulletin n° 2 de son cahier judiciaire. Dans le cas où le candidat en question est établi dans un État autre que la France, il doit produire un document conforme équivalent, et si la réglementation ne prévoit pas ce type de pièce, le candidat produit une déclaration solennelle faite par lui devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel qualifié de son pays ²⁴. On retrouve là quasiment les mêmes termes que ceux du paragraphe 3 de l'article 45 de la directive qui se rapporte à la preuve attestant que le candidat ne se trouve pas dans les cas d'exclusions des marchés publics.

S'agissant des baux emphytéotiques hospitaliers

Les BEH, comme vu *supra*, suivent le régime des contrats de partenariats, par référence dans le Code de la santé publique à l'article 4 de l'ordonnance du 17 juin 2004. Cependant, il ne paraît pas à la date de l'écriture du présent rapport qu'une disposition particulière ait déjà été prise pour asseoir un système de vérification.

23. Le projet de CMP 2006, version du 29 novembre 2005, n'améliore pas le dispositif sur ce point.

24. Le dispositif concerne également les obligations sociales et fiscales et le respect du Code du travail.

S'agissant des marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics et relevant de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005

L'ordonnance précitée ne dit rien sur le sujet ; en revanche, ses décrets d'application (décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés pour les activités d'opérateurs de réseaux et décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 relatif aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance précitée) abordent le sujet de la vérification de la situation légale du candidat (respectivement, dans leurs articles 19 et 18). Cependant la vérification se limite à la production par le candidat retenu des pièces relatives au respect du Code du travail et aux obligations fiscales et sociales. Il n'y a aucune référence aux cas d'interdictions de soumissionner en conséquence de condamnations pénales et à l'obligation de prouver l'absence de telles condamnations.

Par conséquent, à ce stade, on peut être satisfait de voir s'établir un système de non-admission à la commande publique pour des motifs de condamnations pénales liées à la fraude et à la corruption ; cependant cette satisfaction est tempérée par le caractère encore incomplet du dispositif, voire par son aspect déséquilibré, puisqu'un système de vérification conforme à la directive n'est mis en place que pour certains contrats.

3. DES PROGRÈS IMPORTANTS DANS LE « SOUCI DE RENDRE COMPTE »

3.1. Le « souci de rendre compte » ou « l'accountability »

Le « souci de rendre compte » (dit aussi le « souci du compte rendu ») est une expression utilisée dans l'armée et la gendarmerie. Elle exprime la préoccupation des membres de ces entités de justifier, auprès de leur hiérarchie et de leurs collatéraux, leurs actions ou leurs projets d'actions de manière transparente et explicite avec évaluation de la situation, dans le but de transmettre l'information nécessaire et, le cas échéant, de permettre un réajustement adéquat.

C'est par cette expression « le souci de rendre compte » que nous expliquerons ici le vocable « accountability » plutôt que de franciser par un anglicisme ou de chercher une paraphrase, pour traduire un terme anglais à la signification complexe, très en vogue dans les systèmes anglo-saxons de gestion publique.

En effet, « l'accountability » dans la gestion publique recouvre tout à la fois les notions de transparence, de traçabilité, et de responsabilité et impose à la personne concernée – en l'occurrence la personne publique – de bien

évaluer la situation (détermination du besoin, bon choix des procédures possibles, connaissance du marché économique...) de bien agir dans les règles, ne serait-ce que parce qu'à un moment donné, elle doit justifier son action, prouver la transparence de celle-ci, motiver sa décision, informer les protagonistes (candidats, hiérarchie, autorité de contrôle...). En ce sens, « l'accountability » peut contribuer à la moralisation de la gestion de la commande publique.

3.2. Des moyens donnés aux candidats évincés pour être informés et réagir

Dans le code de mars 2001, un ensemble d'obligations en termes de transparence et de justification constituait déjà une avancée significative : ainsi la rédaction d'un rapport de présentation du projet de marché à l'achèvement d'une procédure formalisée (article 75), l'obligation d'informer du rejet d'une candidature ou d'une offre, l'obligation de motiver la décision de rejet des candidats non retenus et la décision de choix de l'attributaire, enfin l'obligation d'informer en cas de renonciation à passer le marché (articles 76 et 77).

Le « souci de rendre compte » est plus marqué désormais que dans les textes précédents, ce qui suppose *a priori* une obligation plus grande de discipline et d'intégrité par des gestionnaires qui « *doivent assumer pleinement leurs responsabilités d'acheteurs publics* »²⁵.

Les rédacteurs du code de janvier 2004 ont été plus loin qu'en mars 2001 en ajoutant l'obligation de respecter un délai d'au moins dix jours entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats malchanceux et la date de signature du marché (article 76 premier paragraphe). Ce délai donne ainsi un laps de temps nécessaire à un candidat pour apprendre son éviction et, s'il le juge nécessaire, pour faire connaître son désaccord avant la conclusion du contrat, notamment en utilisant l'arme du référé précontractuel en application de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative.

Ce délai indispensable de dix jours est prévu non seulement dans le CMP (article 76) pour les marchés soumis aux procédures formalisées, mais aussi dans le dispositif concernant les contrats de partenariat (article 9 de l'ordonnance du 17 juin 2004) ainsi que dans le régime des conventions de bail « Sarkozy »²⁶. En outre, il est intéressant de constater que le décret n° 2005-1008 du 24 août 2005 qui a modifié le régime procédural de certains

25. Communiqué du Conseil des ministres du 7 janvier 2004 sur la réforme des marchés publics.

26. L'article 2 du décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 sur les conventions de bail et pris pour application de l'article L. 34-3-1 du Code de domaine de l'État prévoit que la convention de bail n'est pas soumise au CMP à l'exception d'un certain nombre d'articles dont les articles 76 à 78.

marchés de services (ceux qui bénéficiaient d'un système allégé de passation jusqu'à l'arrêt du Conseil d'État du 23 février 2005) a placé ceux-ci sous le régime de la procédure adaptée mais a prévu pour les marchés d'un montant égal ou supérieur à 230 000 euros l'application de l'article 76 du CMP.

Ce délai de dix jours n'est pas prévu dans l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relatif aux marchés passés par les personnes non soumises au Code des marchés publics. Cependant, l'article 17 de l'ordonnance précitée prévoit qu'un décret en Conseil d'État viendra préciser « *les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice rend public et fait connaître aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue son choix à l'issue de la procédure de passation et celles dans lesquelles l'exécution du marché peut commencer* ». Concrètement, les décrets pris en application de cette ordonnance (le décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 et décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 déjà cités *supra*) prévoient, respectivement à leurs articles 44 et 46, ce délai minimum de dix jours qui doit être respecté, à l'achèvement de la procédure, entre la date de notification d'une décision de rejet et la signature du marché.

3.3. La réaction des candidats via le référé précontractuel

L'objet n'est pas ici de procéder à une analyse exhaustive de cette procédure de recours qui existe sous sa forme actuelle depuis 2000, mais il s'agit de mettre en évidence les traits intéressants qui s'inscrivent dans la démarche du « souci de rendre compte », à replacer elle-même dans la recherche des mesures efficaces entre autres pour lutter contre la corruption.

Le référé précontractuel répond sans aucun doute à la préoccupation de l'ONU qui, à l'article 9 de la convention de Mérida, indique, parmi les mesures à prendre, la mise en place « *d'un système d'appel efficace qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures de passation des marchés publics* »²⁷.

Grâce à la marge de manœuvre, chronologiquement parlant, laissée aux candidats évincés qui s'estiment lésés, le dispositif peut connaître un développement certain.

Sans être une arme dirigée directement contre l'émergence et le développement des fraudes corruptrices dans la commande publique, il peut devenir une condition importante de l'efficacité de lutte. En effet, son champ d'application (la commande publique), les motifs de recours (tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence), les auteurs de la saisine (les candidats) et les mesures susceptibles d'être prises peuvent en faire une entrave efficace.

27. Cf. le point (d) de l'article 9 de la convention de Mérida.

Sur ce point, il convient de se rapporter aux premiers paragraphes très explicites de l'article 551-1²⁸ du Code de justice administrative : sa version la plus récente en vigueur à compter du 1^{er} septembre 2005 comporte des ajouts apportés par les ordonnances sur les contrats de partenariat et sur les marchés passés par les personnes non soumises au Code des marchés publics pour y inclure justement ces formes de contrats.

Le domaine d'application du référé précontractuel est potentiellement très large ; en effet, s'agissant des marchés publics soumis au CMP, non seulement il est susceptible de s'appliquer quel que soit le montant du marché, dès lors que s'imposent des obligations de publicité ou de mise en concurrence, mais en outre, à la différence du contrôle de légalité, il concerne tous les acheteurs soumis au CMP, y compris l'État et ses établissements publics administratifs. Par ailleurs, il porte également sur une part essentielle de la commande publique en dehors des marchés publics : des marchés mentionnés au 2^o de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, les contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique et les conventions de délégation de service public.

De ce fait, il représente un élément de contrôle externe fondamental : à une époque où les contrôles administratifs s'allègent ou se retirent comme on le verra plus bas, le référé précontractuel, facilité par l'obligation d'informer, ce dans un délai de dix jours, constitue une sorte d'épée de Damoclès placée au-dessus des acheteurs publics, qui incite ceux-ci à bien remplir leurs obligations.

Certes, il est facile pour les détracteurs du référé de dénoncer les abus de procédure de certaines entreprises ou de déplorer des décisions à géométrie variable du juge administratif pour montrer combien la procédure peut être injustement pénalisante pour les acheteurs ou détournée de son objet. Cependant ces défauts, qui pourraient être atténués à moyen terme (notamment lorsque les textes auront enfin trouvé la stabilité nécessaire pour que les juges en acquièrent une meilleure maîtrise), n'entachent pas l'efficacité d'un système qui joue un rôle de garde-fou à l'initiative essentiellement des fournisseurs.

3.4. Les limites du dispositif

On peut regretter dans ces conditions que de façon contradictoire le délai de dix jours, dont l'importance était évoquée plus haut, ne soit pas

28. Est laissé ici de côté, sans méconnaître son importance, l'article L. 551-2 qui concerne les marchés passés par les secteurs spéciaux par des entités adjudicatrices non soumises au CMP.

applicable aux procédures adaptées pour les marchés d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées.

La direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'Économie a rappelé plusieurs fois cette règle tout en nuancant, il est vrai, sa portée compte tenu de l'obligation d'informer quel que soit le délai : « *pour des raisons de transparence et d'égalité de traitement, les candidats dont la candidature ou l'offre a été écartée doivent en être informés. Cependant, le délai de 10 jours prévu par l'article 76 du Code ne s'applique pas en principe aux marchés passés en procédure adaptée. Il convient cependant de réserver pour ces marchés un délai raisonnable entre l'information des candidats et la signature du marché dans la mesure où cette contrainte, issue du droit communautaire, s'applique à tous les marchés (CJCE, Alcatel Austria 28/10/1999)* ». ²⁹

L'adaptation du délai de dix jours pour les procédures adaptées découle des dispositions du CMP de janvier 2004 implicitement et non expressément, ce qui ne met pas à l'abri d'une jurisprudence à venir plus contraignante.

C'est sans doute pour cette raison que la première version du projet de code 2006 prévoyait explicitement une réduction du délai « *dans des proportions adaptées à la situation* » pour les marchés passés selon la procédure adaptée ainsi d'ailleurs que dans les cas d'urgence ne permettant pas de respecter les dix jours ³⁰.

Le SCPC avait fait savoir sur ce point que la latitude laissée à l'acheteur pour apprécier la réduction d'un délai dans des proportions dites adaptées à la situation serait inévitablement source d'appréciations plus ou moins subjectives, et donc de dérives, de litiges et d'insécurité juridique. Il avait proposé de mieux encadrer ce délai réduit et les cas d'urgence, par exemple : « *dans les cas d'urgence qui ont justifié une réduction des délais de dépôts de candidatures ou des offres, ainsi que pour les marchés passés selon la procédure adaptée, le délai peut être compris entre cinq et neuf jours selon la situation* ».

On peut noter que la seconde version du projet de code 2006 ne fait plus référence à la procédure adaptée, pour la réduction du délai de dix jours, tout en maintenant « *les proportions adaptées à la situation* » pour les cas d'urgence (article 80-I-1°).

29. Cf. la fiche sur le site DAI, intitulée *Le point sur la procédure adaptée* – <http://www.minefi.gou.fr/daj/marches-publics/mpa.htm>.

30. Avant le projet de code version 2006, le décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 et le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, qui concernent les marchés passés par des personnes non soumises au CMP, ont anticipé en prévoyant respectivement aux articles 44 et 46, la possibilité de réduire ce délai minimum de dix jours en cas d'urgence.

3.5. L'obligation de publicité *a posteriori*

Le Code des marchés publics prévoit, à son dernier article, que les personnes publiques publient au cours du premier trimestre de chaque année une liste des marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires. Comme souligné par la circulaire du 7 janvier 2004, modifiée, portant manuel d'application du CMP, « *cette disposition est gage de transparence quant à l'emploi des deniers publics* ».

Les modalités d'application, qui ont été définies par un arrêté du 27 mai 2004, peuvent constituer en principe un sérieux frein à des comportements corrupteurs : en effet, les marchés doivent être répartis dans les trois catégories d'achats (travaux, fournitures et services), et regroupés au sein de chacune des différentes tranches selon leur montant ; l'objet et la date du marché, le nom du titulaire du marché et son code postal doivent au moins figurer sur la liste.

La mesure concerne tous les acheteurs soumis au code, quelle que soit leur qualité, et à partir au 1^{er} janvier 2007 tous les marchés de 3 000 euros HT et plus ³¹.

Sur le plan opérationnel, notamment pour les contrôleurs, enquêteurs et analystes divers, le caractère très volontariste de la mesure doit être néanmoins relativisé.

Il aurait été intéressant que parmi les mentions obligatoires figurent le mode de passation du marché (appel d'offres, dialogue compétitif, procédure négociée, procédure adaptée...), voire l'article du code afférent plus précisément à la procédure (ex. : procédure négociée article 35 III), ainsi que, lorsque c'est le cas, l'indication que le marché correspond à un lot, ce qui suppose également que soient clairement présentés les lots appartenant à la même opération ou à la même procédure.

Par ailleurs, les personnes publiques ont été laissées libres de leur choix pour le support de publication de la liste bien que la circulaire d'application du 7 janvier 2004 ait conseillé de privilégier, dans un souci d'économie, la publication sur les sites internet des collectivités.

En pratique, à chaque acheteur correspond une méthode particulière quant à la présentation et au support, à partir d'un socle commun de quelques modalités réglementaires. Le nombre d'acheteurs en cause crée une variété de publications sur des supports divers, ce qui rend difficile les recherches et les comparaisons.

31. L'arrêté prévoit une montée en charge progressive avec quatre paliers entre 2004 et 2007 : les marchés supérieurs à 90 000 euros HT en 2004, à 50 000 euros en 2005, à 20 000 euros en 2006 et à 3 000 euros en 2007, ce dernier montant devant être remplacé par 4 000 euros avant 2007.

Le système demanderait donc à être amélioré sur le plan pratique (création d'un site internet article 138 par département par exemple) mais force est de reconnaître qu'il constitue une avancée intéressante parmi les systèmes mis en place susceptibles, entre autres, de prévenir la corruption dans l'esprit de la convention de Mérida.

II. – ÉLÉMENTS NÉGATIFS COMPLIQUANT LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION OU CRÉANT DES « ZONES À RISQUES »

1. LE « DÉSORDRE » DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Le premier élément qui peut apparaître négatif, bien qu'en principe seulement de nature temporaire (encore qu'il dure depuis plusieurs mois, sinon plusieurs années), est l'instabilité des textes nationaux en matière de commande publique. L'évolution des normes pose incontestablement un problème d'adaptation et d'insécurité juridique propice aux irrégularités et déviances diverses.

1.1. « Une allure labyrinthique »

La période qui vient de s'écouler a été, en effet, marquée par « une frénésie », « une furie et une avalanche textuelles », « l'inflation normative », « un droit complexe en mouvement perpétuel », « une réforme sans fin », « le désordre des sources », etc., autant d'expressions notées ou entendues qui traduisent le phénomène et reflètent l'agacement des praticiens.

Le sentiment général a été bien résumé par le professeur Llorens, avocat, « *Le printemps de la commande publique, d'une rare longueur il est vrai, aura (donc) été d'une richesse exceptionnelle. Plus que d'une efflorescence, l'impression qu'il laisse, dans l'immédiat au moins, est cependant celle d'un grand désordre. Désordre des textes auxquels leur empilement, leur enchevêtrement et leurs modifications successives donnent une allure labyrinthique [...]* »³².

Dans ces conditions, bien que la liste des principaux textes publiés depuis la fin de 2001 soit donnée en annexe, entreprendre le recensement exhaustif de tous les écrits, des ajouts, retraits et amendements divers, tout en établissant les relations entre les éléments du puzzle s'avérerait un exercice trop long et complexe dans le cadre du présent rapport dédié à la lutte contre la corruption. Par conséquent, seuls les principaux traits de l'évolution des années 2004 et 2005 seront repris ici.

Pour résumer et simplifier, durant cette période, trois mouvements essentiels ont pu être observés : l'un a touché le Code des marchés publics ; un autre a concerné d'autres formes contractuelles (contrats de partenariat, contrats de personnes publiques ou privées non soumis au CMP) relevant

32. « Typologie des contrats dans la commande publique », (paragraphe 6) par F. Llorens dans *Contrats et Marchés publics*, mai 2005.

également des directives « marchés publics » ou « secteurs spéciaux » ; le troisième a frappé de manière diverse certains régimes particuliers souvent complexes qui entrent dans le périmètre de la commande publique (conventions d'aménagement, baux emphytéotiques...).

1.2. L'exemple des errements du CMP

Le premier mouvement sera le seul évoqué ici à titre d'exemple en laissant de côté les arrêtés divers et variés : au début de l'année 2004, le CMP du 7 janvier 2004 a remplacé le code du 7 mars 2001, issu de la première grande réforme de la commande publique. Il est entré en vigueur le 10 janvier 2004 à l'exception de son article 133, relatif aux commissions spécialisées des marchés, prévu pour s'appliquer au plus tard le 1^{er} juin 2004. L'ensemble des dispositions a fait l'objet d'une circulaire datée du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du CMP.

L'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique, dite la loi MOP, a autorisé la maîtrise d'ouvrage de plusieurs personnes publiques par transfert temporaire, sous convention, de la maîtrise d'ouvrage à l'une d'entre elles.

Le décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 est venu modifier les seuils des procédures en créant un nouveau seuil de 4 000 euros au-dessous duquel les marchés publics peuvent être passés sans publicité, ni mise en concurrence.

Ce même décret ainsi que le décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004 ont abrogé le dispositif relatif aux commissions spécialisées des marchés de l'État et institué une nouvelle commission et de nouvelles obligations et modalités de fonctionnement.

La circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du CMP a été actualisée par une circulaire du 16 décembre 2004.

La loi n° 2005-32, dite « Borloo I », du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale a amendé l'article 53 du CMP en ajoutant un critère d'appréciation des offres portant sur les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté. Puis la loi n° 2005-102, dite « Borloo II », du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées a ajouté aux conditions de candidature à un marché public, prévues à l'article 44 du CMP, de nouvelles règles relatives au respect de l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés.

Le 23 février 2005, le Conseil d'État, dans son arrêt *ATMMP et autres*, a annulé des dispositions du CMP concernant les contrats d'emprunt (article 3, alinéa 5) et les services de l'article 30 soumis à un régime très allégé

(article 30, alinéa 1 et article 40 I). Le décret n° 2005-601 du 27 mai 2005 est alors venu retirer les marchés d'emprunt des contrats de services financiers bénéficiant de l'exclusion des dispositions du CMP. Puis le décret n° 2005-1008 du 24 août 2005 a établi une procédure librement adaptée fondée sur des modalités de publicité et de mise en concurrence arrêtées par la personne responsable du marché pour les marchés de services de l'article 30.

Entre les deux décrets précédents, par le biais de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, les pouvoirs publics ont introduit une disposition intéressant directement les candidatures dans les procédures de marchés publics : l'article 38 de cette ordonnance prévoit, en effet, que les interdictions de soumissionner qui sont énumérées pour les marchés des personnes non soumises au CMP et qui ne figurent pas dans le CMP, sont applicables aux personnes soumissionnant à des marchés relevant au CMP.

Par ailleurs, au début de l'été 2005, la direction des affaires juridiques a annoncé sur son site internet la nécessité de prendre un décret réformant le CMP en vue de transposer avant le 1^{er} janvier 2006 les directives « marchés publics » adoptées le 31 mars 2004. Un projet de décret, « simple texte d'étape » était mis en ligne pour une large concertation en vue de finaliser une version à présenter au Conseil d'État. À une première version de 186 articles, en juillet 2005, a succédé fin novembre 2005 une version de 173 articles dont les 137 premiers reprenaient la forme et la numérotation du texte en cours en 2005.

Enfin, à la suite de la révision des seuils communautaires de procédures de passation de marchés publics, le décret n° 2005-1737 du 30 décembre 2005 est venu intégrer dans le CMP ces nouveaux seuils pour une application au 1^{er} janvier 2006.

En même temps, la légitimité de la réglementation de l'achat public apparaissait d'autant plus fragile que certaines dispositions, ou la perception de ces dispositions que pouvaient avoir de nombreux praticiens, se voyaient remises en cause par l'appréciation du juge administratif ; on pense ici tout particulièrement à l'arrêt du Conseil d'État, *Louvre bis à Lens*, du 7 octobre 2005 qui, en annulant la passation d'un marché soumis à la procédure adaptée d'un montant de 35 000 euros au motif d'une publicité insuffisante, a créé une immense incertitude sur la marge de liberté qui semblait avoir été donnée aux acheteurs, sous certaines conditions (article 28 du CMP), pour entreprendre leurs achats d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées.

Ainsi, moins de deux ans après la mise en œuvre du CMP de janvier 2004, les praticiens de la commande publique se voyaient soumis à un texte

non seulement qui avait connu dans son application un certain nombre de suppressions, amendements, modifications ou interprétations, qu'ils devaient s'approprier rapidement, mais en outre qui présentait un caractère moribond à court terme compte tenu de l'échéance posée par la transposition des directives.

1.3. Causes et conséquences

Comme déjà indiqué, les textes et les matières afférentes ont été répertoriés en annexe. L'important est de saisir les motifs et les effets.

Certains ont posé la question de savoir si les objectifs des pouvoirs publics ont été emprunts d'inconscience (ou de sadisme) bureaucratique. L'ensemble des modifications et des apports trouve sans aucun doute des explications positives : le souci de la cohérence avec les textes communautaires, la recherche de la simplification administrative et de la sécurité juridique, la nécessité de réajuster les règles³³, la volonté de créer de nouveaux montages contractuels adaptés en termes de financement, organisation et réalisation.

Sans doute, ces objectifs louables pourront être globalement appréciés de façon favorable à moyen ou à long terme, avec le recul nécessaire pour « digérer » et maîtriser ces mouvements et avec le délai indispensable au développement et à la bonne application des dispositions nouvelles ou modifiées.

À court terme, les conséquences immédiates ont été paradoxalement l'instabilité, la complexification, l'insécurité juridique ; autant de conditions pour créer un contexte propice, au sein des personnes publiques et assimilées, aux tâtonnements, aux erreurs involontaires, aux démarches sanctionnées par les juges et, bien sûr, aux fraudes.

« L'insécurité juridique n'est pas le moindre des arguments en faveur d'une stabilisation du droit, tant la modification répétée des normes pousse soit à mettre en œuvre des nouvelles pratiques dont on ne sait si elles sont légales, soit au contraire à maintenir par dépit des pratiques dont on craint fort qu'elles soient illégales. L'efficacité de la commande publique mais aussi sa rentabilité, en ces temps favorables à l'analyse économique du droit, s'accommodent mal de changements intempestifs en raison des pertes de temps liées à l'adaptation à la norme et des coûts induits (achats de nouveaux logiciels, formation du personnel, etc.) »³⁴.

33. Après des décisions du Conseil d'État ou de cour d'appel notamment.

34. F. Lichère dans *AJDA*, 10 janvier 2005, « Faut-il réformer la réforme de la réforme ? ».

Un tel contexte est difficile pour les acheteurs en règle générale et intéressant pour les fraudeurs en particulier ; certains ont pu commettre sciemment des irrégularités en tablant sur l'appréciation indulgente des tribunaux au motif de l'erreur de droit ; d'autres ont pu jouer sur la superposition de règles nouvelles venant régulièrement modifier les conditions de passation des marchés, et escompter que des règles nouvelles plus favorables s'appliqueront aux infractions commises avant leur entrée en vigueur. En outre, on peut imaginer le travail malaisé des juges et notamment du juge judiciaire dans des affaires de favoritisme : il leur revient la charge de démêler l'enchevêtrement textuel dont parlait M. Llorens (*cf. supra*) pour se positionner sur la légalité des actes, préciser les règles non respectées, et s'agissant du juge pénal, tenter de distinguer l'erreur non délibérée de la faute intentionnelle.

2. LA RÉDUCTION TRÈS NETTE DES CONTRÔLES ADMINISTRATIFS DE L'ÉTAT

Les années 2004 et 2005 se caractérisent en matière de commande publique par une réduction très nette des contrôles administratifs de l'État et, corrélativement, par une évolution du rôle de l'État dans le sens de l'assistance et du conseil. Cette tendance s'observe de façon structurelle au moins sur quatre plans.

2.1. Un contrôle a priori, exercé par les agents du MINEFI sur les collectivités territoriales, devenu facultatif

Une des principales innovations du CMP de janvier 2004 a été la suppression de la convocation obligatoire du représentant de la direction générale de la concurrence (DGCCRF) et du comptable public dans les commissions d'appels d'offres des collectivités territoriales, ladite convocation ayant été transformée en invitation facultative de la part des collectivités qui souhaiteraient la présence de ces fonctionnaires.

Dans son rapport 2003³⁵, le SCPC, à l'occasion d'un avis donné au garde des Sceaux sur un projet de code (une version de mai 2003), a pu faire connaître ses réserves en faisant valoir qu'une telle modification allait conduire à considérer les agents de l'État comme des prestataires au service des collectivités. Il a rappelé que ces fonctionnaires étaient les mieux placés pour alerter les autorités compétentes sur les irrégularités effectivement commises et détectées à l'occasion des commissions d'appel d'offres, que le caractère obligatoire des convocations et la possibilité pour les fonctionnaires

35. Pages 265 et suivantes.

de cibler eux-mêmes leur participation constituaient un sérieux obstacle pour des acheteurs tentés par des pratiques de favoritisme ou d'autres intervenants que la corruption ou des procédés frauduleux attireraient. Les nouvelles dispositions ne pouvaient que conduire à un amoindrissement du rôle préventif de ces agents, alors que jusqu'à ce jour leur présence et leur action avaient permis de signaler des délits à l'autorité judiciaire ou d'éviter la réalisation de nombreuses irrégularités.

Le gouvernement a néanmoins introduit cette disposition dans le CMP de janvier 2004 ³⁶, le recul nécessaire pour apprécier les effets concrets de cette innovation fait encore défaut à ce jour. Cependant, il n'est pas dénué d'intérêt de noter qu'en 2003, avant la réforme, les directions départementales de la concurrence avaient participé à 22 000 réunions de commissions d'appels d'offres et qu'en 2004 la participation était tombée à 14 000 réunions (*cf.* les rapports annuels DGCCRF 2003 et 2004 – partie « l'accès équitable et transparent à la commande publique »).

Par ailleurs, cette présence plus réduite des services de l'État s'accompagne d'une évolution de leur rôle.

S'agissant des comptables publics, le retrait du contrôle des seuils des marchés, et par suite du contrôle du respect de la publicité et de la mise en concurrence, avait été annoncé dès fin 2002 par une lettre ministérielle (non communicable sans doute mais rapidement connue de tous) qui indiquait, en résumé, que le comptable public n'avait pas à contrôler les seuils et donc le choix de la procédure utilisée par l'acheteur public. En d'autres termes, les comptables devaient orienter leurs actions seulement sur l'examen financier de la régularité des pièces justificatives de la dépense. Dans le rapport annuel 2004 de la direction générale de la comptabilité publique, les interventions des comptables apparaissent au sein d'une rubrique « Accompanyer l'autonomie financière des collectivités locales et les nouveaux transferts de compétences », sous la forme d'un message relatif à la cellule d'information juridique aux acheteurs publics.

Du côté des agents des DDCCRF, une évolution se dessine également nettement et se traduit de deux façons : d'une part, le recentrage de leur action sur la mission « concurrence » dans le cadre du respect du Code du commerce ; il s'agit donc essentiellement de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises ; d'autre part, le développement des interventions « dans une démarche de conseil à caractère économique et non de contrôle, dans l'intérêt des acheteurs publics et d'une bonne gestion des deniers publics », d'après le directeur général de la concurrence s'exprimant

36. Mesure qui a été jugée « regrettable au regard de la transparence » par Transparence International France (*La Lettre de Transparence*, n° 20, janvier 2004).

à l'occasion d'une interview sur le site Achatpublic.com³⁷. Toujours selon le directeur général de la concurrence, la participation de la DGCCRF aux commissions d'appel d'offres *« doit être conçue comme un outil de veille concurrentielle et de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, parmi d'autres moyens d'investigation. En ce sens, elle trouve principalement sa justification dans la mise en œuvre d'une politique de "ciblage" des secteurs économiques qui présentent des dysfonctionnements concurrentiels importants ou récurrents. Il se peut que cette participation s'inscrive en dehors du "ciblage" mais seulement à partir du moment où la situation concurrentielle lui confère un intérêt »*.

Quant à la fonction de conseil, elle apparaît clairement dans le rapport DGCCRF 2004 qui évoque la sensibilisation des acheteurs publics aux enjeux de la concurrence, mission qui revêt deux aspects : le premier consiste en l'information des acheteurs publics sur les comportements des entreprises préjudiciables à la concurrence ; le second porte sur l'explication de l'intérêt que les acheteurs peuvent tirer d'une forte intensité concurrentielle dans la rationalisation de leurs achats, notamment par la mise en œuvre opportune des dispositions du Code des marchés publics. Le directeur de la concurrence dans l'interview précitée a été plus explicite : *« À chaque fois que l'expertise de la DGCCRF est sollicitée, ou lorsque la situation se présente, mes services peuvent, le cas échéant, formuler des recommandations aux acheteurs publics dès lors que les options retenues dans l'organisation d'une consultation sont de nature à restreindre la concurrence ou à faciliter des ententes. Dans l'hypothèse où les questions formulées concerneraient la régularité des procédures, et si mes services disposent d'éléments d'information, ils peuvent bien entendu les porter également à la connaissance des acheteurs. En la circonstance, il ne s'agit cependant pas de se substituer à la responsabilité des acheteurs »*.

Certains ont pourtant considéré que les changements apportés aux rôles des agents de l'État avaient un impact limité puisque la contribution des services de la concurrence et de la comptabilité publique au contrôle de légalité exercé par les préfets n'était pas remise en cause ; par conséquent, si certaines formes de contrôle se trouvent modifiées, l'étape du contrôle de légalité demeurerait inchangée.

Une telle analyse repose sur une perception plutôt erronée du rôle des agents de l'État dans le processus de contrôle de la commande publique : en effet, elle laisse croire que les participations ciblées et les interventions orales ou écrites au sein des dizaines de milliers de commissions d'appels d'offres, sur l'initiative des agents de l'État, d'une part, et l'examen de

37. Commentaires tirés de : Achatpublic.com/news/2004/09/4/AchatPublicBreveInviteDuJeudi.2004-09-24 3436.

plusieurs centaines de dossiers finalisés, transmis par les services préfectoraux, d'autre part, étaient des formes de contrôles substituables ou interchangeables. Au contraire, il s'agissait de modalités d'actions distinctes dont la complémentarité était susceptible de rendre plus efficace le contrôle de l'État.

Par conséquent, il est évident qu'une réduction importante des pouvoirs des agents de l'État, au niveau des commissions d'appels d'offres, a inévitablement affecté le contrôle de l'État pris dans sa globalité, même sans que l'on ne touche au contrôle de légalité. En tout état de cause, celui-là même s'est trouvé modifié par la réduction de son champ d'application.

2.2. Le contrôle de légalité et la réduction de son champ

« Le contrôle de légalité des actes administratifs n'a pas pour finalité première de lutter contre la corruption, mais, en assurant la soumission de l'administration au droit, il est une condition essentielle de l'efficacité de cette lutte. Il permet notamment de sanctionner le non-respect des règles de publicité et de transparence lorsqu'elles conditionnent la régularité de l'action administrative. C'est aussi le moyen d'obtenir l'annulation d'actes entachés de détournement de pouvoir, c'est-à-dire de décisions dont le but est étranger à tout intérêt public et qui peuvent être liées à des manœuvres délictueuses ».

Ces observations formulées en 1997 par deux magistrats³⁸ sont revenues à la mémoire de certains praticiens de la commande publique, quand, à la fin de 2001, le législateur a prévu qu'étaient désormais dispensés de l'obligation de transmission au titre de contrôle de légalité les marchés passés sans formalités préalables (c'est-à-dire non soumis à des procédures déterminées et formalisées) en raison de leur montant (article 11 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite Murcef). Il suffit donc de modifier en hausse ou en baisse le seuil des procédures formalisées pour élargir ou pour réduire le champ d'application du contrôle de légalité.

La circulaire n° NOR/LBL/B/04/10069/C du ministère de l'Intérieur datée du 10 août 2004 et adressée aux préfets a clairement exposé la situation résultant des nouvelles dispositions du CMP du 8 janvier 2004.

« Les marchés passés sans formalités préalables en raison de leur montant sont dispensés de l'obligation de transmission au titre du contrôle de légalité, aux termes des articles L. 2131-2-4°, L. 3131-2-4° et L. 4141-2-3, modifiés par l'article 11 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (Murcef).

38. Irène Luc et Eric Alt, *La lutte contre la corruption*, PUF, 1997.

L'alinéa 2 de l'article 28-I du nouveau Code des marchés publics, publié au Journal officiel du 8 janvier 2004 dispose que : "les marchés passés selon la procédure adaptée constituent les marchés passés sans formalité préalable". Il est précisé aux paragraphes II et III de l'article 28 du même code que pour les collectivités territoriales, le seuil en dessous duquel la procédure adaptée est possible est de 230 000 euros HT.

Il résulte de la lecture combinée de ces articles que les marchés de services, de fournitures et de travaux, passés selon la procédure adaptée c'est-à-dire inférieurs à 230 000 euros HT sont dispensés de l'obligation de transmission au titre du contrôle de légalité. »³⁹

Ce principe a été confirmé dans une réponse du ministre d'État, chargé de l'Intérieur (JOAN du 4 octobre 2005) à une question écrite d'un député du 21 juin 2005 : « *il n'y a plus de doute possible sur le fait que les marchés de moins de 230 000 euros, quelle que soit la procédure utilisée, n'ont pas à être transmis au contrôle de légalité* ».

Les effets concrets de ces mesures sont encore difficiles à mesurer. Cependant une réponse du ministre chargé de l'Économie du 19 mars 2005⁴⁰ à une question écrite d'un sénateur a appelé l'attention du SCPC. En effet, la question portait sur les conséquences de la dématérialisation des procédures de marchés publics pour les petites communes et la réponse ministérielle donnait notamment des indications sur le nombre des marchés dont le montant était supérieur à 240 000 euros HT⁴¹ : « *Sachant que pour l'ensemble des collectivités territoriales, y compris les établissements publics locaux de coopération, les marchés de fournitures et de services recensés en 2000 d'un montant supérieur à 240 000 euros hors taxes représentaient 6 % en nombre de ces marchés et les opérations de construction recensées la même année, d'un montant supérieur à 240 000 euros hors taxes, 27,5 % en nombre de ces opérations, la contrainte en matière de dématérialisation à la charge des très petites communes devrait être extrêmement faible.* »

En d'autres termes, plus de 90 % du nombre des marchés de services et de fournitures des collectivités territoriales et plus de 70 % des marchés de construction échapperaient au contrôle de légalité.

Certains défauts du contrôle de légalité ont souvent été invoqués pour justifier de le limiter, s'agissant des marchés publics, aux achats d'un montant significatif : notamment l'engorgement des services préfectoraux

39. Il faut noter que depuis le décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004, l'expression « marchés sans formalités préalables » a été supprimée du CMP. Il s'agit désormais des « marchés d'un montant inférieur aux seuils » (des procédures formalisées).

40. Réponse JO Sénat, 19 mai 2005, p. 1419, à la question écrite n° 12357 de M. Christian Gaudin.

41. Le recensement administratif portait en effet, semble-t-il, sur les marchés d'un montant supérieur à 240 000 euros et non à 230 000 euros.

auxquels sont transmis des dizaines de milliers d'actes administratifs (au total 7 730 000 actes transmis en 2003, sans doute plus de 8 millions en 2004) ; l'insuffisance en effectifs, et en qualification des personnels affectés à cette tâche ; la faiblesse du nombre des déférés au juge.

Cependant la solution retenue appelle des questions. Ainsi la question se pose de savoir si, compte tenu de ses handicaps structurels, le contrôle de légalité sera rendu plus efficace par le seul fait qu'en matière de commande publique seuls les gros marchés supérieurs à 230 000 euros HT entrent dans son champ d'intervention, d'autant que les actes d'achat des collectivités territoriales ne représentaient jamais jusqu'en 2003 que 5 à 6 % des actes embouteillant les préfetures. Sur ce point, il est intéressant de rappeler qu'en avril 2004, un groupe de travail présidé par M^{me} Corinne Lepage (ancien ministre et administrateur de *Transparence International France*) et chargé de rechercher « des propositions tendant à réduire les risques de corruption dans un contexte de décentralisation », avait mis l'accent sur les carences du contrôle de légalité et fait des propositions globales pour améliorer son efficacité ⁴².

On peut également se demander si toute la mesure des choses a été prise en faisant échapper à ce contrôle une masse considérable de marchés soumis à une procédure adaptée, d'autant que comme l'a rappelé le ministère de l'Intérieur dans sa circulaire précitée : « *si dans ce cadre [de la procédure adaptée], les collectivités territoriales entendent mettre en place pour ces marchés des procédures identiques ou inspirées de celles qui s'imposent pour les marchés supérieurs à 230 000 euros HT, il n'en demeure pas moins que les marchés passés selon ces procédures ne sont pas transmissibles au titre du contrôle de légalité* ».

En dehors de la satisfaction exprimée par certains élus ou organes délibérants, il aurait été intéressant de disposer d'une étude d'impact sur une telle mesure.

À décharge, il convient de signaler le cas particulier, voire paradoxal, des contrats de partenariat ; bien que leur naissance ait été précédée d'une période euphorique de conception où les procédures « tatillonnes » et le contrôle « bureaucratique » de l'État n'avaient pas une grande place, il s'avère que l'ordonnance n° 2004-559 sur les contrats de partenariat (article 16) les a soumis au contrôle de légalité et ce, semble-t-il, quel que soit le seuil.

42. Voir dans *La Lettre de Transparence*, 2^e trimestre 2004, notamment, parmi les « mesures ponctuelles », les propositions n° 6 sur le renforcement du rôle du comptable et n° 7 sur le réaménagement des conditions d'exercice du déferé, depuis la formation des agents au caractère suspensif d'office du déferé.

2.3. La disparition des commissions spécialisées des marchés de l'État (les CSM)

Le CMP de mars 2001 prévoyait expressément (article 119) que les marchés de l'État étaient soumis au contrôle de commissions spécialisées des marchés dans des conditions fixées par décret. Le décret d'application du 23 août 2001 est venu préciser les attributions et le fonctionnement de ces CSM, au nombre de sept, spécialisées par secteur, « *chargées de contrôler les marchés de l'État* » et pouvant « *également formuler des observations et des recommandations concernant ces projets* » (sic). Les seuils minimaux de compétence ont été fixés par un arrêté du 3 avril 2002, variant selon les CSM et selon les activités, entre 150 000 euros HT (ainsi pour les prestations intellectuelles des marchés informatiques et des marchés d'approvisionnements généraux) à 2 millions 800 000 euros HT pour les travaux de bâtiments et ceux du génie civil. Le dispositif visait à assouplir le fonctionnement antérieur des CSM « *sans affaiblir pour autant les garanties indispensables que représentait l'intervention de ces commissions* »⁴³.

Le pouvoir de ces CSM s'est trouvé considérablement modifié en 2004 en deux temps. D'une part, le nouveau CMP de janvier 2004, en son nouvel article 133, a supprimé la notion de contrôle pour prévoir que les CSM « *fournissent aux ministres et personnes responsables du marché, une assistance pour l'élaboration ou la passation des marchés de l'État* », un décret devant fixer la composition et les modalités de fonctionnement de ces commissions. D'autre part, le décret d'application de cet article 133, le décret du 26 novembre 2004, a abrogé les textes précédents (décret du 23 août 2001 et arrêté du 3 avril 2002) pour instituer à la place des sept CSM la seule Commission des marchés publics de l'État, la CMPE. Celle-ci est compétente pour examiner les projets de marchés passés par l'État et ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux dont le montant estimé est supérieur à 6 millions d'euros hors taxes. Ces projets doivent lui être adressés obligatoirement avant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence ou le lancement de la consultation. Le seuil de compétence a donc été multiplié par un coefficient allant de 2,1 à 40 selon la catégorie de marchés.

Même s'il est évident que les CSM n'ont jamais eu pour objet direct de lutter contre la corruption, elles pouvaient néanmoins présenter un certain obstacle, fournir une arme contre elle en particulier et contre les fraudes d'une manière générale. Aussi par le simple fait de remonter fortement le seuil d'intervention, (sans entrer à ce stade dans la problématique de la nature de cette intervention – *cf. infra*), un nombre considérable de projets

43. Telle est la présentation faite par l'IM du 28 août 2001 pour l'application du Code des marchés publics.

de marchés de l'État se trouve désormais dans la situation de ne pas connaître cet « obstacle » ou cette « arme ».

Le SCPC n'est pas le seul au demeurant à s'interroger sur cette situation nouvelle. Le président de la CMPE lui-même a considéré que le montant de 6 millions d'euros lui paraissait trop élevé, voire inutilement élevé. Dans une interview donnée sur le site internet Achatpublic.com (rubrique l'invité du jeudi) en février 2005, celui-ci donnait sa préférence pour le seuil moitié moins important de 3 millions d'euros : « [...] j'aurais préféré 3 millions. De plus, les documents demandés sont véritablement allégés. Quel est l'intérêt d'un seuil plus important ? Sachez qu'il n'y a pas d'autre endroit que la CMPE pour étudier en profondeur un dossier de marché, pris dans sa globalité, sous tous ses aspects : respect des normes juridiques, bien sûr, mais aussi concurrence, définition du besoin, convenue du prix, etc. Nous sommes capables de faire des études de cas et, à partir de ces cas, de faire de la pédagogie. Les statistiques des marchés publics, en France, sont très incertaines. Nous connaissons les difficultés rencontrées par les personnes responsables du marché (PRM) et nous pouvons les faire remonter aux autorités compétentes pour améliorer la réglementation. Notre rôle est en quelque sorte de faire des examens cliniques des malades pour les soigner. Or, maintenant, avec ce nouveau seuil, nos investigations seront moins pertinentes »⁴⁴.

Par ailleurs, outre le changement de structures et le changement de seuils, l'évolution va dans le sens de l'assistance et du conseil.

« Nous sommes désormais dans une logique d'assistance et de conseil ». Tels ont été les propos introduisant la nouvelle Commission des marchés publics de l'État (la CMPE, instituée en novembre 2004), tenus par son président, en février 2005, sur le site internet Achatpublic.com⁴⁵. Celui-ci a tout particulièrement indiqué que « toutes les précautions avaient été prises pour que la dérive qui s'était produite et qui avait fait de la CSM un organe gendarmesque ne le soit plus ».

S'agissant des marchés de l'État, le terme « contrôle » disparaît du CMP et la CMPE est chargée désormais de fournir une assistance pour l'élaboration ou la passation des marchés passés par les ministres et les PRM. Certains ont pu relever que cette mission d'assistance de cette commission comportait quelque ambiguïté puisque sa compétence consultative n'est pas facultative⁴⁶. En effet, l'assistance est obligatoire au-dessus de 6 millions

44. Commentaires tirés de : Achatpublic.com/news/2005/02/5/AchatPublicBreveInvitéDuJeudi. 2005-02-28 3514.

45. Référence déjà donnée *supra*.

46. Cf. « Les contrôles relatifs aux contrats d'achat public » par Bernard Poujade, dans *Contrats et Marchés publics*, n° 5, mai 2005.

d'euros et le décret du 26 novembre 2004 prévoit que la CMPE formule des observations et des recommandations, mais également des réserves.

Cependant, si le soutien de la CMPE peut être apporté de façon vigilante et sentencieuse à des bénéficiaires qui ne demandent pas cet appui, il n'en reste pas moins que les textes marquent une nouvelle philosophie : moins de contrôle de l'État qui dorénavant apportera son aide paternelle et sévère à ses acheteurs publics, ceux-ci devant, en retour, œuvrer dans le sens de « l'efficacité et de la responsabilité », deux des mots phares de la réforme.

2.4. Et du côté des nouveaux contrats de partenariat ?

La volonté de faire prévaloir l'assistance, en lieu et place du contrôle, se retrouve dans les textes qui encadrent les contrats de partenariat, du moins les contrats conclus par l'État ou ses établissements publics.

En effet, l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat prévoit que la réalisation de projets de partenariat doit être subordonnée à une **évaluation** révélant la complexité ou le caractère d'urgence du projet et exposant les motifs d'ordre économique, financier, juridique et administratif qui justifient le recours à une procédure de passation d'un contrat de partenariat.

Cette évaluation doit être réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret. C'est sur cette base que le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 a créé « la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat » organisme expert rattaché au ministre chargé de l'Économie et des Finances, et chargé de procéder en liaison avec toute personne intéressée à l'évaluation des projets en question ⁴⁷.

En outre, cette mission fournit aux personnes publiques qui le demandent un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat. À ce titre, elle peut notamment rendre une expertise sur l'économie générale des projets de contrat, assister les personnes publiques dans le cadre de l'élaboration des projets et de la négociation des contrats, élaborer un rapport annuel ainsi que tout document utile organisant un retour d'expériences. Cet organisme est également chargé de donner un avis sur les projets de contrats complexes et ceux comportant un financement innovant dont le saisit le ministre chargé de l'économie et des finances.

Par conséquent, cette mission d'appui pourra jouer dans une certaine mesure un rôle d'audit des projets mais à la demande seulement.

47. Un organisme expert chargé de l'évaluation des partenariats de l'État au sein du ministère de la Défense a été institué par le décret n° 2004-1551 du 30 décembre 2004.

Du côté des collectivités territoriales, la consultation d'une mission d'appui sur l'évaluation des projets n'est pas obligatoire, ce qui inquiète certains sur la sécurité de la passation des contrats de partenariat.

En revanche, comme déjà indiqué, le contrôle de légalité s'applique à ces contrats ; compte tenu de la complexité probable des projets et de leur financement, cette intervention du représentant de l'État va exiger un renforcement sérieux de la formation des agents publics et une détermination stricte et claire du périmètre de leur contrôle dans un domaine où des interrogations émergent sur les éventuelles dérives financières.

3. LA VASTE ZONE À RISQUE DES MARCHÉS SITUÉS SOUS LES SEUILS DES PROCÉDURES FORMALISÉES

Comme l'a indiqué la circulaire du garde des Sceaux du 22 février 2005 relative au Code des marchés publics et au délit de favoritisme, le nouveau CMP (celui du 7 janvier 2004) révèle un véritable changement d'esprit du droit de la commande publique, qui se manifeste autour des principes directeurs suivants : la simplification administrative, la libéralisation de l'achat public et la progression de la liberté contractuelle, et enfin la responsabilisation de l'acheteur public.

Ces principes directeurs ont conduit entre autres les pouvoirs publics à relever de manière significative les seuils des procédures formalisées et à donner aux acheteurs une marge de liberté importante dans la passation des marchés d'un montant inférieur à ces seuils, sous réserve du respect des grands principes généraux gouvernant la commande publique.

3.1. Une procédure adaptée pour de petits et grands achats

Cette marge de liberté comporte en pratique plusieurs niveaux selon le degré de contrainte qui encadre d'une part la publicité, d'autre part la mise en concurrence et en fonction de ce qui est laissé à l'initiative de l'acheteur.

Le premier niveau est celui des marchés d'un montant de moins de 4 000 euros HT qui sont dispensés de publicité et de mise en concurrence.

Le deuxième niveau concerne la publicité au-dessus de 4 000 euros. Entre 4 000 euros et 90 000 euros, les modalités de la publicité sont déterminées librement en fonction du montant et de la nature des prestations en cause, tandis qu'à partir de 90 000 euros jusqu'aux seuils, la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le *Bulletin officiel des annonces de marchés publics*, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ; on rappellera le montant de ces

seuils : 5 900 000 euros HT pour les marchés de travaux ; pour les marchés de fournitures et de services, 150 000 euros quand il s'agit de l'État et 230 000 euros pour les collectivités territoriales⁴⁸.

Le troisième niveau correspond aux modalités de la mise en concurrence à partir de 4 000 euros. Ces modalités sont déterminées par l'acheteur en fonction de l'objet et des caractéristiques de chaque marché, jusqu'à un montant de 150 000 euros HT pour l'État et de 230 000 euros pour les collectivités territoriales quand il s'agit de fournitures et de services, et jusqu'à 230 000 euros HT pour les marchés de travaux.

Le quatrième niveau est celui des marchés de services de l'article 30, non soumis aux procédures formalisées, qui ont vu (depuis le décret du 24 août 2005) leurs modalités de passation définies librement en tenant compte des montants des caractéristiques du marché. Ce ne sont que pour des montants supérieurs à 230 000 euros HT que ces marchés sont soumis à certaines règles des procédures formalisées ; il s'agit essentiellement en l'espèce des conditions d'accès et de la présentation des candidats, de l'obligation d'information du rejet des candidatures, du contrôle de légalité et de l'obligation de publicité d'un avis d'attribution.

Les deuxième, troisième et quatrième niveaux correspondent à la « procédure adaptée » qui s'applique sans doute, en y ajoutant les « petits achats » inférieurs à 4 000 euros, à plus des trois quarts des marchés (du moins pour les collectivités territoriales). Si des obligations de publicité et de mise en concurrence s'imposent aux acheteurs par principe, les modalités sont en grande partie ou totalement laissées à leur appréciation : ainsi l'obligation de publication dans des journaux dont la nature est expressément donnée ne vaut que pour les marchés entre 90 000 euros et, selon l'acheteur ou la prestation, les seuils de 150 000, 230 000 ou 5 900 000 euros HT.

3.2. Quels sont les éléments qui viennent borner cette liberté accordée par la réglementation ?

L'exigence du respect des principes majeurs qui fondent l'achat public et leur rappel fréquent, notamment par le biais des circulaires ministérielles ou des jugements des tribunaux, sont susceptibles en principe de tempérer les ardeurs de ceux qui interpréteraient la procédure adaptée comme un « laissez faire, laissez passer ».

Plus concrètement, le fait que des entreprises qui s'estiment lésées puissent venir contester devant le juge administratif, avant la conclusion

48. Le décret n° 2005-1737 du 30 décembre 2005 tient compte (en arrondissant les montants) des nouveaux seuils européens applicables à compter du 1^{er} janvier 2006, soit dans l'ordre décroissant : 5 270 000 euros, 210 000 et 135 000 euros.

d'un contrat, les modalités de publicité et de mise en concurrence et en dénoncer les manquements, pourrait constituer un frein sérieux aux errements. Il est vrai d'ailleurs que les référés paraissent nombreux, les irrégularités relevées abondantes. Le constat que les décisions du juge administratif sont ardemment attendues, toujours commentées et souvent critiquées pour un manque de clarté ou de constance, ou pour un défaut de réalisme économique, révèle en définitive de la part des acheteurs une attention soutenue portée à la juridiction administrative dont le contrôle tire généralement son origine de la contestation d'entreprises non attributaires des marchés en cause.

En pratique, dans une certaine mesure, la crainte d'un recours et d'une sanction par le juge administratif peut influencer sur des acheteurs et les inciter à passer les marchés adaptés dans des conditions satisfaisantes. Encore faudrait-il que la passation du marché ait été connue et les résultats annoncés, de surcroît dans des délais appropriés à des recours rapides. Il est évident que ce n'est pas le cas pour une grande partie des marchés, notamment au-dessous de 90 000 euros.

Une autre borne est sans doute constituée par l'obligation de la publication annuelle des marchés conclus l'année précédente ; cette obligation s'étendra dès 2007 aux marchés de 4 000 euros et plus⁴⁹. Cependant il n'est pas certain que le bien-fondé de cette mesure de transparence aille de pair avec son efficacité compte tenu notamment des risques de dispersion de l'information.

Par ailleurs, un garde-fou sérieux pourrait être ce que certains appellent « l'omniprésence du risque pénal » ou « l'insécurité pénale de l'acheteur ». Cette insécurité résulterait de la confrontation des principes d'achat rigoureux et des obligations de moyen souples, sinon floues, et les acheteurs seraient tétanisés par l'expérience chez les uns et chez les autres, d'appréciations judiciaires sévères ou à géométrie variable.

Il existe chez certains, sans doute, une peur du gendarme qui vient brider les tentations. Cependant, il n'est pas apparu manifeste que depuis deux ans les bureaux des procureurs soient encombrés de saisines de l'article 40 ou de multiples dénonciations de pratiques délictueuses. La MIEM, quant à elle, n'est pratiquement plus sollicitée depuis deux ans quelle que soit la taille des marchés. Les contrôles externes sont, quant à eux, très relâchés. Ainsi s'agissant des collectivités territoriales, les marchés en question sont dispensés de transmission au préfet pour le contrôle de légalité. En outre, les services de l'État comme ceux de la concurrence n'interviennent

49. Voir la note 31.

plus dans ces domaines⁵⁰. Du côté des marchés de l'État, la situation est identique : absence de commissions spécialisées des marchés, absence de représentant de la concurrence, pas d'intervention de la MIEM, etc.

En définitive, les bornes sont petites et peu nombreuses, en dépit de ce que laisseraient supposer les cris de ceux qui dénoncent, à l'occasion de jugements, le risque pénal sous les seuils, l'encadrement de la liberté, la re-réglementation jurisprudentielle de la liberté des acheteurs.

3.3. La solitude des acheteurs publics

L'absence de contrôle est telle qu'en mars 2005 des agents de collectivités rapportaient leur sensation d'isolement dans la prise de décision : *« nous sommes seuls, personne ne nous renseigne, les services de l'État nous laissent nous débrouiller car ils ne se sentent pas concernés par ces procédures dont ils n'ont que peu à connaître et à contrôler »*⁵¹.

Cet isolement et la multitude des acheteurs, auxquels s'ajoute l'émiettement de leurs commandes, font que beaucoup sont livrés à eux-mêmes. Certains organismes et collectivités ont vu le danger de cet isolement et les risques de l'imprécision inhérente à « la libre détermination des procédures adaptées aux conditions du marché ». Ils se sont équipés de codes d'achat ou de guides de procédures internes pour formaliser leurs modalités de publicité et de mise en concurrence. Certains ont pris l'initiative d'une mutualisation de leurs achats ou des supports de publicité.

Sur ce point une enquête approfondie serait la bienvenue pour apprécier si les systèmes mis en place ne s'adaptent pas « naturellement » au milieu économique qui les environne, de dimension locale, départementale ou régionale en fonction de la taille de l'acheteur.

Cependant pour beaucoup d'autres, la question se pose de savoir quels sont réellement leurs comportements d'achat. Les modalités de publicité et de mise en concurrence varient d'une personne publique à l'autre, d'un achat à un autre. Le champ de la négociation et la marge d'adaptation de l'offre à la demande peuvent également varier selon l'acheteur ou/et l'entreprise. Les mises en concurrence « pro forma » peuvent être nombreuses ; les décisions peuvent être prises sur des motifs pas nécessairement objectifs et les arrangements peuvent être multiples.

Les fournisseurs eux-mêmes éprouvent des difficultés à se retrouver dans cette demande parcellisée aux comportements divers et aux méthodes

50. Ce qui n'exclue pas de leur part, le cas échéant, la détection d'indices ou des enquêtes dans le cadre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles des entreprises.

51. Site Achatpublic.com/2005/03/02, « Ne faudrait-il pas **adapter** la procédure adaptée aux petites communes » par C. Debieve.

variées ; la tentation peut être alors de tout entreprendre pour fidéliser les commanditaires.

Dans ces conditions, la pratique consistant à demander plusieurs devis, qui apparaît très largement utilisée pour assurer un minimum de concurrence et d'efficacité, à l'occasion des petites commandes, peut constituer la première manifestation d'une volonté d'acheter dans les règles, dans le sens d'une bonne gestion.

Certains trouvent bénéfique cette pratique du devis, justement parce que la mise en concurrence est un impératif pour les petits marchés qui pourraient être très rapidement réservés à des entreprises privilégiées.

« [...] localement, au plus près du terrain, la mise en concurrence pour les petits marchés est une exigence de démocratie locale et un moyen de lutte contre le clientélisme. L'exemple donné par le directeur des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances pour justifier ce texte ⁵² – “l'achat sporadique de gerbes de fleurs par une petite commune” – peut parfaitement être mis au service d'une conclusion inverse. Le fait que le maire mette, selon une procédure très souple, en concurrence, les deux ou trois fleuristes de la commune et des environs, en sollicitant simplement un devis, évitera qu'il ne se constitue un “fleuriste de la mairie”, toujours le même, qui sera évidemment choisi dans la clientèle du maire, c'est humain et qui s'y maintiendra pour ne pas perdre ces commandes, toutes sporadiques qu'elles soient. Et l'observation peut être prolongée pour tous les commerçants et artisans locaux » ⁵³.

Pourtant, comme la procédure de référé, cette pratique d'achat a trouvé ses détracteurs. « Pour se couvrir des organes de contrôle ou du juge pénal, [...] il s'agit d'une course effrénée aux trois devis fictifs ou réels pourvu qu'au moins trois papiers puissent être conservés au dossier » ⁵⁴. La pratique des devis ne répondrait donc qu'à des préoccupations bureaucratiques avec des effets pervers : « saupoudrage de petites commandes dans le seul but de préserver la filière aux devis. Ou exprimé différemment, promesse d'une prochaine commande en contrepartie d'un devis pour le devis. [...] Trois devis d'entente peut-être mais avec la vertu d'exister administrativement » ⁵⁵.

Ces opinions tranchées révèlent combien la situation est délicate, voire tendue, pour les achats situés sous les seuils des procédures formalisées et

52. C'est-à-dire pour justifier l'absence d'obligations de concurrence.

53. F. Rolin, professeur de droit public, « Curieuse mise en concurrence des règles du droit des marchés publics », dans *AJDA* du 17 janvier 2005.

54. « La cellulite administrative » par M. Berbari, avocat au barreau de Paris, *Contrats publics*, n° 41, février 2005.

55. *Idem*.

combien le comportement de l'acheteur peut être analysé positivement ou négativement : éviter le clientélisme, activer la concurrence locale ou au contraire saucissonnage de marchés, arrangement avec les professionnels.

Le communiqué du Conseil des ministres du 7 janvier 2004 avait pour maître mot la responsabilité de l'acheteur public et certains ont dit que le code 2004 constituait « *un pari sur l'intelligence et la responsabilité de l'acheteur* ». Compte tenu de ce qui précède, le SCPC considère qu'il s'agit également **d'un formidable défi qui a été engagé sur la probité et l'intégrité des acheteurs** ; cette intégrité des acheteurs étant censée se développer dans un contexte difficile de règles variables et parfois imprécises, d'allègement de la surveillance administrative⁵⁶ et de tension économique notamment sur le plan de l'emploi.

4. Y A-T-IL DES ÉLÉMENTS À RISQUES AU SEIN DES PROCÉDURES FORMALISÉES ?

4.1. Une appréciation plutôt positive

Par rapport aux prescriptions de la convention de Mérida

La question mérite d'être posée si on se réfère à l'article 9 de la convention de Mérida. Celui-ci prévoit, pour prévenir efficacement la corruption, la mise en place de systèmes de passation des marchés publics comportant des dispositions transparentes sur le plan de l'information et de la publicité, de l'organisation des procédures, des critères de sélection et d'attribution, de la vérification ultérieure des règles et des procédures. Un certain nombre de prescriptions sont faites du point (a) à (e) de la partie 1 de cet article 9.

Une lecture des procédures de publicité et de mise en concurrence, prévues par les textes de la commande publique, le CMP en particulier, faite en liaison avec les suggestions de l'article 9 de la convention aboutit à une conclusion globalement satisfaisante.

Ainsi les dispositions relatives à l'organisation de la publicité des projets de marchés et de procédures, aux délais suffisants pour l'établissement et la soumission des offres, ou au contenu des avis d'appel public à la concurrence et des règlements de consultation, correspondent aux points (a) et (b) de l'article 9. De même, les règles nationales sur la fixation des critères de choix des offres, le classement de celles-ci, l'organisation détaillée des procédures, quelles qu'elles soient, en matière de transparence et

56. « La surveillance se relâche », article d'Achatpublic.com du 4 novembre 2005 par G. Lauwereins-Tarins et S. Dyckman.

d'objectivité, paraissent se situer dans le droit fil du point (c) de l'article 9. Quant au point (d) de l'article 9, qui rappelle la nécessité de prévoir des systèmes de recours efficace, on ne reviendra pas sur la mise en place du dispositif mis en place en droit français pour obliger les acheteurs à rendre compte et notamment pour permettre aux personnes s'estimant lésées par le non respect des règles établies d'exercer leur droit d'appel.

Deux exemples, tirés d'aspects nouveaux (de 2004) de la commande publique, révèlent combien l'obligation d'être en harmonie avec les directives européennes conduit à des modes de passation en principe conformes à l'article 9 de la convention de Mérida.

Le cas de la procédure du dialogue compétitif

Le premier exemple concerne la procédure du dialogue compétitif qui traduit le souhait des pouvoirs publics de faire prévaloir des modes de négociation technique et financière aux dépens de règles formalistes et rigides. Beaucoup se sont demandés si l'introduction de la négociation n'était pas l'ouverture de la boîte de Pandore de la partialité, de la discrimination, de l'inégalité, et d'autres formes de subjectivité, sources d'irrégularités et de déviations diverses.

L'outil demande à être jugé à l'usage qui en serait fait mais à ce stade il apparaît que les autorités publiques ont créé un mode de passation très encadré, dans lequel toutes les étapes de la négociation, de la sélection et de la prise de décision sont prévues et formalisées pour garantir le respect des grands principes fondamentaux.

Le cas des contrats de partenariat

Le second exemple porte sur les contrats de partenariat dont la création répond à la préoccupation exprimée sans doute par des acheteurs publics et des entreprises et certainement par les pouvoirs publics, de disposer d'une nouvelle forme de contrats applicable à des opérations complexes et dynamiques, adaptée en termes d'exploitation, rémunération, prise de risque, et par laquelle l'entreprise se trouve associée à la gestion du service public.

Dès les premières rumeurs du projet de sa création, le contrat de partenariat a été réputé pour être la main mise de l'entreprise sur la gestion publique, le retour au METP (marché d'entreprise de travaux publics) avec tout le parfum de scandale et le relent d'opacité et de fonds détournés qui émanent de cette appellation.

L'aspect « moderniste » ou « libéral » de ce type de contrat qui devait être le résultat de la négociation pouvait laisser penser que le mode de passation serait un système ultra souple ou très allégé, voire laxiste, par rapport à des procédures administratives tatillonnes et rigides.

En fait, le dispositif prévu n'est pas en contradiction avec les prescriptions de l'article 9 de la convention de Mérida : il prévoit tant la publicité de l'information ou l'organisation des conditions de participation, de sélection, d'attribution, que la fixation des critères, etc., avec des procédures analogues à l'appel d'offres et au dialogue compétitif du CMP qui apparaissent plus strictes que celles prévues par exemple pour les DSP, en particulier les DSP de l'État.

La réglementation qui encadre le contrat de partenariat n'apparaît pas vraiment porteuse de risques plus élevés que d'autres réglementations de la commande publique. Cela signifie que l'armature procédurale a été constituée dans le droit fil des principes régissant la commande publique et qu'elle n'est pas en soi *corruptogène*. En revanche, bien entendu, cela ne signifie pas que les contrats de partenariat sont, ou seront, exempts de corruption et de montage frauduleux et comme cela a été souligné, « *ce type de marché, si un contrôle est en place, ne présente pas de menaces plus élevées que dans tout autre marché. Ce sont les hommes qui organisent les montages frauduleux, pas le support. Et si on désirait établir sa cartographie des risques, un point devrait être particulièrement surveillé, c'est celui des participants au financement* »⁵⁷. Certaines personnes, se référant à l'expérience du marché d'entreprise de travaux publics, se demandent si le contrat de partenariat ne risque pas, par sa nature même, de générer nécessairement des pratiques contestables sur le plan pénal. « *Probablement pas. Mais cela signale à tout le moins que de tels contrats globaux, parce qu'ils sont complexes, parce qu'ils sont conclus pour une longue durée et portent sur de nombreuses prestations, peuvent faciliter les arrangements douteux et méritent donc un contrôle attentif.* »⁵⁸

4.2. Les procédures comportent des « points faibles » susceptibles de constituer des « zones à risques » pour les pratiques corruptrices

Établir la liste exhaustive de situations à risques, plus ou moins importantes, découlant de la réglementation de la commande publique pourrait apparaître fastidieux. Aussi la démarche choisie est d'en présenter un nombre limité, mais de façon à ce qu'il soit compris que les risques peuvent être disséminés dans les procédures de manière souvent peu perceptible.

57. N. Pons, conseiller au SCPC, livre à paraître.

58. « Contrat de partenariat et délit favoritisme », dans *AJDA*, 2 mai 2005, par B. Noyer et F. Melleray.

Des exemples concernant la procédure négociée

Certains ont soutenu que l'une des différences les plus importantes entre l'ancien code (de 2001) et le nouveau code (de 2004) était le retour en force du marché négocié. Sans aller jusqu'à prétendre que le CMP de 2004 favorise la multiplication débridée des marchés négociés, sans conditions, ni limites, il est vrai que certains marchés, et donc certains acheteurs et entrepreneurs, se trouvent particulièrement privilégiés.

C'est le cas pour les projets de marchés de travaux compris entre 230 000 euros et 5 900 000 euros HT⁵⁹ qui peuvent être passés **au choix** de la PRM selon la procédure de l'appel d'offres, du dialogue compétitif ou de la procédure négociée.

L'acheteur public n'a pas besoin de justifier son choix pour des marchés dont le montant estimé peut atteindre des sommes considérables (jusqu'à 40 M de nos francs en 1999 !). Si l'appel d'offres et le dialogue compétitif sont soumis à des règles procédurales strictes, précises, pour ne pas dire d'après certains « formalistes » ou « tatillonnes », la procédure négociée ne demande qu'une publicité préalable – point positif – et une mise en concurrence que l'article 66 du CMP présente comme une négociation avec un minimum de trois candidats – point final –.

Certes, le projet de CMP 2006, version novembre 2005, ajoute, autre point positif, que l'égalité de traitement des candidats doit être respectée au cours de la négociation et que les informations qui leur sont données ne doivent pas en avantager certains. Il n'en demeure pas moins qu'une procédure, dont le corps des règles reste singulièrement peu étoffé et le niveau de transparence particulièrement abaissé, peut être utilisée dans un secteur de la commande publique (les travaux) important en nombre de contrats et sensible quant aux potentialités de déviances. L'ajout proposé pour le futur CMP 2006 visant à rappeler tout particulièrement les bonnes manières est révélateur de ce qui peut aisément se dérouler au cours de cette procédure négociée.

Par ailleurs, une comparaison avec ce qui est exigé de l'acheteur dans le dialogue compétitif est particulièrement éclairante. Il s'avère que le dialogue compétitif est autrement plus contraignant, phase après phase, que la procédure négociée qui bénéficie de surcroît pour les marchés en question d'un délai minimal de réception des candidatures.

Est également susceptible de constituer « une zone à risques » la possibilité pour la PRM (ou pour le « pouvoir adjudicateur » selon la formulation plus vague des projets de CMP 2006) de passer un marché négocié sans

59. Le décret n° 2005-1737 du 30 décembre 2005 prévoit, à compter de 2006, un montant situé entre 210 000 euros et 5 270 000 euros HT.

publicité et sans mise en concurrence avec le titulaire initial d'un marché pour des prestations complémentaires jugées nécessaires, représentant jusqu'à 50 % du marché initial.

Cette procédure que l'on peut qualifier de dérogatoire est soumise à des conditions d'utilisation particulières : ainsi les contraintes techniques excessives posées par un changement de fournisseur, ou des circonstances imprévues et l'inconvénient économique de passer à un autre prestataire. Cependant, les justifications de recours à ce marché complémentaire peuvent être dans certains cas difficilement vérifiables, justement parce que la technicité est mise en avant, et il s'agit en pratique d'un quasi-marché de gré à gré qui peut être entrepris sans avenant et sans avis préalable de la CAO.

L'ouverture des plis relatifs aux candidatures

La collégialité dans l'analyse des dossiers et la prise de décisions est garante dans une large mesure d'un traitement objectif des dossiers ; elle contribue en tout cas à assurer une certaine transparence dans les procédures. C'est pourquoi l'ouverture des enveloppes relatives aux candidatures et l'enregistrement du contenu par la seule PRM, tels que prévus pour les appels d'offres (article 58, 61) constitue un risque si rien n'est entrepris au niveau de chaque organisme acheteur pour encadrer la marge de manœuvre susceptible d'être laissée à une unique personne.

Il est vrai qu'au demeurant dans les projets de code 2006 la notion de PRM disparaît : il n'est plus précisé par qui sera assurée l'ouverture des plis relatifs aux candidatures, alors que cette tâche devrait logiquement revenir à la CAO, de la même façon que, comme cela a été et est toujours impérativement prévu, celle-ci assure l'ouverture des enveloppes contenant les offres et en enregistre le contenu.

L'utilisation du critère social dans les procédures d'achat et l'attribution du marché au « mieux disant »

La prise en compte des aspects sociaux dans le cadre des marchés publics et de leur procédure de passation ne date pas des années 2004-2005. En effet, le CMP de 2001 avait déjà trouvé un moyen d'encourager la poursuite d'objectifs sociaux dans les conditions d'exécution du marché (article 14) pour autant que leur mise en œuvre se fasse dans le respect des principes, en particulier qu'elles n'aient pas d'incidences discriminatoires à l'égard des soumissionnaires. Par exemple, l'acheteur public peut imposer à son cocontractant une obligation d'embaucher un certain pourcentage de chômeurs de longue durée, lors de l'exécution du contrat. Dans ce cas, cette considération d'ordre social est une condition préalable à la participation à la consultation des différents soumissionnaires. Le non-respect de cette

condition d'exécution rend l'offre non conforme et oblige l'acheteur public à la rejeter.

Trois réformes de 2004 et 2005 ont développé la prise en compte de la dimension sociale dans la commande publique.

Ainsi le décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 est venu ajouter, parmi diverses dispositions, un nouvel article 54 IV au CMP, qui prévoit que certains marchés (ou lots) peuvent être réservés à des ateliers protégés ou à des centres d'aide pour le travail (les CAT). Par ailleurs, la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 a fait de l'obligation de respecter les règlements sur l'emploi des travailleurs handicapés une condition d'accès à la commande publique (nouvel article 44-1 du CMP de 2004).

Entre ces deux ajouts, la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale a complété l'article 53 sur les critères de choix des offres en ajoutant un critère de performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté.

C'est ce complément au CMP qui apparaît assez « interpellant » compte tenu des risques qu'il recouvre.

Il serait politiquement correct de louer une mesure destinée à lutter contre le chômage. Il serait également logique, sur un plan plus juridique, d'apprécier l'introduction expresse d'un critère, qui permettra à l'avenir de ne pas annuler « pour illégalité », des marchés attribués sur ce critère. Il pouvait en effet y avoir des oppositions de principe quant à la prise en compte des considérations sociales dans les critères de choix.

D'un autre côté, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse était à l'origine (à l'occasion de la réforme de 2001) une notion perçue dans un sens lié à l'acheteur qui, par son achat, recherche un avantage économique pour lui. On peut se demander si cette notion doit désormais tenir compte ou être le résultat d'objectifs de diverses politiques, d'ordre environnemental, économique, commerce équitable et en dernier lieu social, poursuivies sur un plan plus général par les pouvoirs publics.

Déjà en 1996, le commissaire du gouvernement, M. S. Fratacci, émettait des réserves en écrivant que « *faire de la politique de l'emploi un critère de sélection des offres revient à nier le caractère purement instrumental assigné au choix des offres par l'article 1^{er} du CMP*⁶⁰ [...] il y a là un mélange des genres qui n'est pas loin de l'erreur de droit [...] ».

La question mérite d'être posée car l'introduction formelle de considérations sociales risque de venir « brouiller les cartes » dans le monde déjà complexe de la commande publique, c'est-à-dire bouleverser la détermination

60. Conclusions du Conseil d'État du 10 mai 1996, FNTF et FNB – MTP, 31 mai 1995, p. 55.

du besoin, compliquer la passation des marchés, obscurcir le jugement des offres, fragiliser des procédures. Or, tout processus venant compliquer les projets de marché et les procédures est source potentielle d'erreurs et de dérives.

Certes, cette appréciation peut apparaître réactionnaire par rapport à la directive « marchés publics » du 31 mars 2004. Celle-ci précise explicitement, dans son premier considérant qu'elle « *est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux visés au considérant 2* ». Dès lors que les critères d'attribution permettent de comparer les offres et de les évaluer de manière objective, « *un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins – définis dans les spécifications du marché – propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché* » (considérant 46 de la directive n° 2004/18/CE).

Au-delà de « *cette formulation quelque peu sibylline* »⁶¹, les considérations d'ordre social, pour être admises, doivent répondre aux besoins de l'acheteur, être justifiées par l'objet du contrat, éviter l'arbitraire. En pratique, la condition d'admission de ce critère devrait se trouver difficilement remplie puisque les critères de choix ont cette fonction purement instrumentale et objective de permettre de désigner l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans ces conditions, on comprend la prudence de certaines collectivités ou de certains analystes quant à l'utilisation de ce critère.

De nouvelles zones à risques avec le projet de CMP 2006

Les projets du futur CMP 2006 comportent également de nouveaux éléments qui soulèvent des interrogations quant à l'utilisation peu ou non contrôlée qui peut en être faite.

Ainsi, la panoplie des marchés négociés sans publicité et sans mise en concurrence s'enrichit de nouvelles catégories de marchés : parmi les nouveautés, figurent les marchés qui après appel d'offres n'ont fait l'objet d'aucune

61. « La place du mieux disant social dans le CMP », par M. Heintz, *La Gazette des communes*, 25 avril 2005.

offre ou d'aucune offre correspondant à l'objet du marché ou pour lesquels aucune candidature n'a été déposée, les conditions du marché ne devant pas alors être substantiellement modifiées.

S'agissant du cas particulier des marchés qui n'ont donné lieu à aucune offre ou dépôt de candidature, l'absence de soumission exigerait que l'acheteur entreprenne alors de susciter des offres et on ne voit pas pourquoi la mise en concurrence serait exclue dans ce cas-là. Elle devrait rester le principe, ne serait-ce que parce qu'il ne convient pas que le dispositif envisagé encourage ou facilite les montages délictueux : par exemple, un boycott d'un appel d'offres par des entreprises en entente de façon à orienter l'acheteur pressé vers l'entreprise choisie par les membres de l'entente ; ou un appel d'offres n'ayant suscité aucune offre compte tenu du caractère volontairement dissuasif de ses caractéristiques afin qu'ensuite l'acheteur puisse favoriser l'entreprise à laquelle il entendait attribuer le marché.

Par conséquent, ces marchés, dont une première procédure d'appel d'offres n'a débouché sur aucune offre ou candidature, devraient certes donner lieu à une procédure négociée sans la fixation de modalités formelles de publicité préalable, mais il serait opportun que la négociation soit subordonnée à la preuve que l'acheteur s'est employé à susciter une nouvelle et réelle mise en concurrence tenant compte des caractéristiques et des circonstances de l'achat, du nombre et de la localisation des fournisseurs susceptibles d'y répondre.

Par ailleurs, il existe également une disposition qui donne la possibilité aux acheteurs publics de décider de passer un marché soumis à une procédure adaptée « *sans publicité, voire sans mise en concurrence préalable si les circonstances le justifient* ». Une telle dérogation risque d'être source d'interprétations contradictoires, de dérives et d'abus.

En outre, des risques d'appréciations particulières et de dérives sont liés à la possibilité donnée aux acheteurs d'appliquer la procédure adaptée pour des lots, quels que soient leurs montants, déclarés infructueux ou sans suite au terme d'une première procédure.

Toutes ces dispositions veulent sans doute répondre à des problèmes d'ordre pratique ou juridique rencontrés dans certaines circonstances, mais il serait opportun de les encadrer davantage dans le CMP – comme l'est par exemple le cas de l'urgence impérieuse – et donner lieu à plus d'informations dans les mentions à indiquer dans le cadre de l'application de l'article 137 sur les marchés conclus l'année précédente.

*

* *

La densité et la richesse de la réglementation de la commande publique font que le présent rapport doit se limiter à ne mettre en exergue que certains « traits phares » pour apprécier si l'évolution de cette réglementation s'inscrit dans le droit fil de l'article 9 de la convention de Mérida.

Ceux qui ont été choisis parmi les plus caractéristiques sont suffisants pour montrer que le système français de passation des marchés publics (terme à prendre au sens large), présente un double aspect au regard de la prévention : l'un correspond à ce qui est recherché par les signataires de la convention tandis que l'autre présente des éléments de fragilité qui constituent autant de zones à risques. Il est hélas encore trop tôt pour juger, en pratique, vers où penchera la balance, en raison de la modification constante des textes et des phases successives d'adaptation auxquelles sont contraints les acheteurs, les entreprises, les juges, les contrôleurs, etc., et les fraudeurs qui sont sans doute les plus agiles.

Certains peuvent penser que la question traitée est en définitive un faux problème. En effet, comme des interlocuteurs du SCPC l'affirment, la réglementation de la commande publique en général et le CMP en particulier n'ont pas pour objectif premier d'empêcher les fraudes ou la corruption. Certains rappellent que les règles procédurales conduisent seulement corrupteurs et corrompus (termes pris au sens large) à agir avec plus d'habileté et que quelques affaires témoignent de pratiques frauduleuses survenues à travers des procédures régulières d'attribution de marchés. D'autres – ou les mêmes – soulignent que les contrôles externes n'ont pas toujours permis de détecter des comportements fautifs ou de garantir des mises en concurrence efficaces, l'égalité de traitement des candidats, des procédures régulières. D'aucuns tiennent pour acquis qu'il y a autant, sinon davantage, de probité dans les commandes passées sous les seuils dans un cadre de liberté plus large qu'il y a de fraudes dans l'espace plus encadré des procédures formalisées.

Sans entrer dans un débat « du verre qu'on peut voir soit à moitié vide, soit à moitié plein », le SCPC considère que la réglementation sur la passation des contrats de la commande publique et ainsi que les divers contrôles, à condition qu'on leur donne les moyens, contribuent à la lutte contre la corruption et que la preuve de leur efficacité en a souvent été apportée. Cependant, le système ne suffit pas en soi et ne constitue qu'un moyen qu'il convient de compléter par d'autres dispositifs.

L'article 9 de la convention de Mérida donne des pistes sérieuses d'orientation au point (e) de sa partie 1 en préconisant des mesures touchant les personnels, telles que la formation, des procédures de sélection, voire une déclaration d'intérêts pour certains marchés. En outre, dans la partie 2 de l'article 9 qui est consacrée de façon plus large à la gestion des finances publiques, la convention de Mérida suggère l'adoption de systèmes

efficaces de gestion des risques et de contrôle interne ; de tels systèmes peuvent contribuer au processus de lutte anticorruption dans la commande publique.

Il va de soi qu'en matière de commande publique, cette lutte doit également se situer au niveau de l'organisation interne des structures, dans la gestion des processus de commande et de décision et dans la gestion des postes exposés. Cette démarche doit elle-même s'intégrer dans un dispositif plus large d'autocontrôle ou de contrôle interne ; ce contrôle devrait concerner tous les adjudicateurs publics et l'examen de sa mise en œuvre devrait être assuré par les corps d'inspection, les contrôles généraux, les chambres régionales de comptes, autant d'organismes dont le rôle est amené à s'accroître compte tenu de la nouvelle donne.

À ce stade, préalablement à l'élaboration d'un code général de la commande publique qui viendra peut-être un jour remédier à ses aspects disparates, dispersés, complexes, ou hétérogènes, etc., certaines mesures pourraient être prises dans le CMP pour améliorer le système de passation des marchés publics dans le sens d'une meilleure efficacité de la lutte contre la corruption, comme entendu par la convention de Mérida.

- Le SCPC recommande de mieux encadrer le dispositif des interdictions de soumissionner, que l'on trouve dans les divers textes de la commande publique en déterminant clairement la nature des personnes visées et en prévoyant un système de vérification de la déclaration sur l'honneur du candidat retenu par la production du bulletin n° 2 du casier judiciaire ou d'un certificat de l'administration sur l'absence de condamnation pour délit tenant à la corruption, blanchiment et autres fraudes.
- Le SCPC recommande également d'améliorer le système dit « de la liste des marchés conclus l'année précédente » prévu par l'article 138 du CMP (article 137 de la version de novembre 2005 du projet de CMP 2006) dans le sens d'une transparence encore plus grande. Ce système devrait prévoir que les listes donnent des indications plus précises sur les marchés et ce, de surcroît, selon une présentation plus homogène.

Ainsi, il serait opportun de faire apparaître les procédures utilisées et donc les articles s'y rapportant, par exemple l'article 35-1 5°⁶² pour les marchés de travaux ou l'article 35-II 3° dans le cas d'une absence de publicité et de mise en concurrence après un appel d'offres infructueux. De même l'utilisation de certaines dérogations devrait être mentionnée comme l'utilisation de la procédure adaptée pour des lots déclarés infructueux (article 27-II avant-dernier paragraphe) ou encore, l'absence de publicité ou de mise

62. Il s'agit pour tous les articles cités de références à la version de novembre 2005.

en concurrence « *lorsque les circonstances le justifient* » dans le cas de marchés soumis en principe à la procédure adaptée (article 28-II dernier paragraphe).

- Le SCPC suggère également que les acheteurs publics soient incités à rassembler leurs listes de l'article 137 sur des sites internet déterminés, qui pourraient être un site internet départemental unique pour les collectivités territoriales, les établissements publics locaux et les services départementaux de l'État et sur un site interministériel central pour les marchés de l'État.
- En outre, le SCPC recommande que de simples indications fournies dans le manuel d'application fassent l'objet de dispositions réglementaires claires : il s'agit des indications concernant la procédure adaptée et relatives à la capacité de prouver que l'acheteur a pris toute mesure pour susciter une mise en concurrence ou que l'achat a été réalisé dans des conditions satisfaisantes. Ainsi le code devrait explicitement prévoir que l'acheteur conserve la traçabilité de l'action engagée et l'historique des différentes étapes pour aboutir au choix du prestataire, en vue de produire le cas échéant les justificatifs correspondants.
- Enfin, le SCPC suggère également que les acheteurs publics soient incités par les pouvoirs publics à se regrouper, soit dans un cadre administratif (région ou département), soit dans un cadre associatif pour les achats en procédure adaptée afin de diffuser une publicité dématérialisée concentrée sur de grands actes mutualisés. Sur ce point, les suggestions de certains spécialistes⁶³ ou les solutions proposées par certaines associations⁶⁴ méritent une attention particulière, dans le but d'éviter l'absence de publicité ou l'extrême atomisation des supports de publicité, et de renforcer la sécurité juridique.

63. Cf. les réflexions de O. Frot, consultant et formateur en achat public, sur le site Achatpublic.com, Brèves et invité du jeudi 3 novembre 2005.

64. Ainsi l'APASP, Association pour l'achat dans les services publics, propose à ses adhérents, depuis l'arrêt *Louvre bis* du Conseil d'État, un système d'informations des entreprises en deux temps pour les marchés sous les seuils de ses adhérents.

CHAPITRE II

**Le conflit d'intérêts
dans le domaine privé**

Dans son rapport 2004, le service central de prévention de la corruption avait traité du conflit d'intérêts dans le domaine public ¹.

Évoquée dans une recommandation du Conseil de l'Europe ² et par le Comité de la gouvernance publique de l'OCDE ³, la définition du conflit d'intérêts ne concerne que les agents publics. Or la notion de conflit d'intérêts ne se limite pas à ce secteur. Son application peut être étendue au secteur privé. Dans ce cas, on considère que : « *un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle une personne employée par un organisme public ou privé possède, à titre personnel, 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* ».

Le SCPC s'est intéressé au conflit d'intérêts, car il existe un lien entre celui-ci et la corruption, même s'il ne semble pas évident. Il ne faut pas oublier que dans le domaine privé, la personne occupe des fonctions qui ont des répercussions sur l'activité et la survie de l'entreprise ou de l'association à laquelle elle appartient. De plus, l'évolution de la législation en matière de corruption démontre une prise en compte de la corruption privée (par la création dans le Code pénal des articles 445-1 à 445-3 – cf. fiche pratique dans ce rapport).

Il apparaît que dans le domaine privé, les risques de situations de conflit d'intérêts sont nombreux en ce qui concerne le dirigeant de société ou d'association mais également en ce qui concerne certains professionnels du chiffre en relation étroite avec les entreprises.

1. Rapport 2004 du SCPC, p. 25 et suivantes.

2. Recommandation n° R (2000) 10 du Comité des ministres du 11 mai 2000.

3. 29^e session du Comité de la gouvernance publique, Paris, 15-16 avril 2004.

I. – LE CONFLIT D'INTÉRÊTS DU OU DES DIRIGEANTS (SOCIÉTÉ, ASSOCIATION...)

Le conflit d'intérêts est une situation de fait. Tout dirigeant d'une entité (société ou association), dans le cadre de ses pouvoirs est amené à prendre une décision, dans une situation où cohabitent un intérêt général et un intérêt privé. Cette réalité est d'autant plus prégnante que la personne en question cumule des fonctions très diverses. La notion de « cumul des fonctions » est un critère important de risque de conflits d'intérêts. Si dans le domaine public, cette notion est prise en compte de façon plus ou moins homogène, il faut admettre que dans le domaine privé, il en va différemment en raison du type d'entité concernée.

1. UNE RÉALITÉ TRÈS PRÉSENTE MAIS PRISE EN COMPTE DE MANIÈRE PLUS OU MOINS EFFECTIVE

Tout d'abord, il est utile de préciser que le terme de dirigeant doit être entendu dans son acception la plus large. Il peut s'agir du dirigeant d'une société, mais également du président d'une association. Il est alors nécessaire de rappeler les textes qui prennent en compte la notion de conflit d'intérêts et comment ces derniers régissent le domaine de la prévention.

1.1. Ce que prévoient les textes pour les associations ou organisations non gouvernementales (ONG)

Le Service central de prévention de la corruption avait, dans son rapport 2002, abordé le problème des dérives dans le monde associatif. Le développement qui suit vient compléter cette analyse en abordant le problème du conflit d'intérêts dans ce domaine.

En ce qui concerne les associations, les statuts sont là pour mettre en place les différentes obligations. Cependant, il existe des cas précis où en dehors des statuts, des règles sont applicables afin de prévenir les risques de conflits d'intérêts. Ainsi, comme dans le cas des sociétés, ces règles concernent aussi bien les incompatibilités, les cumuls de fonctions que les conventions réglementées.

Les incompatibilités

L'exercice de certaines activités est incompatible avec la gestion ou la représentation d'une association. Ne peuvent, notamment être dirigeant d'association :

- les commissaires aux comptes ;
- les militaires, s'agissant d'associations ayant une activité politique ou syndicale ;
- les parlementaires ⁴ ;
- les membres de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires ⁵.

Ces incompatibilités concernent également :

- les fonctionnaires en activité lorsque leur présence ès qualités pourrait faire craindre une violation des principes de neutralité et d'égalité des individus devant les services publics (à titre d'exemple, agents de l'Office national de la chasse et de la faune sauvage pour les associations de chasse, agents du ministère de la Culture pour les associations partenaires de ce ministère) ;
- tous les fonctionnaires ou agents non titulaires de l'Agence du médicament, de l'Agence française du sang, de l'Agence nationale du médicament vétérinaire.

Le cumul

En principe, une même personne physique ou morale peut cumuler plusieurs fonctions de direction dans une même association ou dans plusieurs groupements. Cependant, par dérogation, certains statuts types interdisent ou limitent ces cumuls. Ce peut-être le cas des présidents :

- des associations agréées de pêche et de pisciculture ;
- des fédérations départementales pour la pêche et la protection du milieu aquatique ;
- des associations départementales agréées de pêcheurs amateurs aux engins et aux filets sur les eaux du domaine public.

4. S'agissant des associations dont l'activité principale est l'exécution de travaux, la prestation de services ou de fournitures pour le compte ou sous le contrôle de l'État, d'une collectivité ou d'un établissement public ou d'une entreprise nationale ou d'un État étranger.

5. Pour toute responsabilité associative donnant à son titulaire un intérêt direct ou indirect à l'activité des aéroports.

Les conventions entre l'association et ses dirigeants ⁶

Elles sont prévues et sont au nombre de trois :

- 1 – les conventions interdites ; certaines dispositions réglementaires spéciales prohibent diverses conventions. Par exemple, « *les associations agréées de pêche et de pisciculture et les associations départementales agréées des pêcheurs amateurs aux engins et aux filets sur les eaux du domaine public ne peuvent pas effectuer d'actes de commerce avec les membres de leur bureau et la famille de ceux-ci* » ;
- 2 – les conventions libres : ce sont les conventions courantes conclues à des conditions normales qui, en raison de leur objet ou de leurs implications financières ne sont significatives pour aucune des parties ⁷ ;
- 3 – par « *conventions courantes* » il faut entendre celles qui sont effectuées par une association dans le cadre de son activité habituelle et, s'agissant d'actes de disposition, arrêtées à des conditions suffisamment usuelles pour s'apparenter à des opérations habituelles ⁸.

Les conditions peuvent être considérées comme normales lorsqu'elles sont habituellement pratiquées par l'association dans ses rapports avec les tiers, de telle sorte que le dirigeant intéressé ne retire pas de l'opération un avantage qu'il n'aurait pas eu s'il avait été un partenaire quelconque de l'association. Il faut aussi tenir compte des conditions en usage pour des conventions semblables dans d'autres associations ayant la même activité ⁹.

Sont également libres, en principe, les conventions qui sont hors du champ de la réglementation (*cf. infra*).

Par exception sont réglementées ¹⁰, celles intervenant entre une association habilitée à collecter la participation des employeurs à l'effort de construction et l'un de ses administrateurs. Les conventions réglementées concernent (*cf.* Code du commerce, articles L. 612-4 et L. 612-5) les associations qui :

- quelle que soit leur activité, reçoivent annuellement de l'État ou de ses établissements publics ou des collectivités locales une ou plusieurs subventions dont le montant global excède 150 000 euros ;
- ou se livrent à une activité économique.

6. *Cf.* également le domaine des conventions dans le cadre de la société anonyme ci-après.

7. Code de commerce, article L. 612-5, al. 6, introduit par la loi 2003-706 du 1^{er} août 2003.

8. Cass. Com., 1^{er} octobre 1996 : RJDA 1/97 n° 65, solution retenue en matière de société et transposable aux associations.

9. Rép. Lebas : AN 3-4-1969, p. 870, transposable aux associations.

10. CCH articles L. 423-10 et L. 423-11.

Sont visées toutes les conventions qui, sans être courantes et conclues à des conditions normales, sont passées directement entre une association susmentionnée « *et l'un de ses administrateurs ou l'une des personnes assurant un rôle de mandataire social* » c'est-à-dire l'un de ses dirigeants.

Lorsqu'une association souhaite conclure une convention avec son propre représentant, ce dernier ne peut ¹¹ :

- ni représenter le groupement (contrat avec lui-même) ;
- ni déléguer à une personne de son choix le pouvoir de représenter l'association pour la conclusion de cette convention. Le groupement doit donc se faire représenter par un mandataire *ad hoc* désigné, selon les modalités prévues par les statuts.

Sont également concernées les conventions conclues par personne interposée, entre une association visée et l'un de ses dirigeants. Ce dernier s'avérant le bénéficiaire réel alors qu'elles ont été apparemment passées avec un tiers.

Sont enfin soumises à réglementation les conventions entre une association visée et une société, dont un associé indéfiniment responsable (associé dans une SNC, SC, commandite simple ou par action) un gérant, un administrateur, le directeur général ou directeur général délégué, un membre du directoire ou du conseil de surveillance, un actionnaire disposant d'une fraction de droits de vote supérieure à 10 % s'il est aussi dirigeant de l'association.

Dans l'hypothèse particulière d'associations ayant une activité économique et de sociétés, la convention demeure soumise à la réglementation propre aux associations ainsi qu'à celle spécifique aux sociétés (*cf. infra*).

1.2. Le Code de commerce et le droit des sociétés

Le Code de commerce rassemble les textes pouvant intéresser le domaine des conflits d'intérêts. Les articles traitant des questions de gérance, de rémunération et de conventions réglementées s'avèrent plus ou moins précis selon le type de société concernée.

Pour les sociétés de personnes, société en nom collectif ou en commandite simple

La loi du 24 juillet 1966 a laissé aux associés une certaine souplesse dans l'organisation que l'on ne retrouve ni dans la SARL ni dans la SA.

11. CA Versailles, 28 septembre 1989 : Bull. Joly, 1989, p. 992, paragraphe 340, note Jeantin.

S'agissant de la gérance, la loi accorde une grande liberté aux associés pour la désignation du ou des gérants. Si les statuts sont muets sur ce point, tous les associés sont considérés comme gérants et chacun d'entre eux peut accomplir séparément tout acte de gestion dans l'intérêt de la société. Ils ont tous la qualité de commerçant. Mais les statuts prévoient la possibilité de choisir entre un gérant associé ou non associé. Dans le cadre de la société en nom collectif, le gérant non associé peut être lié à la société par un contrat de travail.

Pour ce qui est de la société en commandite simple, la particularité résulte du fait que les associés (au minimum deux) sont commandités (responsables indéfiniment) et commanditaires (responsables à concurrence de leurs apports). Les règles de gérance sont les mêmes que pour la société en nom collectif. Cependant, celle-ci ne peut jamais être confiée à un commanditaire car il ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration.

En ce qui concerne la rémunération, les associés étant tous commerçants aucune mention de la rémunération du dirigeant n'est prévue.

Le cas de la société à responsabilité limitée (SARL)

Elle est constituée entre des associés qui n'ont pas la qualité de commerçant. C'est le type de société le plus répandu en France et les articles du Code de commerce qui lui sont dédiés sont un peu plus précis que pour les sociétés évoquées précédemment.

S'agissant de la gérance, la loi du 24 juillet 1966 précise les obligations des gérants en calquant leurs responsabilités sur celles des dirigeants de sociétés anonymes.

Le nombre des gérants est librement fixé par les statuts. Ils sont choisis parmi les associés ou en dehors d'eux. Ce sont obligatoirement des personnes physiques qui n'ont pas la qualité de commerçant et ne doivent pas être frappées d'incapacité ou de déchéance ¹².

Il y a possibilité de cumul avec un contrat de travail. À la différence de la stricte réglementation concernant les contrats de travail des administrateurs de société anonyme, aucun texte n'interdit à un gérant de SARL de devenir salarié de la société, ni *a fortiori* à un salarié d'accéder à la gérance. Cependant, la jurisprudence n'admet ce cumul que sous certaines conditions :

- le contrat de travail du gérant doit correspondre à un emploi effectif et ne pas avoir été conclu pour tourner les règles relatives à la révocation ;

12. Précision : si la SARL a pour objet l'exercice d'une profession réglementée, les gérants doivent personnellement remplir certaines conditions. C'est le cas, par exemple, d'une société qui exploite un cabinet d'experts-comptables, les gérants doivent être experts-comptables.

- la gérance (direction générale de la société) doit être nettement distincte des fonctions techniques qui résultent du contrat de travail. Cette dualité est quelquefois plus facilement admise si le gérant salarié bénéficie de deux rémunérations séparées ;
- l'intéressé doit être placé dans un état de subordination à l'égard de la société. C'est pourquoi le cumul n'est pas permis pour le gérant associé majoritaire. Mais le seul critère du nombre de parts sociales détenu est insuffisant. L'état de subordination s'apprécie en fonction de l'ensemble des circonstances propres à chaque espèce ;
- enfin, si le contrat de travail est consenti pendant la gérance de l'intéressé, il est soumis à la procédure de contrôle des conventions visées à l'article L. 223-19 du Code de commerce (*cf. infra*).

Dans l'hypothèse où les conditions de cumul ne seraient pas remplies, par exemple lorsqu'un salarié devient gérant et n'est plus placé dans une situation de subordination, son contrat de travail est automatiquement suspendu, sauf disposition contraire. Il reprendra cependant son cours à la cessation du mandat social.

En ce qui concerne la rémunération, le gérant, organe de la société, n'est pas habituellement lié à la société par un contrat de travail. Dans le silence des textes, les statuts ou mieux une décision collective des associés déterminent le montant de la rémunération qui comprend généralement un fixe et une part proportionnelle au chiffre d'affaires.

Lorsque le gérant est associé, la question se pose de savoir s'il peut prendre part au vote sur la fixation de sa rémunération. Deux thèses s'opposent : si l'on considère que la rémunération a un caractère conventionnel, en application de l'article L. 223-19 du Code de commerce, le gérant est exclu du vote. En revanche, si l'on admet qu'elle a un caractère institutionnel, en raison de la nature de ses fonctions, aucun texte ne peut lui interdire de participer au vote.

Pour les conventions réglementées, la SARL est concernée et se voit appliquer à peu près les mêmes règles que celles des associations.

Le principe du contrôle des conventions passées entre la société et l'un de ses gérants ou associés est le suivant : la loi de 1966, dans ses articles 50 et suivants, devenus l'article L. 233-19 du Code de commerce, a étendu aux SARL la réglementation prévue pour les SA lorsqu'une convention intervient entre la société et l'un de ses dirigeants (anciens articles L. 101 s., L. 143 s. de la loi, devenus L. 225-38 s., L. 225-86 s. du Code de commerce). Ces conventions peuvent en effet être très désavantageuses pour la personne morale.

L'article L. 223-19 du Code de commerce s'applique aux conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés, même minoritaires. Il joue également pour les

conventions passées avec une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou du conseil de surveillance, est simultanément gérant ou associé de la SARL (alinéa 5).

Les dispositions de l'article L. 223-19 du Code de commerce ne sont cependant pas applicables aux conventions portant sur des *opérations courantes et conclues à des conditions normales* (cf. *supra*) (article L. 223-20 du Code de commerce). L'exception rejoint logiquement celle qui existe en matière de SA.

Bien sûr, échappent au contrôle, parce qu'elles sont interdites en raison de leur danger pour la société, certaines conventions énumérées par l'article L. 223-21. *À peine de nullité du contrat, les gérants ou associés, sauf s'il s'agit de personnes morales, ainsi que leurs conjoints, ascendants et descendants ne peuvent pas directement ou par personne interposée, contracter des emprunts auprès de la société, se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ni faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.* L'interdiction s'applique également aux représentants légaux des personnes morales associées (article L. 223-21, alinéa 1 du Code de commerce). Toutefois, si la société exploite un établissement financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales (article L. 223-21, alinéa 2 du Code de commerce).

1.3. Quelques exemples de situations de conflits d'intérêts

En dépit des dispositions légales qui viennent d'être énoncées, certains dirigeants d'associations, de sociétés (ou cumulant les deux fonctions) mettent en place des montages leur permettant de favoriser leurs intérêts personnels au détriment de l'intérêt de l'entité dont ils ont la direction. Les dérives apparaissent le plus souvent en l'absence de réglementation stricte (sur les cumuls, la rémunération, etc.) ou en cas de carence du contrôle interne.

Ainsi dans le domaine **associatif**, il existe des types d'organisation (des structures holding, des filiales, des sous-filiales et des sociétés liées) sensiblement identiques à ceux utilisés pour les sociétés commerciales.

Les montages réalisés sur ce modèle peuvent être conçus dans le seul but de favoriser le ou les dirigeants. Souvent le *modus operandi* est le suivant :

- afin de ne pas se voir soumis à l'obligation de contrôle des conventions réglementées (cf. *supra*) le dirigeant de l'association crée ou suscite la création d'une structure (société) dirigée par des proches (ou homme de paille) à qui il offre la réalisation d'une prestation, dont la nature

importe peu, l'essentiel étant qu'elle présente un potentiel certain de gains ou de chiffre d'affaires ;

- le chiffre d'affaires est surfacturé de diverses manières ;
- le bénéficiaire en profite à titre personnel.

Exemple :

Une société qui travaillait dans un secteur particulier (métallurgie) avait comme critère distinctif d'avoir son P.-D.G. lié à un président d'association célèbre. Cette société avait créé un secteur « commande de papier ». Elle était devenue le fournisseur exclusif de l'association, grande consommatrice, qui en faisait un usage immodéré.

L'entreprise commandait le papier et le facturait à l'association. Elle avait donc une activité d'intermédiaire simple, puisque les livraisons étaient directement réalisées par le fournisseur réel.

La marge tirée de cette opération avoisinait les 28 %. Le directeur de l'association voyait en revanche l'ensemble de ses frais de chasse pris en charge par l'entreprise.

La réalisation de cette opération a été facilitée par l'absence de réaction du contrôle interne au sein de l'association, le directeur validant, le service fait et le faux justificatif.

Les situations de conflits d'intérêts et les dérives qui y sont rattachées affectent les secteurs classiques du monde associatif tels que l'informatique, la gestion des salaires, etc., mais aussi ceux plus spécifiques afférents aux frais de promotion ou de commercialisation.

Ainsi il n'est pas rare de constater la présence d'un journal dans une structure associative, cela relève de la même logique puisque le périodique sert de courroie de transmission pour les informations associatives. Il est de plus le trait d'union entre les membres. La publication d'une revue est une activité à part entière qui consiste à mettre en cohérence un travail d'imprimeur (imprimerie, distribution), un travail d'éditeur (pour le contenu rédactionnel) et un travail de régie (pour la publicité qui peut y figurer). Dans la plupart des cas, un contrat est passé directement avec chacun des professionnels concernés ou avec une régie qui reverse une quote-part des bénéfices à l'association. Le risque qui peut être rencontré dans cette activité est celui inhérent au conflit d'intérêts qui peut concerner toutes les prestations nécessaires à la réalisation de l'activité. Tous les cas de figure ont été rencontrés depuis l'utilisation de fournisseurs liés, jusqu'à l'organisation de sociétés écrans ayant leur siège dans les paradis fiscaux.

Enfin, pour terminer sur un dernier exemple, il est important de parler du secteur de l'immobilier.

Exemple :

Dans une association qui gère des camps de vacances ou de loisirs, le poste le plus risqué est celui de l'immobilier et de son environnement.

En effet, il est arrivé que des dirigeants d'associations peu scrupuleux achètent l'immobilier utilisable et, par un jeu classique de revente entre sociétés civiles immobilières liées, provoquent une augmentation sensible du prix payé par l'association.

On a découvert des cas où l'association avait cautionné le prêt effectué par le dirigeant pour acheter les locaux qu'il a ensuite revendus à la même association.

Enfin, il est possible de boucler le montage, pour le dirigeant ou l'un de ses proches, en créant une société dont l'objet sera la réparation et l'entretien des locaux¹³.

En ce qui concerne le droit des sociétés, l'absence de règle sur le cumul des mandats ou sur les rémunérations entraîne bien souvent des situations de conflits d'intérêts se traduisant par de réelles dérives.

En effet, quelques exemples démontrent la possibilité pour une même personne d'être à la tête de différentes sociétés. Cela la positionne dans une situation où il sera difficile de choisir entre plusieurs intérêts différents. Ce problème a été pris en compte en ce qui concerne la société anonyme (cf. *infra*).

Si le dirigeant d'une société désire tirer un profit personnel de sa situation, il lui est aisé de mettre en place des systèmes plus ou moins complexes de groupe de sociétés afin de favoriser, directement ou indirectement, des intérêts qui lui seront propres. Seront abordés ici différents domaines où se retrouvent les groupes de sociétés, les sociétés écrans (de préférence dans des paradis fiscaux).

Un exemple :

Dans le cadre des SARL, il existe une législation concernant les conventions passées entre une société et le dirigeant ou associé d'une autre entité. Afin de contourner la réglementation, l'entité qui passe le contrat avec la société semble totalement indépendante du dirigeant de celle-ci. En fait, il s'agit d'une société gérée par un « homme de paille » et qui appartient en réalité au dirigeant de la société ayant passé le contrat. Dans ces cas, plus fréquents qu'on pourrait le croire, les montages sont réalisés en utilisant des sociétés fictives, des paradis fiscaux ou des États peu coopératifs. La mondialisation des échanges est un apport important aux montages frauduleux.

13. Pour de plus amples développements, voir le rapport 2002 du SCPC, *Les dérives du monde associatif*, p. 25 et suivantes.

De même, le problème de la rémunération du dirigeant est un secteur très sensible pour le conflit d'intérêts. En effet, il n'existe pas de réglementation précise quant à la rémunération des dirigeants. Aussi certains d'entre eux utilisent leur position pour faire fructifier leur patrimoine personnel et ce, au détriment de la société dont ils ont la direction. Le salaire du dirigeant est un point particulier à analyser lorsque l'on recherche d'éventuelles dérives. Souvent, lorsqu'on se trouve face à des entreprises en difficulté, on découvre que le salaire du dirigeant est exagérément élevé et qu'il n'est pas tenu compte de la situation réelle de l'entreprise. Ainsi, si le salaire comprend un fixe et un pourcentage sur le chiffre d'affaires ou s'il est calculé sur la création de valeurs, il ne prend pas en compte l'aspect bénéfices de l'entreprise. Un chiffre d'affaires élevé peut engendrer un bénéfice faible ou générer des pertes.

Dans ce cas, le maintien d'une rémunération basée sur ces seuls critères, s'il répond à l'intérêt du dirigeant, va à l'encontre de la société elle-même.

Force est de constater qu'au sein des sociétés, le problème des conflits d'intérêts peut être ignoré ou contourné.

2. LA SOCIÉTÉ ANONYME : UNE ENTITÉ TRÈS SURVEILLÉE ¹⁴

L'actualité nationale et internationale montre que la gouvernance d'entreprise est en crise. Le mal est visiblement profond puisqu'il a généré une crise de confiance globale du marché, tant pour les investisseurs, que pour les équipes dirigeantes, et a touché de nombreux métiers de la finance. Cette crise a conduit à la disparition de plusieurs sociétés multinationales et des investissements provenant des portefeuilles de milliers d'actionnaires sont partis en fumée. On observe que les conflits d'intérêts sont une des causes récurrentes qui sont à l'origine de ces cataclysmes et qu'ils ont pris naissance dans des sociétés dont les caractéristiques sont voisines de celles d'une société anonyme française.

2.1. Pourquoi deux textes : la nouvelle régulation économique et la loi sur la sécurité financière ?

On peut définir le conflit d'intérêts comme « toute opération au cours de laquelle des personnes ou organisations vont, directement ou indirectement, faire passer leur intérêt personnel ou l'intérêt d'un réseau auquel

14. Cette analyse provient d'une synthèse du mémoire de d'Orianne Normand, *Les conflits d'intérêts et le P.-D.G. [d'une société anonyme] : sanctionner et prévenir*, université Jean-Monnet, Paris XI.

*elles appartiennent, avant celui de l'organisation qui les salarie »*¹⁵. Il semble que trois éléments matériels déterminants peuvent être dégagés et constitueraient les trois caractéristiques essentielles d'un conflit d'intérêts :

- une fonction dans le cadre de laquelle l'individu dispose d'un pouvoir décisionnel réel ou supposé ;
- une contradiction entre les intérêts que lui imposent sa fonction et ses intérêts privés ou autres (politique, familial, professionnel, financiers, honorifique ou virtuel) ;
- un choix final entre les divers intérêts en présence.

Cette notion très réglementée dans le secteur public français où de nombreuses dispositions sont en place en matière de prévention et de répression est aussi développée dans les pays anglo-saxons.

Cependant, dans le secteur privé français aucun texte de loi ne le définissait véritablement et, par conséquent, ne faisait l'objet d'aucune réglementation.

Dans différents pays, les gouvernements cherchent à assainir leur marché national et à se conformer aux exigences de transparence du marché mondial. Exigences qui n'ont pourtant pas permis de déceler des abus importants et l'imminence de la crise. De nombreux scandales sont nés à la suite de décisions par les dirigeants au contenu mensonger qui servaient à rassurer le marché coûte que coûte et dont les conséquences ont été particulièrement graves.

Il apparaît alors que le phénomène est mondial. Les Anglo-Saxons ont été les premiers à ouvrir les débats sur la gouvernance d'entreprise. Les États-Unis ont été les premiers à réagir et à légiférer en juillet 2002 avec la loi Sarbanes-Oxley.

L'Union européenne, notamment grâce aux travaux de la Commission, a fourni de louables initiatives en matière d'analyse et de réglementation.

En France, la prise de conscience a eu lieu lors de la publication du rapport Cardbury, en 1992, qui indiquait déjà le nécessaire centrage sur la protection des actionnaires mais aussi de prendre en compte d'autres aspects moins directement financiers.

Par la suite, certaines associations françaises d'entreprise telles que l'AFEP, l'ANSA ou encore le MEDEF se saisirent de ces mêmes interrogations et préoccupations. Des rapports furent rédigés afin d'anticiper sur les actes du législateur. Ces rapports ont mis en lumière les points générant des

15. Définition du SCPC, rapport 2001, p. 127, dans « Flash sur les conséquences de l'affaire Enron ».

difficultés et l'urgente nécessité d'assainir la situation (rapports Viénot I¹⁶ et II¹⁷ puis enfin rapport Bouton¹⁸).

La loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003, inspirée par la loi américaine et les précédents rapports, est venue combler quelques lacunes sans pour autant traiter et prévenir clairement les conflits d'intérêts.

Comment faire pour que le dirigeant révèle spontanément les conflits d'intérêts auxquels il est exposé dans un cas précis ? Il était nécessaire de trouver des moyens de rendre cette révélation obligatoire. Ainsi le Code de commerce prévoit dans le cadre :

- de l'octroi d'avantages particuliers¹⁹ la révélation de l'intérêt personnel qu'il satisfait au même titre que les apports en nature à la société ;
- du cumul des fonctions qui doit être présent dans le rapport annuel présenté par le conseil d'administration²⁰ ;
- et de la procédure des conventions réglementées²¹, obligatoirement déclarées au conseil d'administration puis à l'assemblée des actionnaires.

La Cour de cassation a pris le parti d'une jurisprudence audacieuse en créant l'obligation, pour les administrateurs (et donc pour le P.-D.G.²² lui-même administrateur) une obligation de loyauté, qui implique « *une exigence accrue de transparence de la part des dirigeants* ». Elle estime que l'exigence de loyauté et de transparence commande cette révélation²³.

En France, la loi sur la sécurité financière de 2003 a néanmoins apporté quelques avancées sur ce point ainsi que sur les relations entre dirigeant et actionnariat. La désormais célèbre procédure de l'article 117²⁴ impose au président du conseil d'administration de rendre compte du fonctionnement du conseil et des procédures de contrôle interne dans un rapport joint.

Cette procédure fait écho au rapport publié par la Commission européenne, en novembre 2002 puis en mars 2003, par le groupe de haut niveau

16. *Les conseils d'administration des sociétés cotées*, 1995.

17. *Gouvernement d'entreprise et intérêt des actionnaires*, 1999.

18. *Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*, 2002.

19. Article L. 225-14, alinéa 2, C. com.

20. Article L. 225-102-1, C. com.

21. Article L. 225-38, C. com.

22. Cette notion n'est pas juridique, elle exprime le rôle du président du conseil d'administration qui assume également les fonctions de directeur général (les deux fonctions pouvant être disjointes).

23. Rapport annuel 1996, p. 312, arrêt du 27 février 1996.

24. Ajoutant un alinéa à l'article L. 225-37 du Code de commerce, en ces termes : « *le président du conseil d'administration rend compte, dans un rapport joint au rapport mentionné aux articles L. 225-100, L. 225-102 ; L. 225-102-1 et L. 233-26, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société.* »

d'experts en droit des sociétés²⁵ qui avait prévu l'obligation de décrire dans le rapport annuel de la société : « *le fonctionnement du conseil d'administration, la procédure de nomination des membres du conseil d'administration, le rôle et les qualifications de chacun de ceux-ci et les liens directs et indirects pouvant exister entre les membres du conseil et la société au-delà de ce mandat* ».

Ce texte doit être rapproché avec l'article L. 225-51²⁶ du Code de commerce. La loi sur la sécurité financière vient prolonger les efforts de la loi NRE de 2001 en multipliant les obligations d'information.

2.2. Les mesures relatives au statut du dirigeant de la société anonyme (SA)

La prévention par la réglementation des cumuls des mandats sociaux

C'est effectivement la loi NRE qui a apporté les modifications les plus importantes aux règles du cumul des mandats sociaux. En effet, elle avait instauré tout d'abord que le nombre de mandats d'administrateur (article L. 225-21) exercés par une même personne dans une société anonyme ayant son siège sur le territoire français ne pouvait être supérieur à cinq au lieu de huit précédemment. Les exceptions à ce principe ont été pour la plupart supprimées. La seule dérogation maintenue concerne les groupes de sociétés. Les mandats d'administrateur exercés dans ces sociétés ne devaient pas être pris en compte. Cette dérogation est dite « verticale ». Par ailleurs, les directeurs généraux ne peuvent exercer plus d'un mandat de ce type. Une exception concernant également les groupes de sociétés a été prévue, mais elle ne permet que l'exercice d'un second mandat.

En second lieu, la loi NRE a fixé une limite globale en interdisant l'exercice simultané de plus de cinq mandats de directeur général, d'administrateur, de directeur général unique, de membre du directoire ou du conseil de surveillance (article L. 225-94 I). Une exception tenant, à nouveau, aux groupes de sociétés permettait de ne pas prendre en compte les mandats exercés dans une société contrôlée (alinéa 2). Les limites au cumul des mandats sociaux fixées par la loi NRE étaient assez restrictives. Or, le législateur a eu quelques doutes sur l'opportunité de dispositions aussi rigoureuses qui accentuaient le peu d'attractivité du système français.

25. *Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés*, novembre 2002.

26. Cet article énonce : « *le président du conseil d'administration... organise et dirige les travaux de celui-ci, dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission* ». Il convient de souligner l'évidence : un administrateur en situation de conflits d'intérêts ne peut pas remplir sa mission.

La loi « Houillon » du 29 octobre 2002 a apporté des exceptions supplémentaires concernant les mandats d'administrateur dans les sociétés sœurs. Cette dérogation est dite « horizontale ». La loi permet l'exercice de deux mandats de direction dans des sociétés qui n'ont aucun lien de capital, dès lors qu'elles ne sont pas cotées.

La loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003 a également levé le doute sur la question intéressant les cas où un directeur général exerçait aussi un mandat d'administrateur dans des filiales. Aujourd'hui, l'article L. 225-94-1 prévoit qu'il n'est pas tenu compte des mandats d'administrateur exercés dans une société contrôlée pour le calcul de la limite globale. Elle témoigne, par cet assouplissement, d'une volonté de prendre en compte les évolutions actuelles du droit des sociétés et la multiplication des groupes de sociétés.

De plus la possibilité ouverte par la loi NRE en 2001 de dissocier les fonctions de P.-D.G. en deux fonctions distinctes semble également élémentaire en termes de prévention des conflits d'intérêts mais n'a malheureusement pas eu le succès escompté. En France, la majorité des sociétés anonymes ont préféré garder le système de la présidence unique, mais quelques sociétés anonymes cotées en bourse – une large minorité – commencent à instaurer une présidence dissociée.

L'obligation de publier les rémunérations des mandataires sociaux dans les sociétés anonymes cotées

Les vraies questions que les actionnaires et autres acteurs dans la société, mais aussi tout le marché se posent, sont : combien gagne ce dirigeant ? est-ce justifié ?

Notre droit des sociétés doit être en mesure répondre à cette interrogation.

Les conflits d'intérêts, se révèlent souvent lorsque la société est en situation difficile tandis que les rémunérations du dirigeant croissent.

La rémunération doit être liée aux objectifs et à l'ambition de l'entreprise et non répondre aux besoins de trésorerie personnels de son P.-D.G.

En France, on ne fait traditionnellement pas état publiquement du montant de sa rémunération. Cette généralité vaut également pour les dirigeants des sociétés. Longtemps, les informations sur leur rémunération ont donc été limitées. Les actionnaires, ne pouvaient obtenir que le montant global, certifié exact par le commissaire aux comptes, des rémunérations versées aux cinq ou dix personnes les mieux rémunérées de la société. Cette opacité entretenue par les dirigeants français indisposait les investisseurs outre-Atlantique.

La loi NRE a donc « brisé un tabou »²⁷ en ajoutant un article L. 225-102-1 prévoyant que le rapport général sur la gestion doit rendre compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés durant l'exercice, à chaque mandataire social, et doit également rendre compte de ceux reçus de la part des sociétés contrôlées (L. 223-16)²⁸.

La loi sur la sécurité financière a ajouté une modification concernant les groupes de sociétés. Elle a imposé que cette publicité des rémunérations soit également descendante. Autrement dit, les rémunérations versées par une société mère à un mandataire exerçant ses fonctions dans une filiale doivent désormais être mentionnées dans le rapport. Cette modification témoigne du souci de transparence manifesté par les actionnaires à propos de leur filiale et de leur gestion. C'est également une avancée dans la lutte contre les sociétés fictives, ou les coquilles vides. Il est à noter que les rémunérations ne sont pas soumises à la procédure de contrôle des conventions réglementées à l'exception de celles présentant un caractère exceptionnel (article L. 225-46).

La rémunération du P.-D.G. se compose des jetons de présence qu'il reçoit en qualité d'administrateur et d'une somme fixe et/ou proportionnelle au chiffre d'affaires ou aux bénéfices, déterminée par le seul conseil d'administration (article L. 225-47, alinéa 1). Le montant de la rémunération allouée au P.-D.G. ne peut pas être fixé par un comité des rémunérations, il ne peut donner qu'un avis. Toutefois, les juges peuvent annuler, après avoir considéré comme abusive, l'augmentation substantielle d'une rémunération décidée par le conseil sur l'initiative de son président²⁹. Des poursuites pénales peuvent même être intentées, pour abus de biens sociaux, lorsque, par exemple, la rémunération est manifestement excessive compte tenu de l'activité très réduite de la société, ou n'a pas été autorisée par le conseil³⁰.

L'obligation de transparence relative aux opérations effectuées sur les titres du dirigeant

La rémunération du dirigeant est souvent complétée par des stock-options qui font également l'objet d'une information auprès des

27. Selon les termes de D. Robine, et A-D Merville dans « Les apports de la loi de sécurité financière au droit des sociétés : histoire d'un toilettage législatif », *Petites Affiches*, 14 novembre 2003, n° 228 ; p. 69.

28. La loi sur la sécurité financière a également apporté une modification d'envergure : cette obligation de publicité des rémunérations ne s'applique pas aux sociétés non cotées. Cette modification vivement souhaitée par une grande partie de la doctrine et des dirigeants français, laisse pourtant la place aux fraudes. Les filiales non cotées des sociétés cotées restent soumises à cette publicité.

29. Paris, 30 mars 1977, augmentation décidée alors que les pertes atteignaient six fois le capital.

30. Crim., 6 octobre 1980, Rev. Soc. 1981, 133.

actionnaires (article L. 225-184). Cette obligation étendue de publicité est consacrée par le nouvel article L. 621-18-2 du Code monétaire et financier³¹, qui puise ses origines dans une recommandation de la Commission des opérations de bourse (COB devenue depuis AMF) de février 2002³². Elle a précédé une des dispositions de la directive communautaire « Abus de marché »³³. La transparence des opérations sur titres ainsi organisée, vise à éviter les opérations spéculatives réalisées par les dirigeants et toutes autres personnes qui, du fait de leur fonction, ont accès à des informations privilégiées. En conformité avec cette directive, l'article 122 de la loi sur la sécurité financière prévoit que les sociétés cotées doivent désormais déclarer à l'Autorité des marchés financiers (AMF) les opérations effectuées par les mandataires sociaux sur leurs titres. Les obligations de publicité couvrent un domaine très large (acquisitions, cessions, souscriptions ou échanges) de façon à inclure largement les titres de capital donnant ou pouvant donner accès au capital (offres de rachat d'action).

Les personnes soumises à cette obligation de transparence sont énumérées par la loi, les dirigeants, les mandataires sociaux et les membres du conseil d'administration. Cette obligation de publicité est directement inspirée par la loi « Sarbannes-Oxley ».

L'extension de l'obligation de déclaration aux opérations faites par les personnes ayant des liens étroits avec le dirigeant – ce qui n'implique pas seulement les liens familiaux – est particulièrement intéressante en matière de prévention des conflits d'intérêts et de lutte contre la fraude. Il faudra attendre que le décret en Conseil d'État définisse cette notion de *lien étroit*³⁴.

Le débiteur de l'information est la société émettrice. Là encore l'obligation pèse sur toute personne faisant appel public à l'épargne. Les destinataires de l'information sont l'AMF et le public, ainsi que, logiquement, les actionnaires.

Mais, il est regrettable que la loi n'ait **pas prévu une sanction** pour non-communication de ces informations. La loi ne dit mot des obligations qui pourraient incomber personnellement au dirigeant d'avoir à informer la société des opérations qu'il aurait réalisées sur ses titres.

31. Article 122 de la loi sur la sécurité financière.

32. Recommandation 2002-01, RD bancaire et financier 2002, n° 117.

33. Directive 2003/6/CE du 28 janvier 2003.

34. Le décret n'étant pas paru, l'AMF dans un communiqué de presse du 27 décembre 2004 recommande aux dirigeants de communiquer aux émetteurs les opérations qui leur auront été déclarées par les personnes qui leur sont liées par référence à la liste de l'article 1^{er}, 2^o de la directive 2004/72/CE, et en tout cas celles du conjoint non séparé de corps et des enfants à charge résidant chez eux.

La sanction des parachutes dorés

Le P.-D.G. peut être révoqué par le conseil d'administration à tout moment, conformément à l'article L. 225-47 alinéa 3 du Code de commerce, qui érige comme impérative cette disposition, laquelle ne peut souffrir d'aucune exception accordée par les statuts de la société. La révocabilité *ad nutum*, pour « juste motif » est donc une règle d'ordre public.

C'est ainsi qu'une clause promettant un « parachute doré » à un dirigeant qui en bénéficiera le jour de la cessation de ses fonctions, à la suite d'une révocation ou de toute autre cause, est interdite puisqu'elle dissuaderait les administrateurs d'exercer leurs fonctions de révocation.

En effet, est illicite « *la convention qui a pour objet ou pour effet de restreindre ou d'entraver la révocation ad nutum du président-directeur général d'une société anonyme par les conséquences financières qu'elle entraîne pour un tiers qui peut exercer une influence sur la décision de révocation* ³⁵ ». Ce parachute doré sera alors frappé de nullité.

Toutefois, la jurisprudence tend à ne prononcer la nullité de ces conventions que si par leurs conséquences financières importantes, elles dissuadaient les administrateurs d'exercer leur faculté de révocation ³⁶.

Pourtant, la pratique passe outre cette interdiction accordant aux dirigeants des indemnités de départ, comme corollaire de la hausse des rémunérations. La chambre commerciale a, le 4 juin 1996, admis que certaines d'entre elles étaient valables à condition que « l'intérêt social » soit respecté et que la somme promise n'ait pas un caractère dissuasif.

2.3. Les différentes obligations d'informations

L'impérative obligation pour le P.-D.G. d'informer les administrateurs

Le droit à l'information des administrateurs est une création jurisprudentielle. Il date de l'arrêt « Cointreau » du 2 juillet 1985, par lequel la Cour de cassation a affirmé que le président du conseil d'administration devait « *mettre les administrateurs en mesure de remplir leur mission en toute connaissance de cause* » et donc leur fournir les informations nécessaires

35. Pour une solution donnée à propos d'un directeur général mais transposable au P.-D.G. : Com., 4 juin 1996.

36. Article L. 225-47 qui dispose « *Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président [...]. Il détermine sa rémunération.* » L'alinéa 3 énonce : « *Le conseil d'administration peut le révoquer à tout moment* ».

dans un délai suffisant sous peine de nullité de la délibération³⁷. Il paraissait donc légitime de faire peser l'obligation d'information sur ce dirigeant.

La loi sur les nouvelles régulations économiques a inscrit cette obligation dans un article L. 225-35 alinéa 3 : « *chaque administrateur reçoit toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles* ».

Mais la loi NRE étant marquée par l'instauration d'une dissociation des fonctions de président du conseil et de directeur général, le texte était imprécis sur le point de savoir sur qui reposait cette obligation de communication, car en cas de dissociation, certaines informations sont difficilement accessibles au président. L'obligation devait alors soit reposer sur le directeur général, soit partager la charge de celle-ci.

La loi sur la sécurité financière a modifié cet alinéa : « *le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission* ». Ainsi, la loi a choisi de laisser les dirigeants libres à cet égard (sans même l'avoir prévu dans les statuts), ce qui paraît sage : la nouvelle rédaction visant en effet l'un ou l'autre. Cette réforme exclut désormais clairement la possibilité pour les administrateurs de demander directement des informations aux commissaires aux comptes, aux directeurs généraux délégués, voire aux salariés ou aux organes représentatifs du personnel, c'est-à-dire à un autre que le président du conseil ou le directeur général.

Le rapport sur le gouvernement d'entreprise : une nouvelle obligation pesant sur le dirigeant et qui tend à une plus grande transparence des activités et des choix de la société

La loi sur la sécurité financière, à l'instar de la loi « Sarbanes-Oxley », se veut « *une réponse à la fois politique et technique à la crise de confiance dans les mécanismes du marché et aux insuffisances de régulation dont le monde économique et financier a pris conscience* »³⁸ à la suite de divers scandales financiers et de l'effondrement de grandes entreprises multinationales.

Ainsi, le nouvel article 117 de la loi sur la sécurité financière a ajouté un alinéa à un texte existant, l'article L. 225-37 du Code de commerce. Ce texte dispose désormais : « *le président du conseil d'administration rend compte dans un rapport joint au rapport mentionné aux articles L. 225-100,*

37. Un autre arrêt de la chambre commerciale du 8 octobre 2002 a même imposé cette communication préalablement à la tenue d'une réunion du conseil. JCP, E, 27 février 2003, n° 9, p. 374.

38. Communication de Francis Mer au Conseil des ministres du 5 février 2003.

L. 225-102, L. 225-101-1 et L. 233-26 des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société ». Le même texte ajoute : « sans préjudice des dispositions des articles L. 225-56, le rapport indique en outre les éventuelles limitations apportées au pouvoir du directeur général ».

Parallèlement, le nouvel article L. 225-235 prévoit que les commissaires aux comptes présentent dans un rapport joint à leur rapport général, leurs observations sur le rapport effectué par le président du conseil. Ces observations portent sur les procédures de contrôle interne relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière. Enfin, l'article L. 621-18-3 du Code monétaire et financier met en place pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, une publicité des informations relevant des procédures de contrôle interne.

Sans doute l'article L. 225-51 du Code de commerce précise-t-il que le président du conseil d'administration organise et dirige les travaux du conseil et rend compte à l'assemblée des travaux de celui-ci. Mais le nouvel alinéa 3 de l'article 225-37 va beaucoup plus loin.

Ces nouveaux rapports sur le gouvernement d'entreprise constituent l'innovation essentielle de la loi de sécurité financière relative à l'information. Malheureusement, peu avant le mois d'août 2005, le Parlement a décidé de supprimer l'obligation d'établir ce rapport sur le contrôle interne et sur la gouvernance dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne. La loi sur la sécurité financière votée il y a deux ans se voit donc amputée de l'une de ses principales mesures destinées à établir la transparence dans les entreprises³⁹.

Le contrôle des conventions passées par le dirigeant avec sa société placée par la loi au centre de la prévention des conflits d'intérêts

La position privilégiée des dirigeants peut les amener à prendre une décision favorisant leurs propres intérêts aux dépens des intérêts de la société et de ses actionnaires. Dès lors, il est à craindre que lorsqu'un dirigeant contracte avec sa société, il abuse de sa position pour obtenir des avantages injustifiés. Mais d'un autre côté, le contrat peut être utile à la société et intéressant pour les deux parties. Pour résoudre cette opposition d'intérêts, dans des situations où l'on est souvent proche du « contrat avec soi-même »⁴⁰, (le même individu vend à titre personnel et achète en qualité de

39. Voir article de Vincent Baillot, président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, *La Tribune* du 9 novembre 2005.

40. M. Merle, « Sociétés commerciales », *Précis Dalloz*, 2001, p. 424.

représentant de la société), la loi de 1867 avait instauré une réglementation dans son article 40⁴¹ dont le champ d'application a été étendu par la loi NRE.

Cette loi dans son chapitre consacré à la « *prévention des conflits d'intérêts* » reste assez limitée en matière de prévention des conflits d'intérêts puisqu'elle se borne à traiter de la procédure des conventions interdites et réglementées comme *unique* moyen de prévention (article 111 de la loi NRE).

Nombreux sont ceux qui auraient souhaité la rédaction d'un principe général qui imposant, par exemple, une obligation de révélation aux cocontractants de la société, et des décisions d'approbation de certains organes sociaux⁴².

Le Code de commerce retient **trois catégories d'opérations** et y affère trois différents types de procédures : les conventions interdites, réglementées et courantes.

● Les conventions interdites

Le législateur a dressé une liste limitative des conventions interdites qu'il souhaite exceptionnelles. Ainsi l'article L. 225-43 C. com dispose que : « *à peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers* »⁴³.

Ces interdictions sont applicables aux conventions souscrites également par le président-directeur général (article L. 225-43 alinéas 1 et 3) et à toute personne interposée. La nullité absolue des opérations interdites est une sanction ouverte à tout intéressé sans qu'il soit tenu d'établir l'existence d'un préjudice pour la société. Elle ne peut pas être couverte par un acte confirmatif et obéit à la prescription trentenaire. Le législateur a voulu faire de l'action en nullité une action très ouverte dans ce domaine des conventions interdites et dont la preuve serait facilitée. La loi a ainsi voulu mettre fin aux crédits abusivement consentis par les sociétés à leurs administrateurs et directeurs ou ceux de leurs filiales.

41. L'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 était rédigé en ces termes : « *il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'il n'y soit autorisé par l'assemblée générale* ».

42. LE Cannu, *Droit des sociétés*, 2002, n° 701.

43. Com. 26 avril 2000, Bull. Joly 2000, p. 703, n° 164.

- **Les conventions portant sur des « opérations courantes et conclues à des conditions normales »**

À l'inverse, les conventions portant sur des « opérations courantes et conclues à des conditions normales », échappent à la procédure de contrôle (article L. 225-39 du Code de commerce). Ces deux conditions sont de fait, et il s'agit de tenir compte des circonstances dans lesquelles sont habituellement conclues les conventions semblables, dans la société mais aussi dans les autres entreprises du même secteur d'activité. Il faudra prendre en compte l'objet social pour déterminer la nature des opérations courantes ⁴⁴.

Aucune procédure d'approbation par le conseil n'est donc nécessaire. Les conventions courantes doivent être communiquées au président du conseil d'administration qui les transmettra à son tour au conseil et au commissaire aux comptes (article L. 225-39 alinéa 2).

- **Les conventions réglementées comme moyen efficace de contrôler les intérêts du dirigeant**

Il s'agit de toutes les conventions qui n'entrent dans aucune des deux autres catégories, interdites ou libres (article L. 225-38 C. com). Elles sont soumises alors à la procédure de contrôle et elles devront être préalablement autorisées par le conseil, puis approuvées, après leur conclusion, par l'assemblée des actionnaires.

La procédure s'applique donc aux modifications d'une convention conclue antérieurement, par exemple aux rémunérations exceptionnelles allouées par le conseil à ses membres, et par conséquent à son dirigeant ⁴⁵ ainsi que le prévoit expressément l'article L. 225-46 du Code de commerce.

Cependant, cette procédure ne s'applique pas à la rémunération du président et du directeur général fixée par le conseil (article L. 225-47 alinéa 1) ainsi qu'aux jetons de présence des administrateurs déterminés par l'assemblée générale des actionnaires (article L. 225-45 C. com) dans la mesure où ces rémunérations ont un caractère plus institutionnel que contractuel.

- **Conventions et cocontractants concernés**

L'article L. 225-38 du Code de commerce vise de manière très large « toute convention ». *A contrario*, en l'absence de convention, la procédure ne sera pas applicable, et d'autres voies seront alors nécessaires pour traiter les conflits d'intérêts. Pour autant, l'expression reste générale et trouvera très souvent application. En effet, une convention ne requiert aucun acte

44. À titre d'illustration, on retiendra qu'un contrat de travail n'entre pas dans ce champ étant donné qu'il correspond à l'organisation de la société et non à son objet social.

45. Com., 2 mai 1983, *Gaz. Pal* 1983, II, Panor. P. 238, J. Dupichot.

écrit ⁴⁶, et il suffit que l'accord oblige la société et l'intéressé. L'article L. 225-38 vise non seulement les contrats signés par le président, mais aussi toute décision prise par lui ou par le conseil accordant à un intéressé un droit accepté par lui. À titre d'illustration, la décision du conseil d'administration de transférer des actifs ou des fonds sociaux à une filiale ayant des dirigeants communs avec la société mère et l'acceptation de ce transfert constitue une convention au sens de l'article L. 225-38.

Le président-directeur général est bien entendu concerné par ces réglementations, et toutes les conventions qu'il passe sont soumises à la procédure de contrôle du conseil d'administration.

La réglementation de l'article L. 225-38 du Code de commerce s'applique à *trois types de conventions* :

- *les conventions directes* : conclues entre la société anonyme et ses administrateurs, directeur général et membres du conseil d'administration ;
- *les conventions indirectes* : conclues entre la SA et une société dans laquelle les mêmes personnes sont associées indéfiniment responsables, gérants, administrateurs, membres du conseil ;
- *les conventions sans administrateurs communs* : (depuis la loi NRE). Les conventions entre la SA et un actionnaire détenant plus de 5 % des droits de vote. Les conventions entre une société contrôlée et une société ou personne physique détenant plus de 5 % des droits de vote.

L'exclusion des dirigeants de fait

Une difficulté provient de ce que l'article L. 225-38 ne vise que les dirigeants de droit et non les dirigeants de fait. La Cour de cassation qui en a décidé ainsi depuis un arrêt du 29 mai 1967. Cette situation est tout à fait anormale : sa position de dirigeant lui donne le pouvoir d'intervenir dans la gestion du patrimoine social, et sa situation de fait l'exonère du contrôle « *ouvrant ainsi la porte aux abus clandestins* » ⁴⁷.

Il est communément admis qu'un dirigeant de fait est celui qui exerce « *en toute indépendance, une activité positive de gestion et de direction* », impliquant donc deux situations : le directeur général de fait et l'administrateur de fait étant donné que l'article L. 46-2 du Code étend les dispositions applicables aux dirigeants de droit à « *toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion* » de la société. En conséquence, selon M. Schmidt, dès lors qu'une personne participe de façon régulière et habituelle aux prises de

46. Cass. Com., 27 février 2001, qui estime que l'article L. 225-38 « *n'impose, par ailleurs, aucune forme particulière aux conventions réglementées* ».

47. D. Schmidt, paragraphe n° 114, dans *Les conflits d'intérêts dans la SA*, Joly, 2004.

décisions du conseil d'administration, elle est administrateur de fait et donc dirigeant de fait.

Une petite évolution est apparue dans un arrêt de la Cour de cassation du 6 février 2001 en approuvant les juges du fond d'avoir retenu que les deux personnes dont la responsabilité était recherchée en leur qualité de dirigeant de fait « *ne se sont pas bornées à leur rôle d'investisseur ou à procéder à des recherches techniques ou à trouver des solutions de restructurations financières mais, dépassant une intervention à titre de conseil, ont exercé un véritable pouvoir de direction en plaçant le conseil d'administration dans un état de dépendance, en soumettant ses décisions aux résultats de leurs recherches et de leurs avis auxquels le conseil d'administration ne s'opposait pas, même s'il n'avait reçu que le minimum d'informations, ce dont se sont plaints les membres du conseil* ». C'est l'emprise sur le conseil qui caractérise ici un pouvoir de direction.

On remarque très vite l'importance de prendre en compte les dirigeants de fait dans le champ d'application des conventions réglementées, et le législateur devrait répondre à l'invitation de la jurisprudence à légiférer sur ce point. Beaucoup de conventions ont dû être conclues, pour le compte du dirigeant, par des hommes de paille.

Nous constatons que dans le cadre de la société anonyme, la réglementation est assez précise et qu'elle peut permettre d'éviter que des situations de conflit d'intérêts n'aboutissent à des dérives de la part des dirigeants.

3. LES INFRACTIONS PÉNALES DÉCOULANT D'UNE SITUATION DE CONFLITS D'INTÉRÊTS

En fait, que ce soit dans le cadre des sociétés, des associations ou autre, le conflit d'intérêts étant une situation de fait, il n'aboutit pas toujours à des dérives. C'est donc par l'intermédiaire d'infractions pénales qu'il est appréhendé. Nous pouvons différencier ces infractions en les qualifiant de directes ou indirectes, suivant la relation qu'elles ont avec la situation de conflit d'intérêts.

3.1. Les infractions « directes »

En premier lieu, dans le domaine des sociétés, l'usage abusif des biens ou du crédit de la société communément appelé **abus de biens sociaux** (ABS) est au droit des affaires ce que le vol est au droit pénal général (confusion des biens de l'entreprise avec ceux du dirigeant). Cette infraction n'existe que pour les entreprises revêtant la forme d'une société commerciale.

Cette infraction est prévue dans deux cas de figure : la SARL (étendu à l'EURL) par les articles 241-3-4 et 5 du Code de commerce et la SA (étendu à la SASU) par les articles 242-6-3 et 4 du même Code.

L'ABS est le fait pour un dirigeant d'employer de mauvaise foi les biens ou le crédit de la société dans un intérêt qu'il sait contraire à celle-ci, pour son profit ou pour celui d'une entreprise où il détient lui-même des intérêts directs ou indirects.

La notion de dirigeant englobe, le gérant (statutaire ou non) pour les SARL, EURL et SCA et pour les SA, le P.-D.G., le ou les directeurs généraux, les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou du directoire. Précisons également que si les dirigeants de droit sont responsables de cette infraction, cela est vrai également pour les dirigeants de fait. Les textes visent en effet, toute personne interposée, qui aura en fait exercé la direction de la société.

Dans le cadre du conflit d'intérêts, il y a la poursuite d'un intérêt personnel de la part du dirigeant. Les articles 241-3 et 242-6 du Code de commerce donnent à la notion d'intérêt personnel un domaine d'application vaste :

- tout d'abord et c'est en pratique l'un des phénomènes les plus courant, il y a l'intérêt personnel du dirigeant. Ce dernier va confondre le patrimoine de la société avec le sien propre, en abusant de ses prérogatives pour faire entrer dans ce dernier des biens appartenant à la société ;
- ensuite, il y aura délit lorsque l'acte favorisera une tierce entreprise dans laquelle le dirigeant aura un intérêt direct ou indirect : intérêt direct : soit le dirigeant est l'un des associés (actionnaire ou propriétaire) de la tierce entreprise, soit il en est le dirigeant de droit ou de fait ; intérêt indirect : le dirigeant peut se trouver dans de nombreuses situations différentes et opaques, vis-à-vis de l'entreprise bénéficiaire (exemple : conjoint associé ou dirigeant de la tierce entreprise, existence de liens juridiques et commerciaux entre les deux entités, etc.).

En pratique les cas d'ABS peuvent s'analyser en cinq catégories principales :

- la rémunération des dirigeants ;
- les dépenses personnelles ;
- les avantages pécuniaires ;
- la confusion du patrimoine social et personnel ;
- la confusion des patrimoines entre sociétés.

L'auteur d'abus de biens sociaux encourt une peine d'emprisonnement de cinq ans et une peine d'amende de 375 000 euros. Remarquons que cette infraction n'entraîne pas la peine complémentaire d'interdiction de gérer.

Si certains faits matériels de cette infraction sont commis après que la société soit en situation de cessation de paiement, l'infraction se transforme en **banqueroute** (article L. 626-1 et suivants du Code de commerce). Il faut que la société soit déclarée en redressement ou en liquidation judiciaire par le tribunal de commerce, c'est une condition impérative.

Enfin, cette infraction d'ABS n'est pas applicable au dirigeant d'une association, qui peut toutefois être poursuivie pour **abus de confiance**. En effet, selon l'article 314-1 du Code pénal, l'abus de confiance est le détournement frauduleux de choses remises à l'agent, à charge pour lui de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

On peut retenir l'exemple du président d'une association qui utilise à des fins personnelles des biens appartenant à l'association. Dans ce cas, il détourne les biens qui étaient destinés à un usage déterminé, l'objet de l'association elle-même.

Peuvent être encourues une peine d'emprisonnement de trois ans maximum et une amende d'un montant de 400 000 euros pour les personnes physiques. Cette amende peut être quintuplée si l'auteur est une personne morale.

De même dans le domaine particulier des sociétés anonymes, il faut mentionner une infraction spécifique : **le délit d'initié** prévu à l'article 465-1 du Code monétaire et financier⁴⁸ et punie d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 1 500 000 euros qui peut être proportionnelle au profit éventuellement réalisé.

La jurisprudence a déduit l'élément intentionnel de la seule violation de l'obligation d'abstention⁴⁹ et a estimé que l'information privilégiée ne devait pas nécessairement présenter le caractère de certitude⁵⁰. L'amende proportionnelle est passée du quadruple au décuple du profit réalisé. De plus, la jurisprudence a étendu, d'une certaine manière, l'obligation d'abstention aux sociétés non cotées, en se fondant sur le devoir de loyauté du président du conseil d'administration, de ne pas profiter de sa connaissance des opérations sur les actions de la société pour réaliser une plus-value au détriment d'un actionnaire qui lui a demandé d'acquérir ses titres⁵¹. Ce devoir de loyauté incombe, selon la jurisprudence, à tout administrateur, y

48. Et sanctionne, en ces termes : « le fait, pour le dirigeant d'une société et pour les personnes disposant à l'occasion de l'exercice de leur profession, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations ».

49. Cass. Crim., 26 octobre 1995.

50. Cass. Crim., 26 juin 1995.

51. Com., 26 février 1996, JCP G, 1996, II, 22665.

compris, donc, le dirigeant. Mais, depuis les années soixante-dix, très peu de poursuites judiciaires ont été menées (moins de trente). Ce petit nombre s'explique par la difficulté de prouver ce délit.

Une récente directive communautaire du 29 avril 2004⁵², impose aux États membres de dresser des « listes d'initiés » incluant « *toutes les personnes qui ont accès à des informations privilégiées le concernant directement ou indirectement, de manière régulière ou occasionnelle* » (article 5). Cette liste doit mentionner le motif pour lequel la personne y est inscrite. Par ailleurs, elle met en place une obligation pesant sur les autorités compétentes des États membres de notifier les opérations suspectes en « *tenant compte des éléments constitutifs de l'opération d'initié ou de la manipulation de marché* » (article 7).

La Commission a souhaité mettre en place un système identique à celui de TRACFIN⁵³ à propos des délits de blanchiment. La directive 2004/72 du 29 avril 2004 a institué une possibilité pour les professionnels de la finance de notifier, révéler leurs doutes quant à une opération dont ils ont connaissance, et qui pourrait constituer un délit d'initié. Ici, l'article 11 relatif à la responsabilité professionnelle, édicte que « *les États membres veillent à ce que les personnes qui procèdent à une notification à l'autorité compétente – l'AMF en France – n'en informent personne, en particulier pas les personnes pour le compte desquelles les opérations ont été effectuées ou les parties liées à ces personnes* ». Elle ajoute surtout : « *le respect de cette obligation n'expose la personne ayant effectué la notification à aucune responsabilité d'aucune sorte pour autant que la personne qui notifie agisse de bonne foi. Les États membres veillent à ce que les autorités compétentes s'abstiennent d'informer quiconque de l'identité des personnes qui ont notifié ces opérations si en le faisant, elles leur nuisent ou risquent de leur nuire.* » Le professionnel de la finance ne pourra pas voir sa responsabilité engagée et, le client qu'il a dénoncé ne pourra pas se retourner contre lui. Ainsi, la Commission européenne adhère à l'objectif de faire du secret professionnel un « secret partagé »⁵⁴ nécessaire à la révélation et la détection des opérations bancaires et financières délictueuses.

3.2. Les infractions « indirectes »

Il s'agit là d'infractions proches de la situation de conflit d'intérêts. Tout d'abord, on peut être en présence d'infractions classiques utilisées par le dirigeant dans son intérêt personnel.

52. Directive 2004/72/CE portant modalités d'application de la directive 2003/6 en ce qui concerne les pratiques de marché admises, l'établissement de listes d'initiés.

53. TRACFIN signifie « traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins ».

54. Rapport 2003 du SCPC : « Du secret ».

Ce sera le cas de **l'escroquerie**, du **vol**, du **détournement de fonds publics** (cf. fiche pratique dans ce rapport), du **faux et usages de faux**, de **la corruption privée**⁵⁵, voire de **l'atteinte à la déontologie de l'activité pour les opérations privées**.

Mais ensuite d'autres délits relatifs à la comptabilité. Ces délits font aussi l'objet d'une législation pénale sévère. Celui de présentation ou de publication de comptes inexacts expose le dirigeant à un emprisonnement de cinq ans et une amende de 375 000 euros. De quelles inexactitudes s'agit-il ? On peut citer quelques exemples : omission de certaines recettes occultes destinées à alimenter les caisses noires de la société, inscription dans les comptes « immobilisation » de biens qui ne sont pas la propriété de l'entreprise, mention à l'actif de créances fictives, dissimulation de dettes ou d'engagements, ou encore, les fraudes les plus faciles à commettre et les moins aisées à déceler : majoration des éléments d'actif (immobilisations, actifs circulant) et minoration des éléments du passif (réserves, provisions pour risques et charges, dettes certaines et conditionnelles). Là encore, et conformément à la démarche classique en droit pénal des affaires, la seule qualité de dirigeant pèsera lourd et anéantira tout système de défense axé sur l'imprudence ou la négligence, spécialement en cas de fausse évaluation.

Le délit de distribution de dividendes fictifs découle du délit précédent, la présentation d'un faux bilan prenant alors tout son sens. Le caractère fictif de cette distribution donne une impression générale de fallacieuse prospérité qui risque d'être fatale à la société.

55. Cf. fiche pratique sur la corruption privée dans ce rapport.

II. – DES MAILLONS FRAGILES DE LA CHAÎNE DE TRANSPARENCE FINANCIÈRE : LES CONFLITS D'INTÉRÊTS CHEZ LES PROFESSIONNELS DU CHIFFRE

La technique comptable repose sur des éléments objectifs (enregistrement de coûts, d'acquisitions) mais aussi sur des éléments subjectifs (évaluation d'une moins-value).

Pour quantifier ces éléments subjectifs les professionnels du chiffre peuvent être influencés et confirmer des données fausses qui seront interprétées par un grand nombre d'individus (actionnaires, investisseurs, économistes, comité d'entreprise, clients et fournisseurs...).

Le contrôle des comptes de l'entreprise et l'interprétation de ces comptes représentent une telle importance qu'il a fallu encadrer légalement l'action de certains de ces intervenants. Il est évoqué ici le risque de conflit d'intérêts d'une part chez le commissaire aux comptes, acteur le plus souvent obligatoirement désigné, et d'autre part chez les analystes financiers et agences de notation, acteurs facultativement choisis.

1. L'INTERPRÈTE IMPOSÉ DES COMPTES : LE COMMISSAIRE AUX COMPTES

La désignation du commissaire aux comptes est obligatoire dans certaines entités, de par leur forme (sociétés anonymes ou en commandite notamment), de par leur importance (personnes morales dépassant deux des trois critères liés à l'importance du chiffre d'affaires, du total du bilan ou du nombre de salariés) ou de par leur nature (associations recevant des subventions ou faisant appel à la charité publique).

En dehors de ces cas, fort nombreux, toute entité est libre de procéder ou non à la désignation d'un commissaire aux comptes.

En France, le commissariat aux comptes est une institution ancienne instaurée pour la première fois par la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés anonymes avec l'obligation de désignation d'un commissaire aux comptes, de l'établissement d'un rapport par celui-ci et de sa présentation en assemblée générale.

Progressivement la mission du commissaire aux comptes est montée en puissance et a été sacralisée. C'est ainsi que le décret-loi du 8 août 1935, pris à la suite de la crise financière de 1929 et de scandales financiers divers, instaure le devoir de révélation au procureur de la République et l'agrément

par les cours d'appel des commissaires aux comptes missionnés dans les sociétés faisant appel à l'épargne publique.

La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales instaure les grands principes régissant encore la profession aujourd'hui : comptes certifiés, professionnels indépendants, incompatibilités, regroupement au sein d'une organisation professionnelle. Le décret du 12 août 1969 créant la Compagnie nationale des commissaires aux comptes a unifié le métier au plan national.

Par la suite, diverses lois imposées par le développement du commerce, l'harmonisation européenne et les normes internationales ont vu le jour. Notamment la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises qui étend l'intervention du commissaire aux comptes à certaines associations ou aux établissements publics à caractère industriel et commercial et à d'autres sociétés commerciales qui en étaient jusqu'alors dispensées.

Enfin, des textes plus récents, loi NRE (nouvelles régulations économiques) du 15 mai 2001, loi LSF (loi de sécurité financière) du 1^{er} août 2003 et l'ordonnance du 8 septembre 2005, ont confirmé le rôle majeur de la profession dans la transparence financière et de son contrôle. A notamment était instauré le Haut Commissariat aux comptes, véritable clef de voûte de l'institution en affirmant le principe de séparation des activités de conseil et d'audit et le non-renouvellement de mandat dans les sociétés cotées.

1.1. La mission des commissaires aux comptes et ses dérivés

La mission initiale des commissaires aux comptes était dictée par l'intérêt de la protection des investisseurs. Elle s'étend aujourd'hui à la protection du public, victime indirecte des conséquences multiples de publication de comptes mensongers. Des exemples récents montrent à quel point des errements pratiqués dans une banque où l'État est actionnaire majoritaire se répercutent sur le contribuable.

Ainsi, le commissaire aux comptes participe à une véritable mission d'intérêt général en attestant de la sincérité des comptes que se doit d'établir annuellement toute entité économique.

Cette mission consiste à certifier que les comptes annuels de l'entité contrôlée – en justifiant de ses appréciations – sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice. Les récentes dispositions prévoient notamment la vérification du rapport de gestion du président du conseil d'administration par le commissaire aux comptes.

Ces obligations de certification des comptes annuels se traduisent par l'établissement d'un rapport général annuel faisant suite à l'établissement des comptes obligatoires et d'un rapport spécial portant sur les conventions réglementées, c'est-à-dire celles liant la société vérifiée à l'un de ses administrateurs.

En cas de doute sur des faits susceptibles de constituer des infractions, le commissaire aux comptes doit alerter le parquet du tribunal de grande instance du ressort de l'entité qu'il contrôle : c'est le devoir de révélation.

De même, le commissaire aux comptes se doit de déclencher la procédure d'alerte auprès des dirigeants et, en cas de nécessité, auprès du président du tribunal de commerce lorsque la société est menacée de cessation des paiements.

En fait, la mission des commissaires aux comptes est triple : une mission de contrôle, une mission d'information et une mission d'alerte.

Ces missions sont assorties de dispositions pénales rigoureuses qui doivent cependant être soumises au feu de la réalité. Comme le dit l'adage pratiqué dans la profession : « *le commissaire aux comptes a une obligation de moyens, mais pas de résultat* »...⁵⁶ Autrement dit, si le professionnel du chiffre prouve qu'il a employé les moyens communément admis pour contrôler une comptabilité, on ne peut lui reprocher de ne pas avoir découvert les fraudes qui y figuraient.

Ainsi, le commissaire aux comptes procède à des sondages lui permettant de s'assurer de la véracité des comptes mais si ces sondages ne s'appliquent pas systématiquement à des « comptes sensibles », la vigilance du professionnel du chiffre ne sera que superficielle.

Depuis le décret du 12 août 1969, les commissaires aux comptes doivent établir un programme de travail. Un esprit déplacé pourrait y voir une invitation à utiliser les parties de la comptabilité non explorées par ce travail de vérification défini à l'avance pour y dissimuler des malversations. On pourrait imaginer un commissaire aux comptes limitant pudiquement ses contrôles sur des points qu'il sait inattaquables pour ne pas avoir à découvrir des faits conduisant au refus de certifier et à son corollaire, la dénonciation au parquet du tribunal de grande instance.

De même, dans les normes professionnelles, intervient une notion de chiffres ou d'éléments « insuffisamment significatifs... » ou la certification « avec réserve ». D'où la mention consacrée dans bon nombre de rapports : « *sous réserve de... je certifie que les comptes de l'exercice sont réguliers et sincères* »...

56. *Guide du commissaire aux comptes, normes professionnelles.*

Dès lors, si un dirigeant de société pratique indûment des avances de trésorerie pour plusieurs millions d'euros à l'une des sociétés avec laquelle il est lié à titre personnel, et que ce chiffre ne représente qu'un pourcentage réduit du total du bilan, ce montant sera-t-il « assez significatif » pour entraîner un refus de certifier et une dénonciation au parquet ? « Sous réserve » que le dirigeant consente, après la clôture des comptes, à augmenter l'importance d'une provision liée à une créance impayée vieille de plusieurs années les comptes seront-ils sincères et présenteront-ils une « image fidèle » ?

Il a été trop souvent observé des dérives de la fonction initiale du commissaire aux comptes qui se transforme en conseil ou en enseignant lorsqu'il facture la formation du personnel comptable de la société qu'il contrôle. Ces déviations se pratiquent avec d'autant de discrétion que bien souvent le commissaire aux comptes fait partie d'un ensemble dont seulement l'une des branches se consacre à l'audit. La récente loi LSF a voulu faire cesser ces abus en instaurant une interdiction, visée à l'article L. 822-1 du Code de commerce, de la fourniture de prestations de service ou de conseils y compris par l'intermédiaire d'un réseau. Ce contrôle est placé sous l'autorité du Haut Conseil mais il faudra attendre l'interprétation qui en sera faite, le texte étant encore trop récent.

1.2. Le mode de désignation et de rémunération et ses dangers

« Nul ne peut exercer les fonctions de commissaire aux comptes s'il n'est préalablement inscrit sur une liste établie à cet effet »⁵⁷.

Cette liste est établie par le conseil régional des commissaires aux comptes existant auprès du siège de chaque cour d'appel. Il appartient à ce conseil de s'assurer de la qualité morale et de l'aptitude de chaque candidat. Le postulant devra avoir subi avec succès les épreuves du certificat d'aptitude aux fonctions de commissaire aux comptes ou être titulaire du diplôme d'expertise comptable.

Ainsi, une entité soumise à l'obligation de désignation d'un commissaire aux comptes devra choisir une personne physique ou morale agréée, il n'est pas nécessaire qu'elle soit inscrite sur la liste du siège de la société. Dès lors le dirigeant pourra toujours solliciter un commissaire aux comptes qui sera limité dans ses interventions par exemple par l'éloignement de son cabinet du siège social de l'entreprise.

57. Article L. 822-1 du Code de commerce.

L'une des originalités de la fonction de commissaire aux comptes provient du fait que « celui qui est contrôlé est celui qui paye ». Certes, il existe bien une grille de rémunérations (se rapportant au nombre d'heures par rapport au chiffre d'affaires augmenté des produits d'exploitation et des produits financiers) fixée par décret, mais au-delà d'un certain montant de chiffre d'affaires ou pour les sociétés cotées, les durées d'interventions sont fixées de gré à gré et les honoraires qui en découlent. La grille ne concernant que le temps consacré à la vérification mais pas le tarif horaire.

À l'heure des restrictions de coûts, les dirigeants de société peuvent être tentés de diminuer de plus en plus les interventions du commissaire aux comptes alors que son travail d'une complexité croissante nécessiterait au contraire une réévaluation de celles-ci. Le jeu de la concurrence sévissant dans la profession de commissaire aux comptes, comme dans toute autre activité, d'aucun pourrait imaginer que les honoraires les plus bas ne se rapportent pas aux contrôles les plus pointus.

Un autre risque important existe : comment un commissaire aux comptes ne pourrait-il exposer son objectivité dans sa mission de certification des comptes quand l'entité qu'il contrôle lui fournit des honoraires représentant près de 20 % de son chiffre d'affaires annuel ? Dans sa dernière version, le code de déontologie élaboré par le Conseil national de commissaires aux comptes et soumis au Haut Commissariat des commissaires aux comptes, se contente d'indiquer que les honoraires perçus ne doivent pas représenter une « part significative » par rapport au chiffre d'affaires...⁵⁸.

Le code de déontologie a été définitivement approuvé, après d'intenses tractations, le 16 novembre 2005 et ce terme de « part significative » des honoraires a été maintenu en précisant qu'il convient de prendre les « mesures de sauvegarde appropriées ».

De même, comment le contrôle peut-il se faire de façon rigoureuse lorsqu'un franchiseur a le même commissaire aux comptes que plusieurs de ses franchisés ou lorsqu'une société en absorbe une autre possédant le même commissaire aux comptes, ou tout simplement lorsqu'un groupe de sociétés, regroupement de personnalités morales distinctes, a un commissaire aux comptes commun ?

Un commissaire aux comptes saura-t-il résister dans l'appréciation d'un risque insuffisamment pris en compte par le dirigeant d'une société ? En cas de refus de certifier les comptes celui-ci pourrait se voir taxer de « pointillisme » et remercié à l'issue de son mandat de six ans. Derrière l'insuffisance de la provision constatée et devant l'intransigeance du dirigeant pour ne pas

58. Article 34 du projet de code de déontologie.

l'augmenter, ne se profile-t-il pas le spectre des charges de fonctionnement du cabinet ?

Toutes les sociétés dans lesquelles interviennent les commissaires aux comptes ne sont pas des sociétés cotées ou des sociétés d'une telle importance qu'elles soient pourvues d'un comité d'audit. Dans la pratique, c'est bien souvent l'expert-comptable qui suggérera le nom du commissaire aux comptes avec lequel il a « l'habitude de travailler ». Ainsi il va s'établir une sorte de confiance présumée dans le contrôle des comptes pouvant nuire à la qualité des contrôles.

1.3. Le commissariat aux comptes, une profession encadrée

Jusqu'à la loi LSF du 1^{er} août 2003, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) était l'organe suprême représentant la profession chargée de l'organiser, de la contrôler et de la défendre. Elle était secondée dans sa mission par les compagnies régionales des commissaires aux comptes (CRCC) placées dans chaque circonscription de cour d'appel.

Depuis l'application de cette loi, cette structure a été conservée mais il y a eu création du Haut Conseil du commissariat aux comptes placé sous l'autorité du garde des Sceaux et présidé par un haut magistrat (conseiller à la Cour de cassation). Si la CNCC s'est vue reconnaître le statut d'établissement d'utilité publique doté de la personnalité morale, elle ne fait que *seconder* le Haut Conseil dans sa mission de surveillance de la profession, du respect de la déontologie et de l'indépendance, de l'identification et de la promotion des bonnes pratiques, du contrôle et d'instance d'appel des décisions des CRCC.

Ainsi, on assiste à la naissance d'un contrôle externe public émanant d'un contrôle interne professionnel. Mais la LSF a instauré une régulation duale qui fait intervenir la profession mais aussi l'Autorité publique. Les grandes dispositions de ce texte récent figurent dans les propositions de directive du Parlement européen et du Conseil de l'Europe concernant le contrôle légal des comptes annuels et comptes consolidés du 16 mars 2004 ce qui tend à prouver que la préoccupation de la sécurité des comptes financiers se fait également dans le cadre du Marché unique.

La naissance du Haut Conseil du commissariat aux comptes résulte du décret d'application en date du 25 novembre 2003. Sur les douze membres du Haut Conseil, figurent trois commissaires aux comptes et trois magistrats ce qui montre la volonté de dualité du législateur.

Les commissaires aux comptes sont soumis à des inspections, des contrôles périodiques et des contrôles occasionnels. Ces dispositifs

résultent notamment de l'Autorité administrative mais sont pratiqués de fait sous l'égide de la CNCC avec la participation de ses membres.

Malgré sa création récente, le Haut Conseil du commissariat aux comptes a rendu plusieurs décisions et avis, notamment sur la justification des appréciations des commissaires aux comptes, et sur le dernier code de déontologie proposé par la CNCC⁵⁹.

Cependant dans la réalité, cette nouvelle institution aura-t-elle les moyens de sa mission face aux ressources significatives de son « bras armé », la CNCC, riche, de sa technicité et de son quart de siècle d'existence ?

Certains ont proposé un partenariat entre le Haut Conseil du commissariat aux comptes et l'AMF voulant ainsi rapprocher le nouvel organisme du modèle américain. Ce rapprochement se justifierait d'autant plus avec la disparition du *Comité de déontologie et de l'indépendance*, mis en place par la COB et la CNCC en 1999, et qui contribuait, par ses avis et ses propositions, à concourir à l'indépendance de la profession pour les commissaires aux comptes des sociétés faisant appel à l'épargne publique.

1.4. Les sanctions liées au dysfonctionnement de la fonction du commissariat aux comptes

Il existe des sanctions civiles, des sanctions disciplinaires et des sanctions pénales pour lutter contre les dérives de la mission du commissaire aux comptes.

En ce qui concerne la responsabilité civile du commissaire aux comptes, elle est expressément visée par les textes et déclenchée le plus souvent par des actionnaires ou des créanciers qui estiment que le professionnel du chiffre doit indemniser les conséquences de ses erreurs de certification des comptes ou son absence de découverte de détournements d'actif ou tout manquement à sa mission. Le régime de responsabilité solidaire incite les plaignants à poursuivre les responsables les plus solvables. Les commissaires aux comptes souscrivent des contrats d'assurance pour faire face à d'éventuelles indemnisations.

Les sanctions disciplinaires peuvent être prononcées de façon indépendante ou accompagnées des sanctions civiles ou pénales frappant les manquements aux devoirs des commissaires aux comptes. Celles-ci sont prises par la chambre régionale de discipline instaurée au sein de chaque CRCC, le Haut Conseil du commissariat aux comptes intervenant en tant que chambre d'appel.

59. Celui-ci a été entériné le 17 novembre 2005.

La chambre régionale de discipline peut être saisie par le garde des sceaux, le procureur de la République ou les présidents de la CNCC ou de la CRCC. Les sanctions prévues vont de l'avertissement et du blâme à l'interdiction temporaire ou définitive.

Entre 1995 et 2004, le nombre de mises en jeu de la responsabilité civile des commissaires aux comptes se situe entre 150 et 200 par an, tandis que les mises en cause de leurs responsabilités pénales sont de l'ordre d'une trentaine de cas annuels pour la même période ⁶⁰.

En ce qui concerne les sanctions pénales, et pour garantir une certaine efficacité à la fonction de commissaire aux comptes, le législateur a prévu des séries de protections : sanctions liées à la personne du commissaire aux comptes, sanctions liées à la qualité de la mission de celui-ci, sanctions liées aux obligations.

La profession de commissaire aux comptes répond donc à certaines normes de moralité et de qualité, normes qui font l'objet de sanctions en cas de violation : usage frauduleux du titre de commissaire aux comptes, exercice illégal de la profession, faits punissables d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ⁶¹.

Pour faciliter sa mission, celle-ci est assortie de certaines protections : deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende pour non-désignation ou non-convocation du commissaire aux comptes à toute assemblée générale, cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende pour obstacle aux contrôles ou refus de communication de toutes pièces utiles à l'exercice de la mission ⁶².

Afin de garantir la qualité des contrôles, un emprisonnement de cinq ans et une amende de 75 000 euros se rapportent au commissaire aux comptes qui donne ou confirme des informations mensongères ou ne révèle pas au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance ⁶³.

Le commissaire aux comptes est donc un professionnel du chiffre obligatoirement désigné, strictement encadré, et ayant un devoir de révélation, mais il existe d'autres acteurs de la chaîne de confiance qui interviennent régulièrement dans les sociétés importantes, les analystes financiers et les agences de notation.

60. CNCC, colloque du 17 octobre 2005.

61. Article L. 820-5 du Code de commerce.

62. Article L. 820-4 du Code de commerce.

63. Article L. 820-7 du Code de commerce.

2. LES INTERPRÈTES DES COMPTES LIBREMENT CHOISIS : LES ANALYSTES FINANCIERS ET LES AGENCES DE NOTATIONS

Assurer l'indépendance d'appréciation des analystes financiers lorsqu'ils expriment leurs opinions est fondamental dans la participation à l'intégrité du marché et la confiance des investisseurs.

Les multiples affaires qui secouent la planète financière ont mis en lumière le rôle primordial joué par ces acteurs. Il leur est reproché notamment de ne pas instaurer de frontières nettes, de « murailles de Chine » pour employer un terme consacré, entre leurs différentes activités. C'est notamment le cas de l'analyse financière et du conseil aux entreprises, objet de reproche fait à la profession de commissaire aux comptes qui a entraîné les dispositions pénales évoquées en *supra*.

Il semble permis de regrouper la profession d'analyste financier et celle d'agence de notation car il paraît difficile de noter une entité économique sans l'avoir analysée.

2.1. La mission des analystes financiers et des agences de notation

À la différence de celle de commissaire aux comptes, les professions d'analyste financier ou d'agence de notation sont beaucoup moins encadrées juridiquement. La profession fait l'objet d'obligations spécifiées depuis peu⁶⁴ qui font suite aux dispositions d'application de la loi sur la sécurité financière. Cependant de nombreux articles se rapportent aux analystes financiers dans le règlement général de l'AMF, autorité de tutelle.

La profession cherche à s'organiser autour d'associations professionnelles comme la Société française des analystes financiers (SFAF), association majoritaire, ou le Cercle de liaison des informateurs financiers en France (CLIFF).

La SFAF voudrait aboutir à la délivrance d'une carte professionnelle unanimement reconnue. Actuellement cette carte existe mais elle est attribuée par l'employeur sur délégation de l'AMF.

La SFAF assure des modules de formations depuis 1967 et participe régulièrement à des travaux avec l'AMF. L'accès à la profession est ouvert aux titulaires d'un diplôme universitaire en commerce, administration des affaires ou en économie, ayant suivi des stages. Il n'y a pas de délivrance

64. Article L. 544-1 à L. 544-4 du Code monétaire et financier.

d'un diplôme spécifique organisé et contrôlé par la profession comme pour l'exercice du commissariat aux comptes.

On rencontre deux catégories d'analystes financiers, les analystes indépendants qui sont minoritaires et les analystes salariés. Il existe également deux sortes de mission, le « sell side » et le « buy side », la première se réalisant habituellement auprès d'un courtier tandis que la seconde s'exerce le plus souvent à travers une société de gestion.

Les analystes interviennent soit directement sur les marchés financiers, dans le cas de banque ou de sociétés de bourse, soit dans le cadre d'un rachat d'entreprises pour le compte de sociétés d'investissement.

Ils utilisent les documents et les informations qu'ils possèdent sur une société pour conseiller les vendeurs dans la salle des marchés ou pour exercer un rôle de conseil pour les gestionnaires de portefeuilles.

Le travail d'analyse se matérialise par un rapport qui intègre le plus souvent des prévisions à moyen terme et dans lequel il est donné des conseils d'achats ou de ventes.

Les agences de notation proprement dites ou agences de « rating » donnent des appréciations se répartissant en catégories allant du risque de défaillance très faible (notation entre AAA et AA) au risque de défaut important, catégorie spéculative (notation inférieure à BBB).

Il convient de préciser que les fonds communs de créances (FCC) sont soumis à une obligation de notation et que cette note détermine bien souvent la politique d'investissement.

2.2. Un principe, celui de la fiabilité des informations communiquées par les entreprises

Les instruments servant à l'analyse sont les comptes de synthèse établis de façon biannuelle pour les entreprises cotées, les rapports annuels, les actualités de l'entreprise et plus généralement toutes informations communiquées par la société au cours de réunions. C'est ce qui s'intitule « l'analyse fondamentale » qui précède « l'analyse technique ».

Les analystes ne peuvent se prévaloir d'informations privilégiées pour développer leurs avis ce qui conduirait à des délits d'initiés. Ils ne peuvent qu'utiliser des informations rendues publiques et se doivent de respecter la confidentialité de certaines d'entre elles.

Dans l'hypothèse où les prévisions soumises à l'aune des réalités sont complètement erronées, les analystes invoquent le fait que les documents qui leur ont été communiqués n'étaient pas fiables.

Des conseils d'achat ont parfois précédé de quelques jours le dépôt de bilan des sociétés concernées.

On peut facilement imaginer que des entreprises mal intentionnées utilisent des analystes financiers ou des agences de notation pour diffuser une fausse information établie à partir de données tronquées. Pourtant le travail de base d'un analyste devrait reposer sur la qualité des informations qui lui sont transmises.

Avec le développement de l'économie mondiale, les grandes agences de notation en viennent à noter la fiabilité d'un pays. Elles peuvent de plus octroyer des notes à des entreprises qui ne les ont pas sollicitées, d'où la crainte de certaines de se faire mal noter en cas de refus de collaboration. Le seul fait de prévoir, même à tort, une faillite amène à la faillite.

2.3. Un encadrement « souple » de la profession

Les textes qui figurent tant dans le règlement de l'AMF que dans celui du Code monétaire et financier comportent de nombreuses recommandations ou obligations faites aux analystes financiers mais aucune sanction spécifique en cas de non-respect de celles-ci.

L'AMF apparaît comme l'Autorité de surveillance et la loi LSF lui impose de rendre annuellement un rapport sur les agences de notation. Le premier, en date du 26 janvier 2005, synthétise les risques inhérents à l'exercice de la profession : les émetteurs rémunèrent les agences de notation et non pas les investisseurs. Il y a un risque élevé de corruption à partir du moment où les analystes ou les notateurs obtiennent des informations privilégiées qu'ils sont susceptibles de négocier.

À la différence de la mission du commissaire aux comptes, aucune sanction pénale spécifique ne frappe l'analyste financier ou l'agence de notation qui a permis la propagation d'une fausse information et qui l'a, en quelque sorte, authentifiée.

Il existe bien une directive européenne⁶⁵ relative à la présentation équitable des recommandations d'investissement et la gestion des conflits d'intérêts s'appliquant aux analystes et journalistes financiers. Mais elle ne concerne pas l'activité des agences de notation à qui il est suggéré d'adopter des procédures internes. Le texte a le mérite d'énoncer une série de recommandations, de normes d'autorégulation mais le Comité européen des régulateurs des marchés des valeurs mobilières (CERVM) a remis un rapport en date du 31 mars 2005 recommandant un principe, celui de l'autorégulation.

65. 2003/125/CE du 22 décembre 2003.

2.4. Un mode de rémunération inadapté

La rémunération des analystes ou des notateurs se fait par des commissions globales de courtage (*sell side*) ou par des commissions de gestion (*buy side*) sans identification précise du coût de l'analyse proprement dite. Ce sont les entreprises notées qui rémunèrent leur notateur ou leur analyste.

Il conviendrait de s'orienter vers une participation étatique au financement des analystes indépendants, financement partagé de façon à permettre un choix plus vaste qu'actuellement. Le secteur des agences de notation se partage presque exclusivement entre quatre groupes anglo-saxons bien qu'il existe des équipes de notation financière au sein de chaque banque.

On pourrait également imaginer une base collective de données, base contrôlée périodiquement par un organisme indépendant de façon à garantir l'égalité d'accès à l'information. Ceci aurait pour but de réduire les informations « privilégiées » que l'analyste peut obtenir auprès des responsables de l'entreprise à analyser. La communication éventuelle de ces informations est une source incontestable de corruption.

2.5. La prévention du conflit d'intérêts par les codes de déontologie et la mise en place de standards

Les analystes financiers et les agences de notation ont mis en place des règles déontologiques et des procédures internes pour prévenir les risques de conflits d'intérêts et pour assurer une objectivité maximale de l'appréciation et de la notation.

Ces règles, même dispersées dans plusieurs codes, concernent généralement la déontologie personnelle des analystes, les conflits potentiels vis-à-vis des entreprises étudiées, l'utilisation d'informations confidentielles, la diffusion des analyses et des notations et la possibilité de recourir à un déontologue interne. En France, il s'agit du code de déontologie de la SFAF dont la dernière version est celle de mars 2002 et de la charte CLIFF-SFAF d'avril 2003.

Ces prescriptions ne font pas l'objet de sanctions disciplinaires précises et on peut ainsi douter de leur efficacité. L'analyste ne doit pouvoir émettre, pour son propre compte, aucun ordre sur les instruments financiers de l'émetteur sur lequel porte son analyse. Il doit être écarté lorsqu'il détient à titre personnel des titres sur celui-ci, et ce, quelle que soit l'importance quantitative de ces ordres.

Il conviendrait de rendre homogène et transparent les outils servant à l'analyse des sociétés et à leur notation.

2.6. Sanctions pénales réprimant les manquements au devoir de probité

Comme indiqué précédemment, il n'existe pas de sanctions pénales spécifiques pour réprimer le manquement au devoir de probité des analystes financiers et des agences de notation.

Cependant, des infractions semblent concerner plus particulièrement des malversations liées à l'exercice de ces professions : manipulations de cours, délit d'initié et diffusion d'informations trompeuses.

*La manipulation de cours*⁶⁶ réprime les agissements ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché en induisant autrui en erreur (deux ans d'emprisonnement et amende de 1 500 000 euros pouvant être portée au décuple du profit éventuellement réalisé).

*Le délit d'initié*⁶⁷ réprime l'utilisation d'informations privilégiées pour réaliser directement ou indirectement des opérations avant que le public ait eu connaissance de ces informations (*cf.* fiche pratique dans le présent rapport) et le professionnel qui communique des renseignements privilégiés obtenus de par l'exercice de sa profession⁶⁸.

La loi du 20 juillet 2005 a adopté des directives européennes pour prévenir les « abus de marché » en imposant l'information du public sur les opérations des dirigeants ainsi que l'établissement de listes d'initiés⁶⁹ (*cf. supra*).

Pourtant, il ne se passe pas de semaines sans que l'actualité nationale ou internationale ne fasse état de faillites financières paraissant aussi soudaines qu'impromptues avec les graves conséquences qu'elles entraînent auprès des investisseurs, mais aussi auprès des contribuables : la faillite s'accompagne de milliers d'emplois supprimés et d'allocations chômage à verser. Il devient urgent d'encadrer plus rigoureusement ceux dont la profession est de participer à la chaîne de confiance et de permettre de tirer plus tôt les conséquences de l'activité économique ou des malversations des dirigeants de sociétés.

66. Article L. 465-2 du Code monétaire et financier.

67. Article L. 465-1, alinéa 1 du Code monétaire et financier.

68. Article L. 465-1, alinéas 2 et 3 du Code monétaire et financier.

69. Article L. 621-18-4 du Code monétaire et financier.

CONCLUSION

Les conflits d'intérêts dans le secteur privé sont peut-être les plus fondamentaux. En effet, la vie économique passe par les décisions des chefs d'entreprises et l'action de ceux qui sont chargés de les contrôler ou de les juger. Les répercussions pouvant résulter de conflits auxquels ils sont soumis sont graves. La fin brutale d'une société engendre des pertes d'emplois par milliers et le fait de cautionner des décisions dévoyées provoque une rupture dans la chaîne de confiance.

Il est évident que celui qui fait passer son intérêt personnel avant l'intérêt général se détourne de son devoir, et ce détournement n'a pas que des conséquences morales. Il engendre des dommages pécuniaires pour l'ensemble de la société au bénéfice de celui ou de ceux qui n'ont pas respecté les règles : coûts économiques souvent supportés par le plus grand nombre, perte de confiance des investisseurs, telles sont les conséquences notables de ces manquements.

Le Service central de prévention de la corruption ne se contente pas d'avoir exposé les spécificités des conflits d'intérêts chez le dirigeant ou le professionnel du chiffre et rappelé les sanctions pénales qui frappent certains manquements. Il propose des mesures pour limiter les risques liés à ceux-ci, mesures qui pourraient s'ajouter à celles prises récemment par le législateur.

Ainsi, la prise de conscience de ces manquements s'est internationalisée durant ces dernières années mais il semble que trop souvent les obligations prescrites ne sont pas assorties de sanctions.

L'époque du dirigeant d'entreprise échappant à toute évaluation semble définitivement révolue. À l'heure du gouvernement d'entreprise, celui-ci n'est plus l'élément central d'une société ou d'une association mais il symbolise la courroie de transmission de la volonté des apporteurs de capitaux.

Le dirigeant n'est plus seulement celui vers qui s'est dirigée la confiance et qui n'est jugé qu'à l'issue de son mandat, car il est aussi un être humain avec ses forces et ses faiblesses. C'est pourquoi des mesures législatives, telles qu'énoncées précédemment, ont été prises. Il s'agit notamment du cas des interdictions de cumuls d'activités, de l'interdiction de certaines conventions liant le dirigeant avec la structure qu'il dirige, de l'obligation pour le dirigeant de sociétés faisant appel à l'épargne publique d'établir un rapport spécifique sur les procédures de contrôles mises en œuvre.

Le dirigeant doit accepter les contre-pouvoirs internes du conseil d'administration mais aussi celui de professionnels externes et indépendants.

Le commissaire aux comptes, qui est un maillon essentiel de la chaîne de confiance, doit constituer un garant de l'information sûre, contrôlée et

certifiée. Il est l'œil des investisseurs mais également de l'ensemble des acteurs économiques. Il se doit de donner aux différents partenaires une information sincère, sans laquelle aucune confiance n'est durable.

Quant aux agences d'analyse ou de notation, elles doivent être perçues comme les météorologues de la société, c'est-à-dire ceux qui analysent à partir d'instruments objectifs une situation et prévoient avec le maximum de précisions son évolution au vu d'éléments mis à sa disposition.

Le législateur, conscient de l'importance de ces enjeux, a pris de récentes mesures qui viennent d'être exposées. En effet, les relations entre un commissaire aux comptes et les sociétés contrôlées par lui, sont avant tout des relations commerciales.

La récente création du Haut Conseil du commissariat aux comptes est une volonté de mettre un terme à ce constat : une profession à risque contrôlée par elle-même. Cependant, si les mesures prises, et particulièrement celles concernant la nette séparation des activités de commissaire aux comptes et d'auditeur à travers les réseaux qui suscitent tant d'émois dans la profession, vont dans la bonne direction, elles paraissent insuffisantes.

Il en est de même en ce qui concerne la prévention du conflit d'intérêts chez le dirigeant. On arrive à ce triste constat : en l'absence de sanctions l'observation des règlements et des lois n'est qu'une affaire de conscience. Il faut enfin combattre l'idée que le dirigeant, qu'il soit à la tête d'une société ou d'une association, soit le maître incontesté. Faire que l'intérêt général prenne le pas sur les intérêts particuliers est une nécessité pour assainir la vie économique et sociale. Plus les mesures de contrôle seront efficaces, plus il sera difficile de les contourner. Pour les auteurs de malversations, cela doit devenir moins lucratif car plus complexe et risqué.

Le SCPC a tenu à proposer clairement des mesures pour prévenir et limiter les conflits d'intérêts chez les dirigeants et les professionnels du chiffre. Celles-ci doivent être les radars automatiques sanctionnant le franchissement de l'intérêt général au profit de l'intérêt privé.

Propositions du SCPC pour limiter les conflits d'intérêts dans le secteur privé

PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS CHEZ LES DIRIGEANTS

- **Pour le monde associatif :**

- mettre en place une comptabilité plus précise et détaillée à l'image de celle des sociétés ;
- créer une obligation de divulgation des liens existant entre le président de l'association et les différentes entités gravitant autour d'elle ;
- obliger la mise en place d'un véritable contrôle interne, vérifiant entre autres les avantages accordés au président ou ses collaborateurs ;
- obliger les associations de désigner un commissaire aux comptes, selon les mêmes critères que les sociétés ;
- établir une réglementation concernant les cumuls de fonctions pour les dirigeants d'associations.

- **Pour les sociétés en général :** étendre à tous les dirigeants les règles du cumul des mandats et des rémunérations prévues dans les seules sociétés anonymes.

- **Pour les sociétés anonymes :**

- restaurer la disposition prévoyant l'obligation de transparence issue de la loi LSF en l'appliquant à toutes les sociétés anonymes ;
- créer une sanction pour la non-communication des informations concernant les opérations effectuées sur les titres des dirigeants (ou de leurs proches) ;
- mettre en place un système général d'obligation de divulgation des liens existant entre les dirigeants et les différents partenaires avec lesquels ils ont un intérêt ;
- intégrer la notion de gérant de fait dans l'application des règles des conventions réglementées.

PROPOSITIONS EN CE QUI CONCERNE CERTAINS PROFESSIONNELS DU CHIFFRE

● Pour les commissaires aux comptes :

- établir une grille précise de vérifications *a minima* auxquelles devra se livrer le commissaire aux comptes portant, à titre d'exemple, sur la vérification de la situation des sociétés dans laquelle la société vérifiée a des participations ou sur le loyer perçu par une société liée à l'un des administrateurs ;
- supprimer la possibilité de certifier *sous réserve* : soient les comptes sont réguliers et sincères, soient ils ne le sont pas ;
- révéler au parquet tout refus de certifier ;
- interdire de désigner un même commissaire aux comptes pour un ensemble de sociétés liées entre elles à raison de plus de 10 % de participation dans le capital social ;
- imposer une part maximale des honoraires perçus par un commissaire aux comptes dans une société ou un groupe de sociétés par rapport au total de ses honoraires ;
- instaurer une réelle communication entre le commissaire aux comptes titulaire et le commissaire aux comptes suppléant.

● Pour les analystes financiers et les agences de notation :

- instaurer la délivrance d'une carte professionnelle par une autorité publique à tout candidat ayant les diplômes requis et ayant effectué un stage d'une durée minimale auprès d'entités agréées ;
- établir une base de données accessible à tous, alimentée par les sociétés analysées afin de réduire l'influence néfaste de certaines informations confidentielles qui se prête particulièrement au risque de corruption ;
- assortir les recommandations de l'AMF et du Code monétaire et financier de sanctions ;
- rétribuer les agences de notation et les analystes financiers par un organisme alimenté par des fonds spécifiques, afin que le *noté* ne soit plus *celui qui paye* ;
- rendre plus efficaces les « murailles de Chine », afin qu'une même entité ne puisse à la fois analyser ou noter une structure et participer ensuite à des actions d'achats ou de ventes d'actions.

CHAPITRE III

La contrefaçon

La contrefaçon est encore trop souvent considérée comme un délit mineur, portant essentiellement atteinte aux entreprises de luxe et bénéficiant par là même d'une certaine tolérance, voire suscitant un certain attrait dans l'inconscient collectif. C'est, pour la plupart des personnes, acheter à très bas prix, une montre ou un sac d'une marque de luxe réputée, tout en sachant qu'il ne peut s'agir que de contrefaçon, objet qui n'aurait jamais été acheté autrement.

Or, il s'agit en réalité d'un véritable fléau économique et social, touchant même à la santé et à la sécurité des consommateurs, qui fait des ravages et qui s'attaque à tous les domaines : du médicament aux pièces détachées industrielles, aux produits ménagers, aux jouets, aux produits culturels, aux logiciels informatiques et aux produits de luxe. Toute création peut être contrefaite, copiée et illégalement importée.

En effet, la contrefaçon engendre des profits considérables.

Différentes affaires élucidées par les services d'enquête mettent en évidence l'existence de réseaux très organisés pour importer et écouler ces produits contrefaisants ¹.

Ils sont parfois intégrés à de plus vastes ensembles mafieux, pour lesquels l'activité contrefactrice est une source de revenus peu risquée qui côtoie d'autres activités criminelles aux dimensions internationales comme la prostitution, le terrorisme ou les trafics en tout genre, drogues ou armes.

Lors du Congrès mondial sur la lutte contre la contrefaçon et le piratage qui s'est tenu à Lyon les 14 et 15 novembre 2005, le secrétaire général d'Interpol ², Ronald K. Noble, a déclaré : « *Nul pays ne peut à lui seul venir à bout des infractions de ce type. En ces temps où les responsables de police sont concentrés sur le terrorisme et sur d'autres formes de grande criminalité, il importe qu'ils ne sous-estiment pas le préjudice que les atteintes à la propriété intellectuelle causent à nos économies, ni le danger potentiel qu'elles représentent pour la sécurité publique* ».

Dès juillet 2003, Ronald K. Noble avait souligné que « *le lien entre les groupes du crime organisé et les produits de contrefaçon est bien établi, mais nous tirons la sonnette d'alarme, car l'atteinte à la propriété intellectuelle est en train de devenir la méthode de financement préférée des terroristes* » ³.

1. Le produit contrefaisant est la copie, alors que le produit contrefait est l'original.

2. Cf. annexe IX sur Interpol.

3. Cf. allocution publique de Ronald K. Noble du 16 juillet 2003 devant la Commission des relations internationales de la Chambre des représentants des États-Unis (www.interpol.com).

I. – DES EXEMPLES DE LIENS AVEC LA GRANDE CRIMINALITÉ ET L'ÉCONOMIE SOUTERRAINE

1. CONTREFAÇON ET TERRORISME

Une histoire vraie « romancée » illustrera nos propos.

Sur la place du marché d'une ville de banlieue, ce jour mercredi 25 avril 2003, deux jeunes vendent des jeans à 20 euros. Deux policiers en civil, tout frais sortis de l'école, s'attardent devant le stand pour regarder de près la marchandise : les jeans portent tous la griffe d'une marque célèbre : les questions se bousculent alors dans leur esprit : comment ces marchands peuvent-ils vendre à ce prix, tout en gagnant leur vie, des pantalons qui valent une centaine d'euros en boutique : même si les charges d'un magasin et celles d'un étalage n'ont rien de comparables, la différence de prix est assez conséquente pour imaginer du trafic illégal : la marchandise appartiendrait-elle au dernier vol de fret ? Y aurait-il de la contrefaçon ?

Vérifications faites, les derniers vols de fret répertoriés concernaient essentiellement des téléviseurs et des bouteilles de champagne. Cette piste est écartée. Contact est pris alors avec la DGCCRF⁴.

Un contrôleur rejoint très vite les deux policiers sur le lieu des faits et examine avec attention les vêtements : ceux-ci paraissent de qualité médiocre, les étiquettes ne sont pas exactement identiques à l'original ni à leur emplacement habituel.

Suspectant sérieusement de la contrefaçon, les enquêteurs commencent leurs contrôles : les identités sont vérifiées, les deux vendeurs ne sont pas connus des services de police, ils sont en situation régulière sur le territoire français, ils sont régulièrement déclarés auprès de la chambre des métiers et ont payé les droits pour leur emplacement sur le marché.

Reste à établir l'origine de la marchandise et là deux hypothèses de travail se présentent à nos enquêteurs :

- soit nos suspects sont mis en garde à vue pour être entendus sur le nom de la personne qui leur fournit la marchandise, mais ils peuvent se révéler peu loquaces, voire muets ;
- soit ils sont laissés libres, mais le parquet ordonnera la poursuite de l'enquête pour tenter de remonter la filière.

Par chance, la deuxième solution est choisie.

4. Cf. annexe III sur la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou DGCCRF.

Grâce à des investigations et à des filatures, le réseau est identifié ainsi que la personne qui le dirige.

Il s'agit du gérant d'un bar en relation directe avec son cousin résidant à l'étranger et déjà condamné pour association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste.

Une information judiciaire est alors ouverte et l'enquête est confiée conjointement à la brigade antiterroriste et à la douane judiciaire ⁵.

Les surveillances effectuées montrent que le bar est le lieu de rendez-vous d'individus liés à une mouvance fondamentaliste musulmane dont l'animateur principal est le gérant lui-même.

Des documents administratifs volés ainsi que des objets divers sont saisis au cours des perquisitions effectuées aux différents domiciles des personnes mises en cause, mais aussi et surtout dans des boxes privés et dans des entrepôts loués par celles-ci à des sociétés de stockage sur les communes de Paris, d'Argenteuil et d'Aubervilliers sous de faux noms ou au nom de sociétés qui n'existent pas.

Sont ainsi saisis de très nombreux cartons de vêtements de luxe et de chaussures de sport contrefaisants prêts à la revente, des étiquettes en rouleau prêtes à poser, de nombreuses sommes d'argent en espèces, des faux papiers d'identité (demandes d'autorisations de séjour, permis de conduire et cartes d'identité), une comptabilité portant sur le trafic, ainsi que des documents officiels de constitution de sociétés commerciales.

Au domicile de l'épouse sont saisis des faux papiers et des ordres de virement à un organisme de transfert de fonds.

Est ainsi mise à jour une structure clandestine de commerce de vêtements de luxe contrefaisants servant de base arrière à des opérations liées au terrorisme.

Si ce récit vous étonne, il n'en est pas moins proche de la réalité : à savoir que le trafic de contrefaçons est un trafic comme les autres, c'est-à-dire analogue à celui des armes ou des stupéfiants mais moins risqué ; cependant l'objectif recherché est le même : le profit maximum en un minimum de temps dans le but de bien vivre aux dépens de la société et de faire vivre un réseau, ici lié au terrorisme, qui a besoin de grosses sommes d'argent en espèces pour financer sa cause. Ces réseaux apportent ainsi un support logistique et un soutien économique.

D'autres affaires réelles peuvent aussi être évoquées.

5. Cf. annexe VIII sur le Service national de la douane judiciaire ou SNDJ.

2. CONTREFAÇON ET MAFIA

En août 2003, une société française dépose plainte auprès de la brigade centrale pour la répression des contrefaçons industrielles ou artistiques (BCRCIA) sur le fondement de l'article 113 alinéa 7 du Code pénal.

Cet article dispose que « *la loi française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction* ».

Cette société, laboratoire pharmaceutique important, avait constaté qu'était commercialisée dans un pays de l'Est une contrefaçon d'un produit de sa gamme destiné à lutter contre les rejets de greffes. Cette contrefaçon, particulièrement dangereuse, était notamment utilisée à l'Institut de transplantation de Moscou. Les investigations diligentées par le canal Interpol, puis à l'aide d'une commission rogatoire internationale, ont permis aux enquêteurs de la brigade et aux policiers locaux de démanteler un laboratoire clandestin dirigé par une équipe mafieuse, qui alimentait en contrefaçon de médicaments la population moscovite.

La présence des mafias dans ce secteur est quasi certaine. Elles distribuent à leur profit des médicaments douteux.

Il existe en France, une fondation dont l'objet est de lutter contre les mafias qui sévissent dans ce domaine. Elle est adossée aux laboratoires Pierre Fabre, dont elle détient une participation. Actuellement, elle travaille dans deux pays particulièrement éprouvés par ces maux, le Bénin et le Cambodge.

Dans un tout autre domaine, le journal *Libération* écrivait dans son édition du 23 juillet 2005 : « *les Chinois ont investi Vintimille : petite ville italienne aux portes de la France et considérée comme la capitale du faux en Europe. Les trois quarts des habitants qui sont d'origine calabraise, vendaient jusqu'à présent des contrefaçons de production italienne sous le contrôle des organisations criminelles. Mais la contrefaçon industrielle chinoise, débarquée à la tonne dans les ports de Gênes et de Naples, a changé la donne. Depuis deux ans, les Chinois fournissent et même vendent directement. [...] Il est évident que les Chinois travaillent en joint-venture avec les organisations criminelles, sinon des magasins auraient brûlé...* »⁶.

6. Cf. *Contrefaçon Riposte* n° 7 de septembre 2005 (édité par FILACTU : www.filactu.com) qui fait référence au journal *Libération* du 23 juillet 2005.

3. CONTREFAÇON ET FAUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

En juillet 2002, un individu de nationalité franco-algérienne est interpellé dans le cadre d'une procédure de faux et usage de faux documents administratifs importés de Thaïlande (ces faux passeports étant similaires à ceux retrouvés en possession de réseaux terroristes).

Incidentement, il est découvert à son domicile de nombreuses contrefaçons de chaussures de sport *Nike*, et d'étiquettes de col et broderies du crocodile *Lacoste*.

L'enquête a permis rapidement d'établir que ces contrefaçons étaient expédiées de Thaïlande par containers, à destination du port de Valence en Espagne. Dans ce port, le container était partagé en trois, une partie de la marchandise partait pour l'Algérie, une partie restait pour le marché espagnol et la troisième était acheminée par la route en France chez notre mis en cause, qui se chargeait de la vente dans la région parisienne.

Les investigations menées en Espagne ont permis d'identifier et mettre en cause trois membres de ce réseau.

Les investigations menées en Thaïlande ont permis d'établir que ce réseau avait créé une société d'import-export, qui n'avait qu'un seul client, l'individu arrêté initialement en région parisienne. Dès l'arrestation de ce dernier, la société avait cessé toute activité.

Dans cette affaire, aucun document comptable n'a été retrouvé, les règlements ayant toujours été effectués en espèces.

4. CONTREFAÇON ET TRAFIC DE STUPÉFIANTS

Les actions des groupements d'intervention régionaux (GIR) créés en 2002, et regroupant plusieurs services répressifs, (police, gendarmerie, douanes, impôts, etc.) et les actions des services de police judiciaire ont permis de mettre en évidence les liens qui existent entre la distribution des contrefaçons et les trafiquants de drogue ou les receleurs d'objets ou de véhicules volés, tous ces délits qui alimentent l'économie souterraine de nos banlieues. Ainsi :

- fin 2003, le service régional de police judiciaire (SRPJ) de Rouen, avec l'appui des GIR, a démantelé un réseau d'approvisionnement en grosse quantité en stupéfiants et en montres de luxe de contrefaçon ;
- fin 2003, la DRPJ de Versailles a mis à jour un réseau de trafic de stupéfiants et de vêtements contrefaisants en provenance du Maroc ;

- en janvier 2004, la DIPJ de Lille a mis à jour un trafic de stupéfiants, de contrebande de cigarettes et de contrefaçons de marques ;
- le 23 mars 2004, le GIR du Val-d'Oise, lors du démantèlement d'un réseau de trafic de stupéfiants a découvert des contrefaçons de DVD, de sacs *Louis Vuitton*, des faux décodeurs et des cartes satellites ;
- le même jour, le GIR de Bretagne a saisi des stupéfiants et des polos contrefaisants la marque *Hugo Boss* ;
- le 2 mars 2004, le GIR de Paris a démantelé un réseau de vente à la sauvette de contrefaçons de vêtements de luxe et a également entamé une procédure pour soupçon de blanchiment ;
- le 23 février 2005 en Aquitaine, il a été découvert incidemment, lors d'une perquisition effectuée dans le cadre d'un important trafic de cocaïne et de résine de cannabis, plusieurs contrefaçons d'articles de maroquinerie de luxe, de montres et de vêtements de marques ;
- le 25 janvier 2005 dans la région PACA, ont été interpellées vingt personnes se livrant à un important trafic de vêtements contrefaisants, montres et produits de maroquinerie. Plusieurs membres de ce réseau se livraient également au trafic de faux documents administratifs. Certains d'entre eux étaient déjà connus des services de police pour des violences et actes de barbarie, ou des trafics de stupéfiants.

II. – UN PHÉNOMÈNE TENTACULAIRE

La contrefaçon a désormais acquis les capacités d'une production de masse et n'épargne plus aucun secteur économique. Aujourd'hui, ce fléau porte atteinte à la santé et à la sécurité des personnes et finance les réseaux du crime organisé.

1. UNE PLACE CROISSANTE DANS L'ÉCONOMIE MONDIALE

D'après les chiffres de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques) qui datent de 1998, la contrefaçon ne cesse de croître atteignant 5 à 9 % du commerce mondial, soit 200 à 300 milliards d'euros, dont 6 milliards pour la France ; mais lors d'une conférence de presse, le 8 février 2005 à Bruxelles, le commissaire européen chargé de la taxation et des douanes a avancé un chiffre bien supérieur de 400 milliards d'euros.

Si elle ne copiait auparavant que les produits des grandes marques, la contrefaçon touche aujourd'hui tous les produits de consommation : produits numériques (son, image, logiciels), appareils domestiques, jouets, pièces détachées automobiles et aéronautiques, outillage, produits d'hygiène, médicaments, produits alimentaires, vins et spiritueux, parfums et cosmétiques, tabac... bien sûr sans omettre la maroquinerie, l'horlogerie, le textile...

Selon le Comité national anti-contrefaçon (CNAC)⁷, la contrefaçon représenterait 12 % du marché mondial du jouet, 10 % de celui de la parfumerie et des cosmétiques, 7 % de celui de l'industrie pharmaceutique.

Le nombre des saisies dans l'Union européenne a été multiplié par quatre entre 1999 et 2003 passant de 25 à 100 millions d'articles saisis.

Pour la France, les saisies sont passées de 300 000 articles en 1995 à 2 millions en 2003 et 3,5 millions en 2004 soit une progression de 75 % en un an.

Ces chiffres témoignent de l'importance du phénomène de la contrefaçon ; mais ils sont aussi à mettre à l'actif de la forte mobilisation de la douane.

Pour gagner en rentabilité, les contrefacteurs ne respectent pas les normes de fabrication et de sécurité des produits qu'ils copient. Jouets inflammables, médicaments sous ou surdosés, alcools frelatés, robots électriques dépourvus de systèmes de sécurité, parfums allergéniques... les

7. Cf. annexe IV sur le CNAC (Comité national anti-contrefaçon).

dangers pour la santé et la sécurité sont nombreux et de plus en plus fréquents.

Aux mains de réseaux criminels organisés, la contrefaçon entretient des liens étroits avec les trafiquants de drogue, d'armes et les milieux terroristes.

Plus rentable et pénalement moins risquée que ces trafics, elle constitue une manne financière considérable pour le terrorisme, tandis qu'elle partage avec les autres activités de commerces illicites (drogue et armes) les structures de production, les lieux de stockage, les moyens de transport et les réseaux de distribution.

Elle favorise et entretient le travail clandestin, ressource qu'elle exploite sans limites et dans les pires conditions.

Les produits de contrefaçon sont de plus en plus difficilement détectables. Ils circulent de plus en plus par voie postale ; cela permet d'acheminer les commandes effectuées *via* internet et limite ainsi le risque d'identification de l'expéditeur.

1.1. Une expansion géographique sans limite

La mondialisation de l'économie et le développement du commerce international ont facilité l'émergence de réseaux organisés de contrefaçon qui opèrent par-delà les frontières, ce qui rend leur démantèlement plus difficile.

Les contrefacteurs exploitent les vides juridiques et les failles administratives partout où ils existent.

Ces réseaux utilisent des moyens de transmission rapides, des modes de transport et une logistique modernes : ils sont le côté obscur de la mondialisation⁸.

Les réseaux de fabrication et de distribution se sont beaucoup étendus ces dernières années.

Les zones traditionnelles de fabrication se situent essentiellement à l'étranger avec près de 70 % pour l'Asie du Sud-Est (Chine, Taïwan, Thaïlande, Corée du Sud) et 30 % pour le reste du monde avec l'Europe de l'Est et le bassin méditerranéen (Italie, Espagne, Portugal, Tunisie, Maroc, Turquie). S'y ajoutent depuis peu, le Royaume-Uni, la Belgique et les États-Unis.

8. Cf. *Commerce international et corruption*, premier rapport SCPC 1993-1994 (scpc@justice.gouv.fr).

Aujourd'hui, 19 % des produits contrefaisants auraient pour destination la France, contre moins de 5 % en 2001 ⁹.

Parmi ces réseaux, on peut retenir la forte implication de la communauté chinoise, qui alimente aussi bien les Africains revendant les articles de contrefaçon dans les zones touristiques (côte d'Azur) que les marchés périphériques aux grandes villes (Paris, Marseille...).

La plupart du temps, ces Chinois (souvent originaires de la même province ou de la même ville) importent ces contrefaçons fabriquées en Chine *via* l'Italie (le port de Naples), où des liens financiers les unissent avec les mafias locales (location d'entrepôts, sociétés de transport...). De nombreuses enquêtes étant actuellement en cours il est difficile d'en faire état.

Un obstacle majeur pour le démantèlement de ces réseaux est l'importante mobilité des sociétés éphémères mises en place pour acheminer les marchandises.

Pour faire face à ce problème, la BCRCIA, depuis le début de l'année 2005, développe une coopération internationale avec les forces répressives italiennes (police, carabinieri, garde des finances).

Il peut également arriver que les produits soient partiellement fabriqués dans un pays, assemblés dans un autre et transitent dans un troisième, pour être finalement commercialisés dans un quatrième pays.

On est alors en présence d'une impressionnante spécialisation géographique, véritable méthode de rationalisation des coûts économiques et des risques pénaux.

Capitaux, unités de production, circuits de distribution et marchés sont ainsi cloisonnés, ce qui complique la tâche des enquêteurs.

1.2. Une puissance de production et de distribution d'une structure industrielle

La contrefaçon est passée à partir des années quatre-vingt-dix d'une activité artisanale, avec ses petits ateliers clandestins et ses actions isolées, à une logique industrielle, s'appuyant sur des installations coûteuses et ultra-modernes et utilisant tous les modes de transports marchands à disposition (maritimes, aériens, ferroviaires ou routiers).

Côté distribution, des sites internet de ventes classiques et de ventes aux enchères, contribuent à écouler des produits de façon massive et dans

9. Sources : CNAC et BCRCIA.

l'anonymat, les contrefacteurs pouvant rester cachés et se « déplacer » rapidement en cas de repérage.

Conséquence de cette modernité technique et technologique : une forte réactivité, qui facilite une mise sur le marché des produits contrefaisants presque simultanément, et parfois même avant celle des versions originales.

On voit ici nettement les liens qu'entretient la contrefaçon avec cette autre forme de délinquance qu'est **l'espionnage industriel**.

Ainsi, en 2002, la police britannique a démantelé un réseau de contrefacteurs dont l'équipement industriel et l'organisation rappelaient en tous points ceux d'une PME. Pour produire du faux champagne *Moët et Chandon*, et des parfums contrefaisants de grandes marques, les délinquants avaient en effet mis sur pied une véritable petite entreprise : quatre usines, un chimiste pour mettre au point les formules des fausses fragrances, des machines de conditionnement capables d'emballer 5 000 unités par jour, des chariots élévateurs et du matériel de charge, le tout dirigé par douze membres d'une même famille, pour assurer loyauté, discipline et contrôle ! ¹⁰

Cet exemple montre que, même s'ils nécessitent un financement important (de 50 000 à 100 000 euros pour certains moules et de 300 000 à 600 000 euros pour une ligne de production de matières plastiques), ces équipements sont malgré tout à la portée des contrefacteurs.

Cela prouve bien que l'on n'a plus affaire à de petits délinquants amateurs, mais à des organisations qui ont de très gros moyens.

D'autres exemples tirés de l'actualité récente mettent en lumière l'ampleur industrielle de la production :

- le 21 décembre 2004 : saisie par la douane de 285 rouleaux de fausse toile *Vuitton* représentant une longueur totale de 9 405 mètres qui aurait permis de fabriquer plus de 18 000 faux sacs ;
- le 12 décembre 2004 : saisie au Blanc-Mesnil de plus de 96 000 peluches pesant près de trois tonnes en provenance de Corée et à destination de la France. Après analyse, la marchandise s'avérait dangereuse pour les enfants ;
- en décembre 2004, les douaniers du Perthuis saisissent 10 000 faux vêtements de marques. La marchandise, qui arrivait d'Espagne, était destinée aux marchés italiens et français ;
- le 6 décembre 2004, 5,7 tonnes de cigarettes contrefaisantes sont saisies au péage de Gerzat, en Auvergne. D'une valeur de 550 000 euros, ces marchandises étaient emballées dans des sacs-poubelle cachés dans des

10. Cf. le rapport de l'AACP (*Alliance Anti-Counterfeiting and Piraty*) sur le site : www.aacp.or.uk

cartons portant la mention « Children Toys », eux-mêmes dissimulés au milieu d'un chargement hétéroclite de carrelage, de ratatouille et de cœurs d'artichaut ¹¹.

Autre exemple : en décembre 2004 à Tours, un réseau de contrefacteurs est démantelé ; treize personnes sont mises en examen, 25 m³ de pantalons et de chemises contrefaisantes sont saisis, mais surtout, de nombreux comptes bancaires sont bloqués, des biens immobiliers acquis avec de l'argent sale sont rendus indisponibles par réquisition et d'importantes sommes d'argent liquide sont saisies ¹².

Ainsi les profits générés par le commerce des contrefaçons peuvent-ils être énormes, blanchis dans l'immobilier par exemple, passant d'un pays à un autre pour être réinvestis dans le même domaine ou dans un autre, plus lucratif, selon les opportunités qui se présentent.

« Si les financements de la contrefaçon peuvent être considérables, le retour sur investissement est à la hauteur de la mise. La grande criminalité qui dispose de masses monétaires si considérables qu'elle a de la peine à les utiliser, considère la contrefaçon à la fois comme une opportunité d'investissement de ces fonds tout en retirant de l'opération un bénéfice supplémentaire non négligeable.

La grande criminalité est donc devenue l'investisseur privilégié de ce flux illégal. Elle est à la fois le banquier, l'organisateur et le bénéficiaire de la contrefaçon ¹³. »

Il arrive également que les produits contrefaisants saisis sur le territoire français ou européen soient en fait destinés à un autre marché et soient simplement en transit. Ainsi, près des deux tiers de ces marchandises saisies en France en 2003 n'étaient pas destinées au marché national.

En effet, pour tromper la vigilance des autorités douanières, les contrefacteurs recourent à la technique de l'acheminement indirect. Il s'agit en fait de dissimuler l'origine du produit en le faisant passer par plusieurs territoires différents avant de l'envoyer vers sa destination finale.

Ainsi, en septembre 2003, près de 15 000 paires de lunettes contrefaisantes ont été saisies à Roissy. En provenance de Dubaï, premier port mondial de la contrefaçon, les chargements étaient destinés à Abidjan.

11. Cf. le site : www.douane.gouv.fr

12. Cf. *La Nouvelle République du Centre-Ouest* du 18 décembre 2004.

13. Noël Pons, *Cols blancs et mains sales, économie criminelle, mode d'emploi* chez Odile Jacob à paraître début avril 2006.

La complexité de ces circuits internationaux est d'autant plus grande que les routes changent constamment, choisies en fonction de la moindre rigueur des contrôles.

La configuration de l'aéroport de Roissy, dont les temps de transit des marchandises sont de plus en plus courts (de 45 minutes à une heure) est un atout pour les contrefacteurs.

Toutes ces techniques et les routes indirectes qu'empruntent de nombreux chargements sont des méthodes similaires à celles des trafiquants de drogue.

Les réseaux de distribution sont, eux aussi, très bien structurés et organisés sur le modèle commercial et sont en mesure d'écouler rapidement les quantités industrielles de produits contrefaisants.

Au-delà de la vente à la sauvette, les contrefacteurs écoulent parfois leur marchandise « au grand jour », par le biais de marchés (par exemple celui de Vintimille), ou de magasins ayant pignon sur rue (par exemple la rue de Brabant à Bruxelles), mais aussi par le biais de publicités, de catalogues ou par internet.

Ils écoulent également leurs produits par le biais des réseaux classiques de distribution.

Ainsi, durant l'été 2004, une quantité importante de lentilles de contact (ni correctrices ni stériles) a été saisie à l'aéroport de Roissy par les agents des douanes. Ces articles étaient destinés au marché français et devaient être écoulés chez des opticiens qui, croyant faire une bonne affaire sur une fin de série de produits véritables, en avaient passé commande ¹⁴.

Les contrefacteurs usent également d'autres stratagèmes tels que le mélange de produits authentiques et de produits contrefaisants, principalement pour les produits vendus dans les hypermarchés, les solderies ou les réseaux de parfumerie.

Des produits authentiques volés peuvent aussi être mêlés à des produits contrefaisants, ce qui souligne les liens ténus entre le marché de la contrefaçon et le vol de stocks de produits authentiques.

Enfin, les contrefacteurs n'hésitent pas à recourir à des **sociétés écrans** : ainsi en février 2005, plus de 141 000 rasoirs jetables contrefaisants provenant de Chine ont été saisis dans des entrepôts à Meaux. Le propriétaire des entrepôts a été mis en examen des chefs d'importation de marchandises contrefaisantes, faux et usage de faux et travail dissimulé : l'enquête révélait qu'il écoulait la production par le biais de quatorze solderies dont il n'était

14. Cf. le site mis en place par Johnson & Johnson : www.acuvue.com.fr

pas officiellement propriétaire, mais qu'il contrôlait et que quarante salariés travaillaient pour ces entreprises dispersées dans plusieurs départements et regroupées dans deux sociétés.

1.3. Un coût économique et social considérable

La France est particulièrement touchée par ce fléau puisque de nombreuses marques contrefaites sont françaises. Le pillage du savoir-faire contribuerait à la suppression annuelle de près de 200 000 emplois dans le monde dont 100 000 en Europe et au moins 30 000 en France.

Outre les pertes qu'elle génère en termes de chiffre d'affaires et d'emplois, cette activité illicite pénalise également les entreprises en matière d'investissements (recherche et développement, marketing, communication...) plus difficilement rentabilisés et ternit leur image de marque.

La contrefaçon fausse le jeu de la concurrence honnête et entraîne également de lourdes pertes de recettes fiscales, les ventes réalisées ne pouvant être taxées, pas plus que les revenus tirés de ces ventes.

Aujourd'hui, la contrefaçon est donc devenue une forme de criminalité organisée avec ses spécialistes de la production selon les secteurs industriels concernés, ses financiers, ses logisticiens, ses importateurs, grossistes et distributeurs jusqu'au consommateur final.

Elle apparaît donc comme un investissement rentable et peu risqué, qui permet de faire fructifier l'argent sale provenant d'autres trafics.

2. UNE MANNE CROISSANTE POUR LES RÉSEAUX CRIMINELS

2.1. Une collusion avérée avec les milieux terroristes et trafiquants

Selon Interpol, « *la contrefaçon est une activité criminelle à part entière qui n'est pas en périphérie des autres activités criminelles, mais au cœur de celles-ci* ».

Source de profits considérables, la contrefaçon est devenue la banque idéale de nombreux réseaux mafieux. On soupçonne qu'elle participe au financement de nombreux groupes terroristes dans le monde.

S'agissant des autres activités illégales de commerce (drogue, armes...), la contrefaçon partage les mêmes locaux de production ou de conditionnement et les mêmes moyens de transport, leur permettant ainsi de réaliser d'importantes économies d'échelle.

Selon le CNAC, la contrefaçon est souvent aux mains de réseaux criminels organisés comme la Camora en Italie du Sud, l'IRA en Irlande, les groupes du COSA (Crime organisé de souche asiatique) en Asie, la Yakusa au Japon, le Bucak en Turquie...

2.2. Un vecteur dangereux du travail clandestin et de l'immigration clandestine

Les contrefacteurs accroissent les profits de leurs activités en faisant appel à des travailleurs clandestins qu'ils peuvent sous-payer et assujettir sans risque de rébellion.

Les réseaux internationaux parfaitement organisés vont même jusqu'à provoquer l'immigration clandestine au sein de l'Union européenne pour s'assurer la main-d'œuvre la plus obéissante possible, puisqu'elle est redevable de sa dette au passeur.

Entassés dans des caves ou des appartements exigus, les clandestins travaillent dans des conditions inacceptables.

2.3. Intimidation des industriels et des autorités et corruption

En représailles à des saisies importantes ou à des actions qui leur sont défavorables, certains contrefacteurs ont régulièrement recours à la menace et la mettent parfois à exécution.

Ainsi, en Russie, le directeur du RAPO (l'équivalent de l'Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle) a été victime, le 24 novembre 2002, d'une tentative de meurtre, après la saisie de près d'un million de pochettes et de 120 000 DVD piratés.

D'autre part, la corruption permet de laisser se développer des activités interdites : dans les pays qui disposent d'une législation réprimant ce délit, la corruption portera le plus souvent sur les agents de contrôle (transport, site) et sur les contentieux ouverts à la suite de constatations d'infractions.

2.4. Un brouillage systématique des pistes

Les contrefacteurs profitent de la mondialisation et de l'ampleur des réseaux commerciaux pour avancer « masqués » et brouiller les pistes.

Ils cloisonnent généralement les capitaux, les sites de production, les circuits de distribution et les marchés.

Ils fabriquent ainsi partiellement un produit dans un pays A avec les capitaux d'un réseau établi dans un pays B, l'assemblent dans un pays C, le font transiter par un pays D et le vendent *in fine* dans un pays E.

Les techniques destinées à tromper la vigilance des autorités douanières sont nombreuses : acheminements indirects (transit d'un produit par deux ou trois pays avant de parvenir à sa destination finale), modification permanente des circuits de passage et de distribution, recours aux moyens de transport les plus rapides, comme le fret express, mélange de produits authentiques et de produits contrefaisants.

Le transport groupé facilite aussi le trafic : pour aller de Rome à Paris, la marchandise pourra passer par l'Allemagne, compte tenu des contraintes liées aux plates-formes logistiques. Pendant le trajet, il y aura changement de tracteur, de remorque, de chauffeur et il y aura de tout dans le camion, qu'il soit frigorifique ou bâché ; le camion peut être rempli de cartons divers, on ne voit rien. La marchandise peut encore être cachée sous des oignons ou des salades (légumes peu onéreux)... Ça se passe tous les jours et c'est du flux tendu.

Quand ils sont interpellés, les chauffeurs disent toujours qu'ils ne savent pas ce qu'ils transportent ; il est vrai que pendant le chargement de leur camion, il arrive qu'ils soient installés dans une salle de repos, à l'écart. Mais il arrive aussi que les chauffeurs s'arrêtent en cours de route pour faire eux-mêmes leur propre trafic.

2.5. Une activité plus rentable et moins risquée qu'un trafic « standard »

La contrefaçon est une activité particulièrement rémunératrice : un euro investi peut rapporter environ dix euros aux contrefacteurs. Un kilogramme de CD piratés rapporterait trois fois plus qu'un kilogramme de résine de cannabis.

J.-F. Delière écrivait dans le journal *Le Soir* que pour que le trafic de cigarettes soit rentable, il suffisait qu'un conteneur sur dix passe à travers les mailles du filet ¹⁵.

Elle est donc particulièrement attractive pour les délinquants qui y voient une source considérable de profits et un risque judiciaire jugé faible en comparaison avec d'autres trafics plus lourdement punis, comme le trafic de stupéfiants.

15. Cf. *Le Soir*, mercredi 18 août 2004, « La contrefaçon finance le terrorisme ».

3. LA CONTAMINATION DE TOUS LES SECTEURS DE L'ÉCONOMIE

3.1. L'attrait persistant des marques à forte notoriété

Le prestige des marques explique l'ancrage historique de la contrefaçon dans les secteurs de la mode : vêtements et accessoires, chaussures, lunetterie, maroquinerie, bijouterie, horlogerie, parfumerie... et sa persistance.

Très réactifs aux dernières tendances de la mode, les pirates du prêt à porter ont inondé la France de vêtements de la marque *Red-Bull* (30 % des saisies en 2005) comme ils l'avaient fait l'année dernière avec *Von Dutch*.

La résonance des événements sportifs internationaux a, par ailleurs, renforcé la copie de marques liées aux sports et aux loisirs grand public, dépassant de la sorte la contrefaçon de produits de luxe.

Ainsi, le 4 décembre 2003 à Roissy, les douaniers ont saisi près de 245 000 étiquettes contrefaisant les marques *Lacoste*, *Timberland*, *Nike* et *Ecko*. En provenance de Hong Kong, elles devaient être acheminées au Maroc.

La qualité d'apparence des contrefaçons ayant été améliorée depuis quelques années, le consommateur est trompé lors de l'achat qu'il peut effectuer même à un prix parfois élevé.

3.2. La fraude documentaire

Le Sénat tire le signal d'alarme sur l'explosion des vols de papiers d'identité : en France, 100 000 passeports et 500 000 cartes d'identité sont dérobés par an ¹⁶.

Dans son rapport d'information n° 439, le Sénat indique que la lutte contre la fraude aux titres d'identité est une priorité pour lutter contre les escroqueries, le banditisme et le terrorisme.

Porté par le vent de la mondialisation, le faux passeport s'est immiscé dans la vie de tous les jours, partout sur la planète : que l'on soit clandestin, grand voyou ou terroriste, il vous rend transparent. La clientèle ne manque pas.

À la fin de l'année 2005, les braquages se sont multipliés pour obtenir des « vrais » faux passeports. Un sous-préfet de Carpentras a même été pris en otage.

La fabrication même de faux titres d'identité a quitté l'ère artisanale pour devenir industrielle et internationale : les contrefaçons fabriquées en

16. *Aujourd'hui en France* du 14 décembre 2005.

Thaïlande ou en Bulgarie arrivent en France par colis express contenant cinquante exemplaires, ce qui permet une certaine discrétion.

Autre moyen d'approvisionnement similaire au trafic des stupéfiants : l'usage de « mules ». Des passeurs franchissent les frontières et écoulent leur marchandise auprès d'intermédiaires qui inondent le territoire français.

Pour endiguer le phénomène, la commission du Sénat préconise une nouvelle génération de papiers d'identité électroniques.

Pour 2007, le gouvernement français envisage de mettre en place une carte électronique d'identité et des passeports comportant des données biométriques infalsifiables, avec reconnaissance faciale et empreintes digitales.

Pour Christian Naudin, chercheur au département « menaces criminelles contemporaines » de l'Institut de criminologie à l'université Paris II : « *la vulnérabilité de la société de droit, c'est justement l'identité* »¹⁷. Il pointe le coût des fraudes documentaires pour la sécurité sociale ou les Assedic, le nombre de faux permis de conduire en circulation et rappelle qu'une semaine après le drame du 11 septembre 2001, dix-sept des dix-neuf pirates de l'air n'étaient pas formellement identifiés, ceux-ci ayant utilisé de nombreux alias. Il précise comment la fausse identité lèse aussi bien l'État que les entreprises ou les personnes privées.

3.3. L'utilisation d'internet – Le piratage numérique

Il n'aura échappé à personne que la question du piratage numérique fait actuellement débat. C'est là un véritable problème de société, de comportement, que nous avons choisi de ne pas développer ici, le sujet méritant à lui seul une étude.

4. LES DANGERS DE LA CONTREFAÇON ET LES RISQUES AVÉRÉS POUR LE CONSOMMATEUR

4.1. Une atteinte à la santé et à la sécurité des personnes

En s'attaquant aux produits de consommation de tout genre sans respecter le cahier des charges des marques copiées, la contrefaçon a ouvert un champ important de risques en matière de santé et de sécurité.

17. C. Naudin, *Alias* aux éditions de La table ronde, Paris 2005.

Au ban des produits les plus dangereux pour la santé figurent les médicaments, les vins et spiritueux, les produits d'hygiène très souvent allergéniques, etc. Et parmi ceux qui présentent un danger pour la sécurité : les appareils domestiques, les pièces détachées dans les domaines automobiles et aéronautiques, les jouets...

Les appareils domestiques

Poêles, robots, couteaux, barbecues électriques, cocotte-minute... les articles de cuisine sont les plus contrefaits dans le domaine des appareils domestiques. Or, pour réduire au maximum les coûts, les contrefacteurs ne respectent pas les normes et négligent la mise en place de systèmes de sécurité (fusibles ou métaux mal adaptés, résistances non conformes, absence de verrouillage...), souvent mal connus du consommateur. Ainsi, la mauvaise qualité de ces appareils peut provoquer des accidents très graves : coupures, électrocutions, brûlures, explosions...

Les pièces détachées dans les domaines automobiles et aéronautiques

D'après le CNAC, dans l'Union européenne, 5 à 10 % des pièces de rechange automobiles sont des pièces contrefaisantes.

Elles arrivent fréquemment sur le marché par l'intermédiaire de professionnels peu scrupuleux qui profitent de l'ignorance technique de leurs clients. Pare-chocs, plaquettes de freins, capots, pare-brise... sont autant de pièces fréquemment contrefaites qui peuvent, si elles sont défectueuses, rendre un accident fatal. Or, ces pièces ne correspondent pas en général, aux normes de fabrication et de qualité exigées, dont les contrefacteurs se moquent, leur objectif étant de réaliser du chiffre d'affaires.

Ainsi, le groupe Michelin a annoncé le 6 décembre 2005 qu'il avait assigné en justice un distributeur européen qui commercialise depuis plusieurs mois des pneus pour poids lourds copiant des sculptures de pneu Michelin. Il s'agit du groupe Heuver, basé aux Pays-Bas, qui distribue les produits du fabricant chinois de pneumatiques Aeolus¹⁸. Thierry Coudurier, président de la branche « camion » chez Michelin indique : *« nous ne voulons pas qu'il y ait confusion dans l'esprit du consommateur, car la sculpture sur laquelle nous avons déposé des brevets contribue à l'identité de la marque »*.

Michelin a alerté la commission européenne, afin que la protection de la propriété industrielle soit respectée. Ces produits sont proposés sur le marché 30 % moins chers que les originaux. Le groupe français avait déjà engagé, en avril 2005, des poursuites sur le marché américain à l'encontre du même fabricant chinois. Michelin a alerté les distributeurs en Europe

18. *Le Monde* du mercredi 7 décembre 2005.

pour les mettre en garde contre cette contrefaçon qui porterait sur 70 000 à 80 000 unités. Aux États-Unis, le phénomène est très important : en quelques mois, plusieurs centaines de milliers de pneus ont été commercialisés de façon illégale. Parallèlement à l'action judiciaire en Europe, Michelin a également déposé plainte en Chine contre Aeolus.

Phénomène récent et inquiétant, les transports aériens ne sont plus épargnés par la contrefaçon. Face à une concurrence exacerbée, les compagnies sont tentées de rogner sur les différents postes de budget : la formation de l'équipage, les salaires, mais aussi la maintenance. Cette dernière ligne de dépenses est loin d'être négligeable. Une visite réglementaire d'un Boeing 747 après six ans d'exploitation coûterait 6,5 millions d'euros ¹⁹.

En principe, chacune des pièces doit être certifiée et être accompagnée d'un certificat permettant de disposer de son historique et donc d'une traçabilité. Néanmoins, il existerait un trafic de faux documents certifiés. L'obligation qui pourrait être faite d'intégrer des puces électroniques dans les pièces présentant un risque pourrait limiter le développement de ces faux.

Lorsque certaines pièces peuvent difficilement être contrefaites, il reste l'opportunité de les voler ou de les détourner dans des circuits de revendeurs et de fournisseurs peu scrupuleux ou pressés.

Il peut être aussi organisé un trafic de pièces de seconde catégorie, de pièces d'occasion réusinées ou simplement nettoyées ou encore venant de la « cannibalisation » d'avions non utilisés. Cette usure qui n'est pas prise en compte, est responsable de cassures qui peuvent être fatales. Or, les avions de certaines compagnies sont de plus en plus révisés dans des ateliers certes agréés mais dans des pays où les protocoles de contrôle sont plus laxistes. Si une compagnie est en grande difficulté financière, ou si elle utilise des sous-traitants peu scrupuleux, les réparations pourront être effectuées avec des pièces de seconde catégorie ou contrefaites.

Dans le désert du Mojave en Arizona, gigantesque cimetière d'avions, 2 100 gros porteurs attendent un repeneur. Celui de la West Carribean qui s'est abîmé le 16 août 2005 à l'ouest du Venezuela faisant 160 victimes avait « attendu » quelques années dans ce *no man's land* avant de prendre le chemin de la Colombie. La compagnie colombienne est soupçonnée d'avoir eu recours à des pièces détachées contrefaites ou défectueuses. Une instruction judiciaire est en cours à Fort-de-France.

Premiers bénéficiaires de ce nouveau business, les courtiers qui se fournissent dans ces grandes casses ou dans des officines clandestines et revendent la pièce contrefaite accompagnée de faux certificats, réalisant à

19. *Le Parisien* du mercredi 18 janvier 2006.

l'occasion d'alléchantes marges. Ainsi, une pièce détachée, telle une pompe hydraulique, coûterait 10 000 euros et sur le marché parallèle son prix pourrait chuter jusqu'à 1 000 euros

Ces trafics ont, dans les compagnies les plus importantes, nécessité la création de postes de « chasseurs » de fausses pièces²⁰.

Dans le même ordre d'idée, les compagnies aériennes peuvent être confrontées à un problème lié au carburant : en effet, du fait de la **corruption ambiante**, certains préposés au carburant revendent une partie du kérosène à des tiers et pour camoufler le délit, rajoutent des huiles de vidange ou divers autres produits dans les cuves, ce qui explique quelques ratés dans la combustion, qui peuvent avoir des conséquences dramatiques.

Les jouets

À la veille des fêtes de Noël 2005, le ministre délégué au Budget, Jean-François Copé, a présenté dans un entrepôt parisien quelques exemplaires des 17 169 jouets sortis d'ateliers asiatiques et confisqués le 8 décembre 2005 dans la capitale. La valeur marchande de cette saisie record est estimée à 1,2 million d'euros.

Arrachant d'un geste les yeux d'un chien mécanique en peluche, démembrant sans peine un petit soldat articulé, montrant les dégâts occasionnés par un pistolet à billes non conforme sur un bout de carton, le ministre a lancé un véritable message d'alerte à l'adresse des parents : « *Ces jouets pas aux normes, qui se brisent comme un rien, risquent à tout moment de crever les yeux ou d'étouffer les enfants. Pour éviter les drames, il faut arrêter d'acheter des articles vendus à la sauvette ou n'étant pas estampillés par la norme CE...* »²¹.

Les vins et spiritueux

Les boissons alcoolisées (cognac, champagne, whisky, vodka) sont les plus touchées par la contrefaçon. Si elles peuvent être simplement sans saveur, elles sont aussi souvent dangereuses ou mortelles : frelatées, elles peuvent provoquer la cécité ou même la mort, comme ce fut le cas pour une Écossaise au printemps 2003 après l'absorption de vodka de contrefaçon²².

Les cigarettes²³

Le marché parallèle des « fausses » cigarettes se révèle florissant. Si la cigarette est indéniablement un produit dangereux pour la santé, sa fabrication

20. N. Pons, déjà cité.

21. *Le Figaro* du vendredi 23 décembre 2005.

22. Rapport ACG 2003, *Why You Should Care About Counterfeiting*, www.a-cg.com

23. Cf. *La Tribune* du jeudi 15 décembre 2005, p. 34-35.

n'en obéit pas moins à des normes sur les taux de nicotine, de goudron et de monoxyde de carbone exigés par les instances sanitaires européennes. Ainsi, selon un récent documentaire de la BBC, les cigarettes de contrefaçon contiendraient « 75 % en plus de goudron, 28 % en plus de nicotine et environ 63 % en plus de monoxyde de carbone ». Dans leur composition, il entrerait même parfois du sable et des matériaux d'emballage comme le plastique.

Si le renforcement des lois et l'augmentation des saisies importent, un meilleur contrôle de la chaîne de distribution est tout aussi essentiel. De fait, ce n'est pas un hasard si la France se trouve assez peu touchée par la contrefaçon de cigarettes alors même que leur prix est l'un des plus élevés d'Europe, derrière le Royaume-Uni : l'organisation de la chaîne de distribution y est bonne, avec une identification claire des buralistes comme points de vente légaux. À l'inverse, la contrefaçon de cigarettes est un phénomène particulièrement développé en Afrique.

Il est remarquable que la contrefaçon de cigarettes ne porte pas préjudice à une industrie qui se porte extraordinairement bien.

Les vêtements et cosmétiques

Les composants chimiques tels que teintures, solutions, alcool, fibres... utilisés dans les contrefaçons de vêtements, de cosmétiques et de parfums ne font pas l'objet de tests dermatologiques et leur composition est susceptible d'être dangereuse pour la peau. Des allergies cutanées parfois très graves ont pu être constatées sur des consommateurs de ces produits contrefaisants.

Les médicaments

Au cours de son allocution d'ouverture du séminaire intitulé « Contrer les contrefaçons », prononcée le 21 septembre 2005 à Strasbourg, Maud de Boer-Buquicchio, secrétaire générale adjointe du Conseil de l'Europe a tenu les propos suivants : ²⁴

« Imaginons un garçon de 16 ans qui ayant subi une transplantation du foie dépend d'une thérapie comportant des médicaments très sophistiqués et très chers destinés à traiter l'anémie grave dont il souffre. Imaginons que les injections que l'on a prescrit de lui faire, produisent des effets secondaires douloureux au lieu des résultats thérapeutiques escomptés. Profondément préoccupés par la souffrance du garçon, sa famille et le médecin traitant se trouvent démunis et inquiets pendant une longue période, jusqu'à ce qu'il s'avère que le médicament a été détourné par des criminels et réemballé dans des locaux loin d'être stériles et ne faisant pas l'objet de contrôles appropriés. Pour

24. Cf. site du Conseil de l'Europe : www.coe.int

augmenter les bénéfiques, le médicament a été reconditionné en doses plus petites et insuffisantes, puis réintroduit dans la chaîne de distribution officielle.

Le garçon a reçu des médicaments trafiqués incapables de lui apporter le traitement nécessaire et qui ont mis sa vie gravement en danger.

Cette fiction est-elle le fait d'un auteur de romans policiers à suspense ? non, c'est une histoire vraie. Elle est arrivée hors d'Europe, dans un pays où les soins de santé et les produits pharmaceutiques sont de niveau élevé. Hélas, ce type de cas arrive également sur notre continent, même si ce fait n'est pas connu de tous... »

La secrétaire générale du Conseil de l'Europe poursuivait :

« Plusieurs indices laissent penser que le crime organisé a trouvé dans la contrefaçon de médicaments un commerce actuellement lucratif, quasiment sans risque et susceptible de générer des ressources pour d'autres activités criminelles.

*Le crime organisé met la santé publique et celle de chaque citoyen en danger et son objectif est de créer des **réseaux de corruption étendus** qui entravent le développement démocratique et économique, freine la prospérité et prive le secteur privé de revenus légitimes.*

Dans un tel contexte, [ajoutait-elle], il est extrêmement inquiétant qu'en Europe il n'existe pas d'organe de référence central chargé de la surveillance, de l'analyse des tendances et de la formulation de recommandations d'actions dans le domaine des médicaments de contrefaçon ; cette situation, [précisait-elle], est favorable aux contrefacteurs qui peuvent profiter du manque de coopération nationale et internationale et de l'insuffisance des informations en Europe.

Le Conseil de l'Europe peut contribuer à une telle entreprise... Nous devons être coopératifs. »

Basées sur les saisies réalisées, les estimations sont loin de refléter l'ampleur exacte du phénomène. De surcroît, il faut souligner que les laboratoires concernés se montrent encore très réticents à en faire état, pour des raisons psychologiques comme juridiques. Leur image et leur réputation sont en jeu et ils n'estiment souvent pas judicieux de déposer une plainte pour laquelle ils n'obtiendront sans doute pas satisfaction.

Néanmoins, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) s'attache à recueillir des données depuis 1982. Ainsi, 25 % des médicaments seraient contrefaisants. Les estimations réalisées entre 1995 et 2000-2001 témoignent d'une certaine stabilité dans la répartition des produits : viennent en tête les antibiotiques, suivis par les médicaments pour l'appareil digestif, les remèdes contre le paludisme, l'hypertension, l'asthme et le diabète.

D'après l'OMS toujours, 6 à 10 % des médicaments vendus dans le monde seraient des faux ; mais dans les pays les plus pauvres, le taux moyen est estimé à 25 %, avec des pointes qui peuvent atteindre 80 %.

Les experts sont convaincus qu'en Europe, la contrefaçon de médicaments est en augmentation, même si la distribution est bien encadrée, car les occasions de s'en procurer restent importantes : voyages, ventes incontrôlées sur internet et libéralisation des échanges.

Malgré cela, la France reste bien protégée car elle bénéficie d'un excellent réseau de distribution des médicaments par l'intermédiaire de ses pharmaciens et tous les traitements des maladies graves sont pris en charge à 100 % par les régimes de Sécurité sociale notamment au titre de l'ALD (affection de longue durée).

Si les saisies de médicaments sont rares, la France est néanmoins concernée pour son rôle de plate-forme de transit et impliquée à travers les risques encourus par ses entreprises.

Les médicaments contrefaisants sont souvent si semblables aux produits originaux que ni les professionnels de santé ni les patients sont capables de reconnaître le bon produit avant de l'utiliser. Par conséquent, le patient encourt le risque d'utiliser un composé inefficace, voire toxique, qui ne mérite même pas qu'on l'appelle médicament ou qui ne vaut pas le prix que lui ou le système de santé l'a payé.

Contenant de l'eau, du café, du sucre, voire des substances dangereuses, ces produits ne respectent pas non plus les principes de dosage. Ils sont, au mieux, sans principe actif ou utilisent un principe ayant des effets masquant la maladie. Mais, dans le pire des cas, ils sont capables de provoquer la maladie ou la mort.

L'imagination des contrefacteurs est sans limite.

Par exemple au **Nigeria**, qui compte 134 millions d'habitants, les faux médicaments représentaient même 70 % de la consommation ; « *mais c'était avant que Dorothy Akunyili, plus connue sous le nom de Dora, n'y mette bon ordre. Un combat courageux* »²⁵.

Depuis avril 2001, cette femme est à la tête de la *National Agency for Food and Drug Administration and Control* (NAFDAC), l'organisme en charge de la lutte contre le trafic de faux médicaments, et mène une guerre de plus en plus efficace contre l'un des plus graves fléaux sanitaires sévissant dans les pays en développement : les médicaments de contrefaçon. En

25. Cf. *Courrier international* du 29 juillet 2004, traduit de *The Wall Street Journal*.

effet, les fabricants et distributeurs de ces contrefaçons comptent parmi les hommes d'affaires les plus riches du Nigeria.

Au cours de ses trois premiers mois à la NAFDAC, M^{me} Akunyili s'est vu proposer des pots-de-vin par des fabricants de médicaments locaux pour qu'elle autorise à la vente leurs produits sur tout le territoire. C'est là une pratique courante au Nigeria, dit-elle, mais elle refuse. Elle reçoit alors les premières menaces de mort par téléphone, des objets utilisés dans les cérémonies de sorcellerie, tortue séchée ou plumes de poulet trempées dans du sang, sont déposés sur son bureau. Un mois plus tard, six hommes armés font irruption à son domicile, mais elle est absente.

Sous sa direction, la NAFDAC a fait fermer des centaines d'entreprises nigérianes de faux médicaments. En brûlant sur la place publique les substances saisies, elle a fait de la lutte contre la contrefaçon un combat national.

Celle que l'on appelle Dora a décidé d'attaquer le problème à sa source : c'est-à-dire chez les fabricants clandestins qui exportent leurs produits depuis la Chine ou l'Inde.

Selon la NAFDAC, le schéma est toujours plus ou moins le même : le faussaire nigérian se rend dans l'un de ces deux pays avec un échantillon du médicament qu'il souhaite contrefaire et demande à ce que la contrefaçon ait la même apparence, la même odeur et le même goût que l'original. Et lorsque les fabricants ont mis un hologramme sur leurs emballages, il a été lui aussi immédiatement copié.

Mais les contrefacteurs ont répliqué avec une violence inédite. En 2002, un gang a détruit un laboratoire de la NAFDAC ; puis en mars 2004, c'est un incendie qui a éclaté au siège administratif de l'agence, à Lagos. Cet incendie a duré une nuit entière et détruit les onze étages de l'immeuble, avec tous les ordinateurs et les archives cruciales qu'il contenait. Deux jours plus tard, un nouvel incendie rasait un laboratoire de la NAFDAC situé non loin d'Abuja. Des responsables de l'agence suspectent des gangs liés aux contrefacteurs ; mais jusqu'ici, aucune arrestation n'a eu lieu.

Fin décembre 2004, Dora a fait l'objet d'une tentative d'assassinat et sa protection rapprochée a dû être renforcée. Les enquêtes policières menées après son agression soupçonnent des distributeurs locaux d'avoir loué les services de tueurs à gage pour la faire disparaître. Mais Dora trouve son énergie dans le souvenir d'une tragédie personnelle : en 1988, sa sœur diabétique est morte à l'âge de 21 ans à cause d'une dose d'insuline contrefaite.

Depuis son entrée en fonction, le pourcentage de contrefaçons de médicaments au Nigeria est tombé à 35 % contre 70 % en 2001 affirme la NAFDAC. Les bénéfices sanitaires de cette baisse des ventes, parmi lesquels, selon la NAFDAC, une chute sensible du nombre d'insuffisances

rénales liées à l'utilisation de médicaments contrefaisants, ont attiré l'attention des pays voisins, comme le Ghana.

Mais M^{me} Akunyili, 49 ans, doit subir le contre-feu de ses succès. Elle ne sort plus qu'accompagnée de ses gardes du corps, ne mange que de la nourriture maison de peur d'être empoisonnée, et une voiture de police et un camion de pompiers stationnent en permanence à proximité de son bureau.

Aujourd'hui, M^{me} Akunyili est inquiète : à la fin de son mandat, en avril 2006, elle ne bénéficiera plus de protection officielle et devra sans doute fuir son pays. *« J'ai conduit beaucoup d'entreprises à la ruine, dit-elle. La haine est tenace, vous savez ».*

III. – FACE À CES DANGERS, LE CADRE LÉGISLATIF CONSTITUE-T-IL UNE RÉPONSE ADAPTÉE ?

1. LA LÉGISLATION

1.1. Le dispositif français

La protection de la créativité

La protection de la propriété intellectuelle doit permettre à l'inventeur ou au créateur de retirer un profit légitime de son invention ou de sa création.

Elle doit également permettre la diffusion la plus large possible des œuvres, des idées et des savoir-faire nouveaux. Dans le même temps, la protection de la propriété intellectuelle ne doit pas faire obstacle à la liberté d'expression ni à la libre circulation de l'information et à la protection des données personnelles, y compris sur l'internet.

Cependant, sans moyens efficaces de faire respecter les droits de propriété intellectuelle, l'innovation et la création sont découragées et les investissements réduits. Il est donc nécessaire de veiller à ce que le droit matériel de la propriété intellectuelle soit effectivement appliqué.

La notion de contrefaçon

La contrefaçon est la reproduction frauduleuse par copie ou imitation d'une œuvre littéraire, artistique ou industrielle au préjudice de son auteur, de son inventeur.

Juridiquement, c'est la violation d'un droit de propriété intellectuelle protégé par la réglementation communautaire et les lois de propriété intellectuelle nationales.

En France, pour l'essentiel, les incriminations et les sanctions sont regroupées dans le Code de la propriété intellectuelle.

Concrètement, en cas d'imitation, la contrefaçon s'apprécie selon les ressemblances et non selon les différences : elle consiste à reprendre une ou plusieurs caractéristiques emblématiques d'un modèle original pour créer l'illusion de la réalité et porter à confusion auprès d'un acheteur non averti. Le but du contrefacteur est donc de s'approprier la notoriété d'autrui et de bénéficier du fruit de ses investissements.

Les différentes sortes de contrefaçons

La loi distingue :

- la contrefaçon de brevet : le brevet est un monopole temporaire accordé par l'État à une personne physique ou morale sur une invention en contrepartie de la divulgation de cette invention. Pendant la durée de validité du brevet, un tiers non autorisé ne peut pas le mettre en œuvre, sous peine de contrefaçon (le brevet protège donc l'innovation) ;
- la contrefaçon de marque, signe distinctif qui apposé sur un produit ou accompagnant un service, permet de l'identifier et de le distinguer. La marque protège l'identité du fabricant ou du commerçant ;
- la contrefaçon de dessins et modèles : produits qui doivent être nouveaux et présenter un caractère propre ; soit ils sont enregistrés, soit leur antériorité est revendiquée. La forme et le design de l'objet sont protégés ;
- la contrefaçon de droits d'auteur ou de droits voisins : le droit d'auteur naît du seul fait de la création de l'œuvre, sans qu'aucune formalité de dépôt ou d'enregistrement soit nécessaire, à condition que l'œuvre soit originale, c'est-à-dire porte la marque de la personnalité de son auteur ;
- la contrefaçon de certificat d'obtention végétale : l'obtention végétale étant une variété nouvelle, créée ou découverte, d'un genre ou d'une espèce. Le titre de protection est appelé certificat d'obtention végétale.

Il convient d'ajouter à cette liste les atteintes aux droits du producteur d'une base de données, matière également régie par le Code de la propriété intellectuelle ; il s'agit d'ensembles structurés de données (listes de clients, registre du personnel) gérés et utilisés par des moyens informatiques.

Le piratage numérique (CD, films, logiciels, livres ou arts graphiques) est aussi juridiquement une forme de contrefaçon, au même titre que la production de faux articles de marque. On peut ajouter que, dans les cas de piratage numérique, les copies sont aussi bonnes que les originaux et qu'il s'agit en l'espèce de véritables « clones ».

Les sanctions

Toute atteinte portée à ces différents droits garantis par le Code de la propriété intellectuelle constitue **un délit**. Le détenteur, au même titre que le fabricant, est passible de sanctions : jusqu'à 300 000 d'euros d'amende et trois ans d'emprisonnement.

Cependant, le délit de contrefaçon d'obtentions végétales est puni d'une amende de 10 000 euros, alors que le délit de contrefaçon de marques, qui punit les comportements les plus graves commis dans un but commercial, est puni de quatre ans d'emprisonnement et de 400 000 euros d'amende

(importation, exportation, réexportation en vue de vendre les marchandises, production industrielle de marchandises contrefaites, etc.).

Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende en cas de bande organisée et sont doublées en cas de récidive ou de circonstances aggravantes, alors que le trafic de stupéfiants est puni de peines pouvant aller jusqu'à trente ans de réclusion criminelle et 7 500 000 euros d'amende, voire la réclusion criminelle à perpétuité pour les têtes de réseau²⁶.

Le tribunal peut en outre prononcer :

- la fermeture de l'établissement exploité par le contrefacteur ;
- la confiscation du matériel et des recettes ;
- l'affichage et la publication de la décision ;
- la privation du droit d'élection et l'inéligibilité (droit des marques et modèles)

Les personnes morales encourent des peines d'amende et des peines complémentaires telles que la dissolution, l'interdiction d'exercer, la fermeture de l'établissement, l'exclusion des marchés publics, la confiscation des instruments et produits de l'infraction, l'affichage et la publication de la décision conformément aux articles 131-37 à 131-39 du Code pénal.

Il convient de préciser que les infractions relatives aux appellations d'origine ainsi que celles relatives aux indications de provenance sont prévues dans le Code de la consommation et punies d'un emprisonnement de deux années et d'une amende de 37 500 euros.

Le Code de la propriété intellectuelle prévoit aussi une **action civile en contrefaçon** qui peut être engagée par le propriétaire de la marque afin d'obtenir la réparation de son préjudice évalué sous forme de dommages et intérêts.

Lorsque le tribunal de grande instance est saisi d'une action en contrefaçon, son président, statuant en la forme des **référés**, peut interdire, à titre provisoire, sous astreinte, la poursuite des actes argués de contrefaçon, ou subordonner cette poursuite à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du propriétaire de la marque.

D'autre part, le propriétaire d'une marque enregistrée est en droit de faire procéder en tout lieu par huissier assisté d'experts de son choix, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de grande instance rendue sur **requête**, soit à la description détaillée avec ou sans prélèvements d'échantillons, soit à la saisie réelle des produits ou des services qu'il

26. Cf. article 222-34 et suivants du Code pénal.

prétend marqués, offerts à la vente, livrés ou fournis à son préjudice en violation de ses droits : il s'agit de la procédure de **saisie-contrefaçon**.

La contrefaçon constitue aussi un **délit douanier** : en effet, les douanes sont habilitées à intervenir en matière de contrefaçon de marques, de dessins et modèles et de droits d'auteur ; en cas d'infraction, l'administration des douanes peut saisir les produits et/ou appliquer la retenue douanière, avec dix jours de délai pour que le titulaire du droit puisse agir. Le Code des douanes sanctionne le délit d'une peine d'emprisonnement de trois ans, d'une amende équivalente à une à deux fois la valeur du produit authentique et de la confiscation de la marchandise et des moyens de transport.

Concernant la contrefaçon de marque, le nouvel article 67 du Code des douanes issu de la loi du 9 mars 2004 dite loi « Perben II » permet aux agents habilités de procéder à des opérations d'infiltration, avec l'autorisation et sous le contrôle du procureur de la République.

Dans le même sens, le règlement n° 1383/2003/CE du 22 juillet 2003 destiné à remplacer l'actuel règlement du 22 décembre 1994, renforce les possibilités d'intervention des douanes au sein de l'Union européenne.

En outre, le Code de la propriété intellectuelle autorise les **officiers de police judiciaire** à procéder dès la constatation du délit de contrefaçon de marque, à la saisie des produits fabriqués, importés, détenus, mis en vente, livrés ou fournis illicitement et des matériels spécialement installés en vue de tels agissements.

Dans la majorité des cas, les sanctions effectivement prononcées par les tribunaux correctionnels contre les individus convaincus d'atteintes à la propriété intellectuelle sont très en dessous de ces maxima légaux et très inférieures à celles généralement prononcées dans les affaires de stupéfiants.

Cela s'explique par le fait que dans le domaine des contrefaçons, les investigations sont difficiles et nécessitent souvent des commissions rogatoires internationales pour tenter de remonter les filières, ce qui est incontestablement très lourd à gérer.

D'autre part, la gravité de la matière est probablement moins bien perçue que les stupéfiants.

Ainsi, quand le parquet privilégie une condamnation rapide à une enquête longue aux résultats aléatoires, la condamnation prononcée contre un simple détenteur de marchandise contrefaisante ne peut pas être à la hauteur de celle qui aurait été prononcée à l'encontre d'une tête de réseau ou d'un distributeur.

La politique pénale du gouvernement

Le développement des activités illégales de contrefaçon a conduit à l'adoption, lors du Conseil des ministres du 2 juin 2004, d'un **plan gouvernemental** comprenant dix mesures complétées par une onzième le 22 juin 2004²⁷.

La mesure numéro cinq de ce plan prévoit l'élaboration d'une directive de politique pénale adressée aux parquets afin de renforcer l'action pénale dans ce secteur.

C'est ainsi que **la circulaire** de la Direction des affaires criminelles et des grâces **du 9 août 2004**²⁸ relative à la politique pénale en matière de contrefaçons remplace la précédente circulaire du 21 mars 1995 tout en couvrant un champ plus large, dans la mesure où elle concerne l'ensemble des contrefaçons : marques, droits d'auteur et droits voisins, bases de données, brevet d'invention, dessins et modèles, obtentions végétales.

Cette circulaire définit les orientations de politique pénale reposant notamment sur la coordination des actions pénale et douanière dans le secteur des contrefaçons de marques : transaction douanière et classement sans suite du parquet pour les constatations peu conséquentes, poursuites conjointes pour les constatations importantes, traitement différencié des procédures en fonction de la gravité des infractions : contrefaçon artisanale, véritable stratégie commerciale ou activités liées à la délinquance organisée.

Elle rappelle que depuis la loi du 9 mars 2004, le Service national de la douane judiciaire ou SNDJ est habilité à procéder à des opérations de surveillance et d'infiltration en matière de contrefaçons de marques et qu'il peut être saisi non seulement sur commission rogatoire mais aussi sur réquisitions du parquet en vue de procéder à des enquêtes préliminaires ou de flagrance.

Elle rappelle, d'autre part, la possibilité, pour les infractions de contrebande ou de contrefaçon en bande organisée, de prendre des mesures conservatoires sur les biens de la personne mise en examen afin de garantir le paiement des amendes encourues.

Elle préconise, enfin, la désignation d'un magistrat référent dans chaque parquet pour connaître des dossiers de contrefaçon et permettre le regroupement des procédures ainsi que l'organisation de réunions thématiques à l'initiative des procureurs généraux.

27. Cf. annexe I sur les onze mesures gouvernementales.

28. Circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces, CRIM-2004-9/G3 du 9 août 2004.

Le gouvernement a réaffirmé le caractère crucial de la lutte contre ces activités illicites à l'occasion d'une communication présentée au Conseil des ministres le 15 juin 2005.

La dernière circulaire du 7 juillet 2005²⁹ rappelle l'originalité du dispositif répressif français qui est de sanctionner pénalement l'ensemble des intervenants dans la chaîne commerciale, du producteur au simple acheteur en passant par les intermédiaires.

Elle annonce une prochaine campagne nationale de communication sur ce thème.

Dans les dossiers justifiant une information judiciaire et des investigations approfondies, la circulaire évoque la nécessité de délivrer des commissions rogatoires internationales vers les pays qui alimentent l'économie souterraine de la contrefaçon.

À cet égard, elle attire l'attention des procureurs généraux sur l'intérêt de faire appel aux services spécialisés tels que le Service national de la douane judiciaire (SNDJ) et la Brigade centrale pour la répression des contrefaçons industrielles et artistiques (BCRCIA) et de recourir aux juridictions interrégionales spécialisées en matière économique et financière (JIRS).

Un bilan des actions menées et des résultats enregistrés est prévu en début d'année 2006.

À propos d'internet, il convient de noter que la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique prévoit notamment la responsabilité des prestataires de services en ligne dès lors qu'ils connaissent le caractère illicite de l'information transmise.

Quant au projet de loi sur les **droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information** (DADVSI), son examen à l'Assemblée nationale à la veille des vacances parlementaires de décembre 2005, a été interrompu par l'adoption d'un amendement établissant une « licence globale » soit une légalisation du téléchargement c'est-à-dire des échanges *peer to peer* (de personne à personne) contre une rémunération forfaitaire prélevée sur les abonnements aux fournisseurs d'accès à internet. La reprise des travaux est prévue début mars 2006 avec une version remaniée du projet de loi.

Or, ce projet de loi déposé le 12 novembre 2003 devait au contraire ouvrir la voie des poursuites à l'encontre des utilisateurs illicites des logiciels *peer to peer*.

29. Circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 7 juillet 2005 ayant pour objet : « la politique pénale en matière de contrefaçons ».

Renaud Donnedieu de Vabres, ministre de la Culture, a défendu son texte en assurant vouloir « *concilier la liberté de l'internaute et la liberté de création* ». Le ministre a déclaré « *travailler en liaison étroite avec les parlementaires à rendre le texte plus lisible encore et à améliorer certaines dispositions, comme, par exemple, la garantie du droit à l'exception pour copie privée* »³⁰.

Un autre amendement vise « *à instaurer un régime gradué et proportionné de sanctions en différenciant le simple téléchargement illégal de la mise à disposition massive d'œuvres protégées* ».

Deux autres projets de loi sont en attente :

- le projet de loi anti-contrefaçons qui a été discuté par tous les intéressés, semble bloqué entre le ministère du Budget et celui de l'Industrie ;
- un autre projet de loi doit permettre la transposition en droit français de la directive européenne du 29 avril 2004.

Au plan diplomatique, le gouvernement français affirme sa volonté d'une coopération policière internationale plus offensive : à l'occasion du 15^e colloque annuel du **Service de coopération technique internationale de police** (SCTIP) le 5 septembre 2005, Nicolas Sarkozy, ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, a tenu un discours mobilisateur sur les priorités d'action.

Il a été rappelé, en premier lieu, que présents dans plus d'une centaine de pays, les 400 fonctionnaires du SCTIP peuvent apporter une aide précieuse aux entreprises qui souhaitent remonter les filières de la contrefaçon et, qu'en second lieu, les policiers et gendarmes du SCTIP ont une mission de terrain « *à la source des différents trafics et réseaux criminels (terrorisme, trafic de drogue et d'armes, immigration clandestine, contrefaçon...)* ».

Un décret, signé conjointement par les ministères de l'Intérieur, des Affaires étrangères et de la Défense, devrait fixer prochainement les attributions des attachés de sécurité intérieure (ASI) en poste dans les ambassades, a indiqué le ministre.

La contrefaçon étant un phénomène globalisé, qui joue sur les frontières, la riposte ne saurait être pensée au seul niveau national.

30. *La Tribune* des vendredi 13 et samedi 14 janvier 2006.

2. LA LÉGISLATION INTERNATIONALE

2.1. La réglementation européenne

L'Union européenne

Bien que ne pouvant en l'état actuel des traités constituer une base juridique de la réglementation, l'article 17, paragraphe 2 de la **Charte des droits fondamentaux** consacre le principe de protection de la propriété intellectuelle. Au niveau communautaire, cette protection repose essentiellement sur des instruments de coopération entre États membres et sur l'harmonisation des législations.

Plusieurs textes importants relatifs à la coopération policière et judiciaire entre les États membres de l'Union européenne mentionnent expressément la contrefaçon et le piratage de produits dans leur champ d'application. Il s'agit des textes suivants :

- acte du Conseil du 26 juillet 1995 portant création d'**Europol**³¹ : Office européen de police, dont le mandat a été étendu aux affaires de contrefaçons³², entérinant ainsi le caractère « criminel » de l'activité ;
- décision du Conseil du 28 février 2002 instituant **Eurojust** afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité³³ ;
- deux décisions-cadres du Conseil en date du 13 juin 2002 relatives, pour l'une, au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres³⁴, et pour l'autre, aux équipes communes d'enquête³⁵ ;
- décision-cadre du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel des biens ou d'éléments de

31. Cf. note en annexe X sur Europol.

32. La contrefaçon est expressément visée par l'Annexe II de la convention Europol.

33. L'article 42 de la décision-cadre fixe le délai de transposition par les États membres au 6 septembre 2003. Le rapport d'évaluation de la Commission sur l'application de cette décision (COM 2004/457, du 6 juillet 2004) indique qu'à l'issue du délai imparti seul un État membre, le Portugal, avait adopté toute la législation nécessaire à sa mise en œuvre. En France, cette transposition a eu lieu par la loi n° 2004-204 du 4 mars 2004 (articles 695-4 à 695-9 du Code de procédure pénale).

34. Dans son rapport d'évaluation (COM 2005/0063, du 23 février 2005), la Commission souligne le retard avec lequel l'ensemble des États membres a procédé à la transposition de cette décision-cadre, dont la date limite de transposition est fixée au 31 décembre 2003, elle précise qu'au 1^{er} novembre 2004 tous les États membres, sauf l'Italie, avaient adopté une législation spécifique. En France, la transposition a eu lieu par la loi n° 2004-204 du 4 mars 2004 (articles 695-11 à 695-46 du Code de procédure pénale). En Italie, la loi de transposition a finalement été adoptée le 22 avril 2005, (*Legge del 22 aprile 2005*, n° 69, publiée à la *Gazzetta Ufficiale* n° 98 du 28 avril 2005).

35. Dans son rapport d'évaluation du 7 janvier 2005 (COM 2004/0858), la Commission souligne une fois encore le retard avec lequel les États membres se sont dotés des outils juridiques permettant la mise en œuvre de ces équipes communes d'enquête, le délai de transposition étant fixé au 1^{er} janvier 2003. En outre, la Commission conclut que seul un État membre a adopté des mesures de transposition pleinement conformes à la décision-cadre, l'Espagne. En France, la transposition a eu lieu par la loi n° 2004-204 du 4 mars 2004 (articles 695-2 à 695-3 du Code de procédure pénale).

preuve³⁶, permettant d'empêcher la destruction, la transformation ou le déplacement d'un bien ainsi que d'obtenir la conservation de tous objets ou documents susceptibles de constituer une pièce à conviction.

L'Union s'intéresse également au respect effectif des droits de propriété intellectuelle qu'elle a harmonisés ou créés au niveau communautaire.

Ainsi, la **directive 2004/48/CE du 29 avril 2004** du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle est largement inspirée des pratiques des États membres.

Cette directive prévoit notamment :

- la mise en place de procédures relatives à la conservation des preuves et de mesures provisoires telles que ordonnances de référé ou de saisies de marchandises dans l'objectif de favoriser une action rapide et efficace et d'intervenir au niveau des intermédiaires ;
- la possibilité pour les autorités judiciaires d'ordonner à certaines personnes de fournir des informations sur l'origine et les réseaux de distribution des marchandises ou services illicites dans le but de forcer toute la chaîne à donner des informations pour permettre le démantèlement des filières ;
- le rappel et la destruction, aux frais du contrevenant, des marchandises illicites mises sur le marché ;
- l'harmonisation des modes de calcul des dommages et intérêts ;
- la diffusion des décisions rendues à titre de dissuasion complémentaire à l'égard des futurs contrevenants et pour contribuer à la prise de conscience du public au sens large ;
- l'élaboration de codes de conduite par l'industrie ;
- une évaluation, après trois ans de mise en œuvre, et la désignation de correspondants nationaux pour promouvoir la coopération et l'échange d'informations.

Cette directive doit être transposée dans les législations nationales d'ici le 29 avril 2006.

La proposition de directive oblige les États membres à qualifier d'infraction pénale toute atteinte intentionnelle à un droit de propriété intellectuelle commise à une échelle commerciale, y compris la tentative, la complicité et l'incitation³⁷. Outre l'emprisonnement pour les personnes

36. La décision-cadre fixe le délai de transposition au 2 août 2005. En France, cette transposition s'est faite par la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 (articles 695-9-1 à 695-9-30 du Code de procédure pénale).

37. Le critère d'échelle commerciale est emprunté à l'article 61 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (accord sur les ADPIC, conclu le 15 avril 1994), voir *infra* « La coopération internationale ».

physiques, le texte prévoit une gamme de sanctions qui doivent pouvoir s'appliquer aux personnes physiques et morales :

- amendes ;
- confiscation et destruction des biens, qu'il s'agisse des marchandises litigieuses ou des matériaux, instruments, supports ayant principalement servi à la fabrication ou à la distribution des marchandises en cause ;
- fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire de l'établissement ou du magasin ayant principalement servi à commettre l'atteinte ;
- l'interdiction permanente ou temporaire d'exercice d'activité commerciale ;
- le placement sous contrôle judiciaire ou la liquidation judiciaire ;
- l'interdiction d'accès à l'aide et aux subventions publiques ;
- la publication des décisions judiciaires.

La proposition de décision-cadre renforce les mesures de droit pénal visant à rapprocher les dispositions législatives et réglementaires des États membres, concernant les infractions aux droits de propriété intellectuelle ainsi que de faciliter et d'encourager la coopération entre États membres pour réprimer ces infractions. Ainsi, la proposition vise expressément les instruments d'entraide judiciaire : confiscation, équipes communes d'enquête et rôle d'Eurojust dans ce domaine.

En outre, la proposition fixe le niveau minimum des sanctions pénales encourues par les auteurs d'infractions :

- quatre ans d'emprisonnement au moins lorsque l'infraction est commise dans le cadre d'une organisation criminelle ou lorsqu'elle entraîne un risque grave pour la santé ou la sécurité des personnes ;
- 100 000 euros d'amende ;
- 300 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise dans le cadre d'une organisation criminelle ou lorsqu'elle entraîne un risque grave pour la santé ou la sécurité des personnes.

Par cette initiative, la Commission souligne ainsi que la lutte contre la contrefaçon, compte tenu de ses enjeux économiques, des dangers qu'elle représente pour le consommateur et des réseaux criminels dans lesquels elle s'inscrit, ne peut faire l'économie d'une répression pénale dont l'efficacité dépend de normes communes entre États membres.

Enfin, au titre des instruments de protection de la propriété intellectuelle, il convient de mentionner que dans le cadre de la coopération douanière avec les pays tiers, la Communauté a conclu des accords de coopération et

d'assistance mutuelle administrative³⁸. Ces accords concernent les opérations contraires à la législation douanière en général, cependant l'accord conclu avec la République populaire de Chine est particulièrement significatif puisque le second considérant vise expressément « [...] *les violations des droits de propriété intellectuelle [qui] nuisent aux intérêts économiques, fiscaux et commerciaux des parties contractantes* [...] ».

Le Conseil de l'Europe

Il n'existe pas de convention spécifique sur la lutte contre la contrefaçon émanant des instances du Conseil de l'Europe. Cependant, la **Recommandation 1673** de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe intitulée : « La contrefaçon : problèmes et solutions » a été adoptée le 7 septembre 2004.

Elle préconise en particulier la possibilité d'utiliser certains produits de contrefaçon confisqués à des fins sociales et caritatives dans des circonstances exceptionnelles et sous certaines conditions.

Lors de la rencontre du *Global anti-counterfeit Group* qui s'est tenue à Paris en mars 2005, la question de la mise en place d'un **Comité européen** de lutte contre la contrefaçon devait être à l'ordre du jour. [Il apparaît néanmoins qu'aucune décision sur le contenu n'a été prise, les discussions portant d'abord sur la base juridique, à savoir si cela relève d'une directive ou d'une décision-cadre, n'ayant pas encore abouti].

Les conventions bilatérales

La mise en place de **comités bilatéraux anti-contrefaçon** à vocation opérationnelle se fait progressivement.

Dans le cadre du plan français anti-contrefaçon, le ministre a souhaité donner une dimension plus opérationnelle aux comités mixtes existants avec les pays les plus touchés par la contrefaçon. Cette démarche a d'ores et déjà abouti à des réalisations concrètes avec l'Italie ou la Russie.

Ainsi, suite à la réunion du **comité bilatéral franco-italien** anti-contrefaçon du 25 juin 2004, il a été prévu que les coopérations en matière de lutte anti-contrefaçon soient renforcées : opérations communes sur le terrain, échange d'informations, coopération douanière et policière à travers l'échange d'informations, concertation préalable à toute décision prise dans

38. Décision 97/291 du Conseil du 26 avril 1997 entre la Communauté européenne et la Corée, décision 98/18 du Conseil du 27 novembre 1997 entre la Communauté européenne et le Canada, décision 99/400 du Conseil du 11 mai 1999 entre la Communauté européenne et Hong Kong, décision 2004/633 du Conseil du 30 mars 2004 entre la Communauté européenne et l'Inde, décision 2004/889 du Conseil du 16 novembre 2004 entre la Communauté européenne et la République populaire de Chine.

un cadre communautaire, organisation de rencontres entre magistrats français et italiens et mise en place d'une coopération sur les banques d'images développées dans chacun des deux pays. Ces différents projets ont fait l'objet de déclarations d'intention communes signées par les ministres respectifs des deux pays. Le comité est renforcé : réunion deux fois par an dont une fois au niveau ministériel, création d'un secrétariat, élaboration d'un programme opérationnel d'actions communes.

Ces bonnes intentions, hélas, restent encore trop souvent sur le papier.

La preuve en est de cette commission rogatoire internationale exécutée de façon expéditive par les autorités italiennes : cinq perquisitions réalisées en une heure, la constatation qu'une société n'existe plus sans aucune autre recherche. On en est donc encore aux balbutiements et au stade de l'affichage.

De plus, les autorités italiennes n'ont pas encore transposé la décision-cadre du 13 juin 2002, ce qui fait que les équipes communes d'enquêtes n'ont pas pu encore se mettre en place.

Enfin, la chambre des députés italienne a adopté le 9 novembre 2005 un amendement à la loi relative à la prescription et à la récidive qui vise à réduire les délais de prescription pour les délits commis par des personnes n'ayant jamais été condamnées. C'est dans ce contexte que l'INDICAM, organe italien de lutte contre la contrefaçon, fait valoir les effets très négatifs de cette loi sur la protection pénale des marques. Il deviendrait encore plus difficile qu'actuellement d'intéresser le ministère public à cette forme de délinquance, alors que la prescription serait presque toujours assurée, les délinquants en la matière étant rarement en état de récidive. Cet organisme relève que si la loi s'appliquait aussi aux procédures en cours, plus de 60 % des poursuites tomberaient. Or, nombre de plaintes émanent d'entreprises françaises dont les produits sont copiés.

Avec la Russie, la coopération en matière de lutte anti-contrefaçon a été institutionnalisée. Ainsi a été créé un comité bilatéral propriété intellectuelle et contrefaçon sous la forme d'un groupe de travail interne au Conseil économique, financier, industriel et commercial franco-russe (CEFIC). Ce groupe de travail a vocation à traiter de manière transversale toutes les questions liées à la contrefaçon et à se substituer aux comités existants.

Par ailleurs a été inauguré un laboratoire franco-russe de contrôle de la qualité du médicament, cofinancé par les pouvoirs publics des deux pays ainsi que les laboratoires pharmaceutiques français. Grâce aux contrôles de conformité, il contribuera à la lutte contre la contrefaçon.

Auprès de la Chine, des démarches sont également engagées pour une coopération renforcée comprenant la création d'un comité franco-chinois.

La coopération internationale

Face au fléau grandissant de la contrefaçon, l'ensemble des pays se mobilise depuis quelques années en vue d'une coopération plus efficace.

Ainsi, **Interpol**, l'organisme international de coopération des polices criminelles, a mis en place depuis 2001 un groupe de travail destiné à rendre plus fluide l'échange d'informations entre polices et à simplifier les enquêtes.

Il s'agit de l'IIPCAG (*Interpol Intellectual Property Crime Action Group*). De la même manière, un groupe « droit de la propriété intellectuelle » a été créé par l'**Organisation mondiale des douanes** notamment pour former les douaniers du monde entier à la reconnaissance des produits authentiques et des contrefaçons.

Un texte international doit être mentionné : il s'agit de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ou accord ADPIC. L'accord ADPIC, conclu le 15 avril 1994, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Il lie tous les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)³⁹.

L'article 16 de l'accord ADPIC indique que « *les membres prévoiront des mesures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale. Les sanctions incluront l'emprisonnement et/ou des amendes suffisantes pour être dissuasives et seront en rapport avec le niveau des peines appliquées pour les délits de gravité correspondante. Dans les cas appropriés, les sanctions possibles incluront également la saisie, la confiscation et la destruction des marchandises en cause et de tous matériaux et instruments ayant principalement servi à commettre le délit. Les membres pourront prévoir des procédures pénales et des peines applicables aux autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, en particulier lorsqu'ils sont commis délibérément à une échelle commerciale* »⁴⁰.

La contrefaçon et l'enjeu économique qu'elle représente constituent un élément de tension croissant au sein de l'OMC. Ainsi, l'actualité concerne particulièrement les relations commerciales avec la République populaire de Chine. Les États-Unis (soutenus par la Suisse et le Japon) ont menacé de porter plainte contre la République populaire de Chine devant l'organe de

39. Cet accord a été approuvé par la Communauté dans le cadre de l'OMC par la décision 94/800 du Conseil, JO L. 336 du 23 décembre 1994.

40. Cf. Lamy, *Droit pénal des affaires*, Éditions 2005, « Propriété intellectuelle et délits de contrefaçon », article 2261.

règlement des différends, si cette dernière ne justifiait pas d'une protection efficace des droits de propriété intellectuelle⁴¹. En tout état de cause, l'efficacité d'éventuelles rétorsions économiques ne peut s'apprécier qu'à l'aune de la manne que représente la contrefaçon.

3. LES PROJETS ET LES DIFFICULTÉS

3.1. Les projets

Le renforcement des services d'enquête

La lutte contre la contrefaçon nécessitant une forte mobilisation, le gouvernement a prévu d'accroître les pouvoirs des principaux services, ainsi que de renforcer des effectifs manifestement insuffisants.

Ainsi les effectifs du Service national de la douane judiciaire qui s'élèvent à l'heure actuelle à 105 agents habilités, sont appelés à augmenter rapidement. Cinquante agents de catégorie A et B, en formation à Tourcoing, s'apprêtent à rejoindre l'unité parisienne. En 2007, les officiers de douane judiciaire devaient être 200. Le recrutement d'un personnel très qualifié témoigne d'un choix en matière de profil.

Le projet de loi anti-contrefaçons dont il est fait état ci-dessus, supprime la limite d'âge de 28 ans pour postuler et vise à rendre le SNDJ compétent sur tous les types de contrefaçons, et non plus seulement sur les contrefaçons de marques.

À la DGCCRF, le bureau chargé des questions de contrefaçons a également déposé une requête pour voir son personnel renforcé et ses pouvoirs étendus. La DGCCRF souhaite ainsi être dotée des mêmes pouvoirs de saisie que pour la sécurité des produits.

Le projet de loi anti-contrefaçons susvisé prévoit notamment de modifier le Code de la consommation pour doter les agents de la DGCCRF d'un pouvoir de saisie des marchandises de contrefaçon de marque et de consignation de ces marchandises sans autorisation judiciaire. Si actuellement la DGCCRF possède déjà un pouvoir de consignation de la marchandise, mais sur autorisation du juge, cette procédure n'est pas utilisée.

Sont prévus également le renforcement de la coopération avec les entreprises et la participation de la DGCCRF à l'action internationale : c'est

41. Cinq marques de luxe viennent d'obtenir du tribunal civil de Pékin la condamnation de principe d'industries chinoises à des dommages et intérêts pour « contrefaçon », *Le Figaro*, supplément « Économie » n° 19105, jeudi 5 janvier 2006.

ainsi que la DGCCRF a déjà participé à deux reprises au comité franco-italien de lutte contre la contrefaçon qui a pour mission de développer les actions de coopération entre les deux pays.

La BCRCIA, qui compte seulement six personnes, souhaiterait disposer d'effectifs plus importants, entre huit à douze personnes. Un renfort de deux personnes serait prévu.

Sont également vivement souhaités les échanges d'informations spontanés entre services luttant contre le même fléau.

Le projet e-mage et la recherche d'une norme – La traçabilité

Au nombre des onze mesures gouvernementales présentées au Conseil des ministres du 2 juin 2004 figure le **projet baptisé « e-mage »**. Il s'agit d'expérimenter, puis de mettre en service, un fichier informatique des images et des caractéristiques des produits authentiques des entreprises pour permettre aux services d'enquête d'identifier en temps réel les produits contrefaisants.

Une réflexion est également menée sur les possibilités de **traçabilité des produits**.

En cours d'élaboration, une **norme Afnor** sur le marquage devrait être publiée en France, en début d'année 2006. « *Le concept repose sur l'immatriculation du produit par un code alphanumérique complété par un code barres bidimensionnel... Ces marquages seront stockés dans une base de données centralisée dans un des pays d'Europe* » a expliqué Pierre Delval, chargé de mission auprès du ministère de l'Industrie⁴². Il ne restera plus qu'à prévoir un texte qui pénalise le contrefacteur du système de marquage du produit pour compléter l'arsenal juridique existant a conclu Pierre Delval. Comme toute norme, son application sera facultative.

L'identification par radiofréquence ou **RFID** préconisée aux États-Unis suit son chemin : déjà les emballages de pilules de Viagra destinées au marché américain sont équipés d'étiquettes RFID pour lutter contre la contrefaçon.

La coupe du monde 2006 de football qui se déroulera en Allemagne est également sous surveillance RFID : ceux qui veulent y assister devront montrer patte blanche.

En effet, afin d'éviter la contrefaçon et le marché noir des billets et contrôler les entrées dans les stades, les billets seront dotés de puces RFID.

42. *Les Échos* du mercredi 7 décembre 2005.

Pour obtenir le fameux sésame, les candidats spectateurs doivent se pré-inscrire *via internet* et fournir toutes sortes de renseignements personnels tels que leurs nom, prénom, coordonnées, date de naissance, nationalité, équipe soutenue, etc.

Une décision qui suscite de vives réactions auprès des associations de consommateurs, inquiètes de l'utilisation qui pourrait être faite de données susceptibles de porter atteinte à la vie privée des spectateurs⁴³.

Dans un autre domaine, conformément à la norme établie par l'Organisation de l'aviation civile internationale dans le but de lutter contre les risques liés au terrorisme et à la fraude documentaire, la Principauté de Monaco délivre désormais des passeports à puces à ses ressortissants. Ces documents d'identité se composent d'une photo numérisée dans la trame du papier et d'une puce regroupant les informations relatives à l'identité du titulaire du passeport.

En France aussi, les passeports RFID devraient voir le jour, mais pas avant fin 2008.

Une autre application du système d'identification par puces RFID est envisagée par Boeing pour certaines pièces liées à la maintenance de son Boeing 787, afin notamment, de superviser les interventions et améliorer la traçabilité des pièces de rechange.

Pierre Delval, déjà cité, met en garde contre les risques d'utilisation abusive de la technologie RFID à des fins purement commerciales et marketing sous couvert de lutte contre la contrefaçon. Il montre qu'à travers le choix de la RFID, qui est un facilitateur de traçabilité indiscutable, les systèmes associés peuvent générer des **risques d'intelligence économique**⁴⁴.

Une vaste campagne de sensibilisation

Dans la droite ligne de la deuxième mesure gouvernementale, Le ministère de l'Industrie s'apprête à lancer début 2006, une vaste campagne de sensibilisation pour un montant de 5 millions d'euros. Spots publicitaires, affiches sont conçus pour alerter les consommateurs sur les dangers de la contrefaçon, ainsi que sur ses liens avec le crime organisé et le terrorisme. Pour favoriser la sensibilisation, il est prévu de consacrer tout un site internet au phénomène de la contrefaçon.

43. Revue *Traçabilité*, n° 2, janvier 2006.

44. Même revue *Traçabilité*, p. 24.

La transposition de la directive EU du 29 avril 2004 dans notre droit

La directive européenne du 29 avril 2004, sur le respect et l'harmonisation des droits de propriété intellectuelle, doit faire l'objet d'une transposition dans le droit national, conformément à la dixième mesure gouvernementale. Un projet de loi est à l'étude.

La création d'un pôle judiciaire spécialisé en matière de contrefaçon

À l'initiative de Jean-Claude Magendie, président du tribunal de grande instance de Paris, et en accord avec le bâtonnier de Paris, un groupe de réflexion composé de magistrats et d'avocats a été mis en place en 2004 dont le rapport final, remis au printemps 2005, préconise la création d'un pôle spécialisé en propriété intellectuelle ⁴⁵.

À l'instar des pôles qui existent déjà en matière de santé publique, de lutte contre la délinquance financière, de grande criminalité et de terrorisme, cette juridiction devrait permettre de regrouper les dossiers de manière plus cohérente. Un tel projet, qui vise à plus de logique et d'équilibre dans le traitement de ce contentieux, nécessite une réflexion commune approfondie et passe par des étapes intermédiaires, notamment la mise en place d'une chambre « mixte » à la fois civile et pénale, comme il en existe déjà en matière de droit de la presse.

Le pôle comprendrait deux sections supplémentaires et serait ainsi composé de seize magistrats au lieu de neuf, ce qui induit qu'un voire deux juges d'instruction seraient amenés à traiter spécialement ce contentieux. À terme, le pôle s'adjoindrait également les compétences d'assistants spécialisés.

Tous les organismes luttant contre la contrefaçon se réjouissent de ce projet.

Cependant, la réalisation d'un tel projet, qui suppose un soutien de la Chancellerie et une collaboration étroite avec le parquet, nécessite également un engagement significatif du barreau par le renforcement de sa spécialisation ainsi qu'une compétitivité et une attractivité sur le terrain tant national qu'international de nature à faire prendre conscience aux industriels de l'opportunité de choisir et de mener à son terme une procédure judiciaire.

Une prochaine étude de l'Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE)

L'OCDE a annoncé, fin août 2005, qu'elle lançait une nouvelle enquête sur la contrefaçon et la piraterie afin d'actualiser l'étude qu'elle

45. *Les Échos* du 26 septembre 2005.

avait réalisée en 1998. La première phase de ce projet devrait aboutir à un rapport final en décembre 2006. L'organisation prévoit également d'organiser un forum mondial au cours duquel seront examinées les conclusions de la première phase et leurs implications. Cette initiative est bienvenue car la lutte contre la contrefaçon a besoin d'indicateurs fiables.

3.2. Une législation adaptée mais des difficultés d'application

Si les différents intervenants se plaisent à reconnaître que la législation française est de bonne qualité et adaptée et que les peines sont suffisamment sévères, en revanche, il semble que ce soit son application qui présente des difficultés.

Un manque de coordination et de communication entre les services au plan national

Le problème le plus criant est sans nul doute celui du manque de coordination entre les différents services qui travaillent chacun dans leur domaine spécifique dans le même objectif à savoir celui de la lutte contre la contrefaçon.

Les échanges d'informations entre ces organismes, ainsi que leur centralisation au niveau ministériel, se révèlent encore nettement insuffisants.

Il était prévu, dans les onze mesures gouvernementales de 2004, que des groupes de réflexion et de travail interservices se réunissent chaque mois. Faute de véritables projets communs et d'impulsion, force est de constater que les séances s'espacent.

Le magistrat référent, préconisé par la directive du garde des Sceaux du 9 août 2004, dont l'existence a été rappelée le 7 juillet 2005 est rarement mis en place, ce qui permettrait pourtant aux services d'enquête d'avoir un interlocuteur identifié et sensibilisé et de regrouper des procédures pour une meilleure exploitation.

Les marques elles-mêmes n'ont pas toujours de politique claire : certaines ne déposent jamais plainte, d'autres au contraire portent plainte directement avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction avec des informations insuffisantes, ce qui fait que ces procédures ont du mal à aboutir et ne sont pas toujours bien comprises ; ces plaintes sont parfois dispersées sur l'ensemble du territoire alors que si elles étaient regroupées, les enquêtes gagneraient en efficacité.

Faute de temps et de sensibilisation, les parquets ont des difficultés à faire remonter les enquêtes jusqu'au donneur d'ordre. De ce fait, les

dossiers transmis aux juridictions sont insuffisamment étayés pour aboutir à des condamnations significatives.

Enfin, le secret professionnel est opposé entre professionnels alors qu'un « secret partagé » permettrait de mieux exploiter les informations.

Les difficultés de communication se retrouvent à tous les niveaux : entre enquêteurs, services de prévention, et aussi à l'international.

Une coopération internationale balbutiante

Alors même que la contrefaçon est essentiellement un phénomène mondialisé, qui se joue des frontières, la coopération internationale n'en est encore qu'à ses balbutiements. Des initiatives comme le Comité franco-italien de lutte contre la contrefaçon, ou le partenariat franco-russe en matière de produits pharmaceutiques, semblent des cas isolés. De surcroît, leur action demeure pour l'heure très ponctuelle et plus médiatique que véritablement productive.

Le récent succès de l'opération douanière internationale « Fake », organisée par l'OLAF et la direction générale TAXUD en mai 2005 et réalisée conjointement par les vingt-cinq États membres de l'Union européenne, mérite d'être souligné. 500 tonnes de marchandises contrefaisantes ont ainsi pu être saisies. Une telle initiative est la première du genre.

L'utilisation d'Interpol et d'Europol, outils essentiels dans la lutte anti-contrefaçon, est encore insuffisante. Pour autant, la BCRCIA et le SNDJ, qui sont leurs correspondants privilégiés, s'attachent à travailler véritablement au niveau international. Le SNDJ par exemple collabore beaucoup avec les douanes étrangères qui ont des compétences judiciaires. Le réseau des attachés douaniers (quinze dans le monde), les contacts avec des magistrats de liaison, l'AAMI (Assistance administrative mutuelle internationale) constituent ainsi une palette douanière assez large.

Le rôle ambigu des entreprises

Bien que cette question soit taboue, il est incontestable que les entreprises délocalisent et sous-traitent de plus en plus fréquemment, donnant ainsi à d'autres pays leurs moules et leur savoir-faire.

Or, effectuer des contrôles sérieux dans les usines délocalisées serait impératif. Il n'y a en effet aucun contrôle direct, chaque partenaire étant en général responsable de l'authenticité de ses produits. Il serait indispensable que chacun possède, à tout le moins, une charte ainsi qu'un code d'éthique.

En Europe même, le circuit des marchandises n'est pas assez surveillé. Prenons l'exemple des surplus : au bout de six mois, une nouvelle collection arrive, les produits sont obsolètes et les marques les bradent à vil prix à des

destockeurs allemands ou hollandais. Selon les accords passés, la marchandise est destinée aux pays situés hors de l'Union européenne. Or, il arrive que cette même marchandise revienne sur Paris. Il ne s'agit plus là de contrefaçons, mais de surplus mal gérés, d'un problème commercial entre sociétés.

En ne se protégeant pas toujours suffisamment, en laissant se développer, voire en favorisant, consciemment ou non, des industries parallèles, certaines entreprises ne sont pas toujours irréprochables.

Ainsi, une marque X produit en Italie, l'usine y fabrique des produits de première catégorie, mais aussi des produits de deuxième catégorie : c'est le même produit de base mais avec une autre finition et qui est vendu sous un autre nom.

Il est alors bien difficile de s'y reconnaître.

La marque peut aussi donner l'autorisation de vendre le surplus avec bénéfice au profit de l'usine : c'est un petit avantage accordé au fabricant compte tenu des prix serrés obtenus.

Ainsi, si les marques sont potentiellement victimes de contrefaçons, elles doivent néanmoins rechercher les failles qui existent dans leurs systèmes de production et de distribution et mettre en place des procédures de détection des fraudes plus performantes notamment par des contrôles internes mieux adaptés.

Les associations de consommateurs mal sensibilisées

Les associations de consommateurs sont loin d'être sensibilisées au problème de la contrefaçon. Trouver la corde sensible pour leur faire saisir les enjeux n'est pas évident, car ces associations se méfient des fédérations d'entreprises, et en viennent à tenir la contrefaçon pour la conséquence logique des prix élevés. De fait, si elles saisissent bien les dangers que peuvent provoquer les contrefaçons de médicaments ou de pièces d'avion, elles estiment en revanche la contrefaçon de produits de luxe parfaitement acceptable.

Ainsi, les associations de consommateurs sont réticentes à une action commune qui relèverait de l'action des pouvoirs publics et non des consommateurs. Elles sont plus tournées vers les questions de sécurité et perçoivent mal les relations avec la criminalité organisée. Elles mettent en cause la baisse du pouvoir d'achat des consommateurs et les marques qui jouent double jeu et qui pratiquent des prix excessifs.

Sur le site Acrimed (Action-Critique-Média), on peut ainsi lire ce commentaire sarcastique sur une information télévisée que l'auteur de l'article estime des plus complaisantes à l'égard des entreprises : « *Le travail*

des enfants, la drogue : tout cela n'est sans doute pas complètement faux. Mais quand l'appel à la morale civique coïncide aussi miraculeusement avec les intérêts des actionnaires, on pourrait s'interroger, non ? [...] La contrefaçon a beau, de son propre aveu, ne pas concerner uniquement l'industrie du luxe... c'est malgré tout l'objet principal de l'opération de communication. Des risques autrement plus graves [...] les contrefaçons de médicaments ».

Il est courant de distinguer, de la sorte, entre une « bonne » et une « mauvaise » contrefaçon, comme s'il existait deux manières différentes d'envisager le problème, avec des priorités à respecter.

Le rôle des fédérations

Si les fédérations ont vocation à favoriser la réflexion entre les entreprises, force est de constater que ces dernières optent le plus souvent pour une stratégie individualiste. Ainsi déposent-elles une plainte en fonction de leurs intérêts du moment, sans concertation avec les autres membres même si la saisie concerne plusieurs marques. De fait, le rôle d'organismes fédérateurs, comme l'Unifab ou le Comité Colbert, consiste bien à représenter les entreprises, mais en aucun cas à regrouper leurs plaintes pour agir en justice de concert et de façon méthodique. Sur ce plan-là, chacun fait cavalier seul.

Une lutte d'intérêt général

La tendance des campagnes de sensibilisation consiste à insister sur les sanctions auxquelles s'expose le consommateur. Si le message possède son utilité, il n'en est pas moins un peu court. Il est préférable de mettre en évidence, lors de ces opérations de communication, en quoi le fonctionnement de l'industrie de la contrefaçon est celui d'une économie souterraine⁴⁶. Évidemment, une telle volonté d'explication suppose que les consommateurs soient également disposés à prendre le temps de s'informer, la lecture d'un rapport demandant davantage d'effort de concentration que la vision d'une affiche ou d'un spot. Il faut néanmoins faire le pari que les consommateurs ne se montreront pas forcément réfractaires aux documents qui leur seront destinés.

À titre d'exemple, le CNAC et l'UNIFAB ont rédigé récemment des rapports très éclairants dont nous nous sommes largement inspirés sur les liens entre la contrefaçon et le crime organisé. Il est tout à fait regrettable que de tels documents ne soient lus que par un petit cercle de professionnels

46. Cf. rapport SCPC 2003 sur l'économie souterraine également appelée économie parallèle et blanchiment (scpc@justice.gouv.fr).

concernés directement par la question. Le public gagnerait à en prendre connaissance.

Il conviendrait précisément de briser les « entre soi », pour tenter d'informer à une échelle plus large. Ce pourrait être un rôle pour un organisme comme l'Unifab, qui ne serait plus vu par les consommateurs seulement comme le lobby représentatif des fédérations d'entreprises.

Il est, bien entendu, délicat de trouver le juste milieu entre communication de masse, nécessitant un message court, et information véritablement argumentée.

Il est important de présenter une information étayée, qui parie sur l'intelligence du consommateur. En ce sens, axer unilatéralement une campagne de sensibilisation sur la peur du terrorisme pourrait bien se révéler pernicieux. Un récent article de *Libération* (17 novembre 2005) choisit ainsi ostensiblement le ton de l'ironie pour traiter de la lutte anti-contrefaçon : « Pour convaincre de la justesse de sa cause, rien ne vaut la trouille ».

Il convient de signaler les dangers qui existent d'agiter un quelconque spectre. Souligner avec trop d'insistance le lien entre la contrefaçon et le terrorisme, comme s'il y avait véritablement lien de cause à effet direct, risque de discréditer un message pourtant utile. Les journalistes ne manquent pas de suspecter les entreprises de se servir de cette information à la seule fin de poursuivre leurs intérêts propres, sous couvert d'intérêt général. Or, les liens entre contrefaçon et crime organisé sont réels, et peuvent être démontrés pour peu que l'on s'en donne le temps. Aussi les mises en garde adressées aux consommateurs doivent-elles être tout à la fois substantielles et subtiles.

CONCLUSION

En conclusion, quelques recommandations peuvent être formulées.

1 – Le Code de procédure pénale ne prévoit pas que le parquet puisse détruire les stocks de marchandises, sauf en cas d'urgence. Or, la **destruction des stocks** est une revendication très forte des marques, qui n'hésitent pas à se constituer partie civile pour aboutir à cet objectif. Résultat, les juges ne peuvent refuser d'ouvrir une information à la suite de telles plaintes qui encombrant inutilement les cabinets d'instruction. En effet, cette procédure, en l'absence d'éléments suffisants et de regroupements d'informations, est vouée à l'échec et les marques ont alors beau jeu de dire que la procédure pénale est longue et coûteuse.

En fait, la stratégie des marques ou de leurs avocats est aberrante et inutilement onéreuse à l'heure de la LOLF.

Il serait plus cohérent que le parquet, tout comme le juge d'instruction et le service des douanes, ait la possibilité d'ordonner la destruction des stocks de marchandises, ce qui éviterait des procédures d'instruction superfétatoires et libérerait du temps au juge d'instruction pour lui permettre d'instruire les dossiers dans lesquels existent des charges suffisantes. En effet, les plaintes avec constitution de partie civile, toutes causes confondues, constituent plus d'un tiers de leurs dossiers.

2 – **La levée du secret professionnel** entre enquêteurs apparaît impérative afin de permettre un travail d'équipe. Or, malgré l'article 16 de la loi « Perben II » qui l'autorise déjà, il conviendrait de le rappeler, notamment en matière de contrefaçons, car les intervenants ont tendance à garder pour eux les renseignements en leur possession et à ne pas les communiquer aux autres services, ce qui nuit bien évidemment à une lutte efficace.

Dans son rapport 2003, le SCPC a déjà réfléchi à ce qui pourrait être un secret partagé. « *Lorsqu'un professionnel détient un secret, il a pour charge de le conserver, en ne le divulguant à personne. Mais un autre membre de la même profession ne peut être considéré comme un étranger. Dès lors, il est facile d'imaginer qu'un professionnel qui confie à un autre professionnel un secret qu'on lui a apporté ne méconnaît pas les devoirs de sa charge... Comment certains professionnels peuvent-ils travailler sans mettre en commun leurs savoirs et comment briser la barrière du silence – parfois opportunément baptisé “secret professionnel” – pour faire échec à la fraude ? La culture d'appartenance à un même corps professionnel ou à un corps complémentaire justifie ce partage, dans des cas et sous des conditions, que seule la loi peut régler* ». Il est clair que la réticence de la majorité des administrations à échanger de l'information opérationnelle avec d'autres administrations travaillant sur le même sujet, voire même

entre services dépendant d'une même administration, continue de favoriser les fraudeurs, qui face à des approches cloisonnées, profitent au mieux de cette absence de coordination.

3 – **Une harmonisation des peines complémentaires** figurant au Code de la propriété intellectuelle serait nécessaire sur le plus grand dénominateur commun alors qu'à l'heure actuelle elles diffèrent sensiblement d'un texte à l'autre sans autre raison que celle d'avoir été écrites à des moments différents. Cette simplification éviterait au juge de prononcer des peines illégales et de voir des décisions de justice cassées pour cette raison.

4 – Enfin, il serait souhaitable que **l'harmonisation du droit européen** se fasse sur les bases de notre propre droit, adapté, précis et complet, le risque étant qu'elle se fasse sur le plus petit dénominateur commun ⁴⁷.

47. Cf. rapport d'information n° 2363 déposé le 8 juin 2005 par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur la **lutte de l'Union européenne contre la contrefaçon** et présenté par M. Marc Laffineur, député. Après avoir présenté un état des lieux de la contrefaçon et une évaluation des dispositifs communautaires et internationaux de lutte contre ce phénomène, ce rapport propose des pistes d'action pour l'avenir.

CHAPITRE IV

Le financement de la vie politique en Europe, approche comparative ¹

1. Cette analyse se limite à quelques pays de l'Union européenne : l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, la France, la Suède, le Royaume-Uni et les Pays-Bas.

Il est d'usage de dire que la démocratie n'a pas de prix, mais elle a un coût. En effet, la vie politique ne saurait subsister sans ressources financières. Les partis politiques qui contribuent au débat politique, qui ont vocation à relayer les aspirations des citoyens et leur proposer une vision d'avenir, ont besoin de s'organiser, de communiquer et de s'engager, à intervalles réguliers, dans la préparation de campagnes électorales de plus en plus coûteuses.

L'argent est donc au cœur du fonctionnement des partis politiques, et joue un rôle fondamental dans la compétition pour la conquête et la conservation du pouvoir. C'est pourquoi il nous ait paru intéressant d'aller voir chez quelques-uns de nos voisins européens comment l'encadrement du financement de la vie politique avait été envisagé et mis en place. Au-delà des différences institutionnelles d'un pays à l'autre, des grands principes communs se dégagent en Europe, en opposition notamment à ce que l'on observe en Amérique du Nord. Le fait de mettre en évidence des similarités, des différences, dans une approche comparée, nous permet ensuite de s'interroger sur l'évolution des dispositifs existants.

I. – LA PRÉFÉRENCE POUR UN FINANCEMENT PUBLIC DES PARTIS POLITIQUES ET DES CAMPAGNES ÉLECTORALES EST LA PRINCIPALE CARACTÉRISTIQUE DE L'APPROCHE EUROPÉENNE

Pour financer leurs dépenses, les partis disposent de deux sources principales : un financement privé, généralement modeste, et l'aide publique de l'État dont la part est devenue maintenant déterminante dans la plupart des pays européens.

1. LE FINANCEMENT PRIVÉ DES PARTIS PAR DES PERSONNES PHYSIQUES

À l'instar de toute association, les partis peuvent percevoir des cotisations de leurs adhérents. Cela étant, les contributions des membres de base ne représentent souvent qu'une faible part des ressources du parti. La part des cotisations des adhérents est parfois difficile à évaluer mais demeure faible (3 % à 5 %) en Espagne, en France elle varie de 8 % à 20 % entre 1995 et 1998, en Suède, elle a chuté au cours des années quatre-vingt-dix, passant de 20 % à 6 %. Par contre, en Allemagne elle représente un tiers des dons privés.

Les partis politiques bénéficient également d'une autre source de revenus que sont les prélèvements perçus auprès des élus locaux et des parlementaires. La pratique varie toutefois beaucoup d'un parti à l'autre et d'un pays à l'autre. En Espagne, les parlementaires des principaux partis versent jusqu'à 10 % de leur rémunération à leurs partis politiques. En Italie et en France, par exemple, les élus communistes versent l'ensemble de leurs indemnités aux partis qui leur reversent un salaire modeste. Le parti socialiste français invite ses parlementaires à verser une contribution mensuelle dont le montant et l'utilisation sont décidés lors des congrès du parti. En Allemagne, les cotisations des parlementaires du parti social démocrate (SPD) représentent entre 15 % et 18 % de l'ensemble de leurs revenus. Aux Pays-Bas, les partis de gauche, les travaillistes (PvdA) et les Verts (GL) versent des cotisations à leur parti mais sur une base volontaire. Par contre, en Suède les indemnités versées aux parlementaires sont considérées contre trop faibles pour permettre un reversement à l'organisation politique.

Les partis peuvent disposer d'autres revenus privés notamment des dons de personnes physiques non adhérentes. En France, en Espagne en Italie, ces dons sont marginaux, et ne représentent que de 2 % à 6 % des revenus des partis. En dépit d'une incitation fiscale, en France et en Italie,

les contributions volontaires des personnes physiques restent traditionnellement faibles. Par exemple, chaque contribuable italien peut choisir d'attribuer jusqu'à 0,5 % de son impôt sur le revenu, aux partis politiques. Cette somme est ensuite redistribuée en proportion du nombre de sièges obtenus lors des élections générales précédentes.

Par contre, en Allemagne, entre 85 % et 90 % du financement privé est issu de dons individuels de personnes physiques.

En marges de ces voies de financement, des fonds peuvent être levés lors de spectacles, rallies, et conférences. On peut les qualifier de « revenus d'entreprise » des partis. Il s'agit d'activités commerciales authentiques, comme la vente de livres et de publications du parti, voire d'insignes et d'autres objets. Parfois de véritables entreprises voient le jour. Les communistes italiens gèrent des chaînes de magasin et des maisons de confection. En France, tous partis confondus, on estime que cela peut représenter jusqu'à 20 % des financements privés d'un parti. Les partis socialistes scandinaves possèdent des agences de voyage et des entreprises coopératives dans le secteur import-export. En Suède, ces financements peuvent provenir également de loteries, en 1997, les sociaux-démocrates suédois ont récolté 54,4 millions de couronnes soit 38 % de leurs revenus annuels grâce au jeu.

Parfois ces activités commerciales sont factices et servent à échapper à la réglementation, c'est le cas par exemple des services offerts par des entreprises de consultants.

2. LE FINANCEMENT PRIVÉ PAR LES ENTREPRISES

C'est sans aucun doute le domaine qui a le plus évolué en Europe ces quinze dernières années. Pour diminuer les risques de ploutocratie et prévenir l'instrumentalisation des campagnes électorales par des groupements économiques, les donations par des entreprises ont été interdites en France en 1995, limitées en Espagne, rendues publiques en Italie, aux Pays-Bas et en Allemagne. En Suède, se sont les partis eux-mêmes qui ont refusé d'accepter ces dons dès 1971 pour le parti libéral au niveau national, et dès 1977 pour les conservateurs. Malgré ces mesures prohibitives pour certains ou restrictives pour d'autres, l'expérience a montré que leur mise en pratique a été parfois difficile et que, dans certains cas, détournée par la mise en place de circuits parallèles clandestins.

En Italie, bien que la transparence soit de mise en ce qui concerne les dons des entreprises aux partis politiques, il n'est pas toujours très clair de connaître précisément le niveau des flux financiers réels. L'opération « manu pulite » qui commença en 1992, montra que l'équivalent de plus de 3 milliards d'euros par an de fonds illégaux auraient servi au financement

des partis politiques. En France, avant la loi de 1995 qui interdit le financement des partis par les personnes morales, selon des statistiques officielles, 13 % des revenus des partis politiques provenaient du monde de l'entreprise. Les observateurs sérieux de la vie politique ont émis des réserves sur ces chiffres, réserves qui se sont vu confirmées par le nombre d'affaires judiciaires qui ont éclaté au début des années quatre-vingt-dix mettant en cause tous les partis pour du financement illégal lié, notamment, à des marchés publics truqués. En Allemagne, à la fin des années quatre-vingt-dix, des allégations de financement illégal de la CDU, par de grandes entreprises européennes d'énergie et d'armement, ont mis en cause l'ancien chancelier Kohl. La CDU a été finalement condamnée en 2004 et a dû reverser 21 millions d'euros de financement public des campagnes électorales entachées d'irrégularités.

3. LE FINANCEMENT PUBLIC

Le financement public s'est progressivement généralisé en Europe, à titre indicatif selon le calendrier suivant :

- 1965 : Suède ;
- 1967 : Allemagne ;
- 1972 : Pays-Bas ;
- 1974 : Italie ;
- 1975 : Autriche et Royaume-Uni ;
- 1977 : Portugal et Espagne ;
- 1984 : Grèce ;
- 1985 : Belgique ;
- 1988 : France.

Il faut cependant distinguer les pays qui ne financent que les partis politiques (la Suède, le Danemark, la Finlande les pays du Benelux, le Portugal et la Grèce), ceux qui financent les campagnes électorales (Royaume-Uni), et enfin, ceux qui financent les deux (la France, l'Italie, l'Allemagne et l'Espagne).

Progressivement depuis les années soixante, dans certains pays européens, une aide financière de l'État au profit des partis et groupements politiques seuls, a amorcé le processus de leur financement public. Ainsi, chaque année, des crédits sont inscrits dans le projet des lois de finances pour être affectés aux partis et groupements politiques. Ces crédits sont répartis entre les partis et groupements, à raison de leurs résultats aux dernières élections générales ou législatives selon les pays, en fonction de

leur représentation dans les parlements. L'aide publique est devenue, la plupart du temps, la première source de financement des partis politiques.

En Suède, depuis 1965, les partis politiques représentés au Parlement reçoivent un financement public en fonction du nombre de sièges obtenus lors des élections législatives. Les groupes parlementaires reçoivent également un financement, ainsi que les partis non représentés au Parlement à condition qu'ils aient obtenu au moins 2,5 % des votes lors des élections nationales. Depuis 1969, des subventions locales et régionales sont aussi prévues et constituées d'une part fixe et d'une autre part variable, en fonction des sièges obtenus dans les assemblées locales. Ce financement local est plus important que le financement national.

De même, aux Pays-Bas, depuis 1999, les partis politiques peuvent bénéficier de subventions publiques affectées à des postes bien précis (fonctionnement, échanges avec des partis frères, information aux membres...) à condition d'être représentés dans une des deux chambres du Parlement. Par contre, ces fonds ne peuvent en aucun cas financer des campagnes électorales, cela pour deux raisons : la difficulté du suivi comptable des dépenses des campagnes électorales, et la volonté de l'État de rester à l'écart des combats politiques. Par ailleurs, les partis politiques condamnés par la justice pour des publications racistes ou des activités de cette nature, perdent toute subvention. Une partie de la subvention est fixe, l'autre partie est proportionnelle aux nombres d'élus au Parlement. Les partis politiques peuvent également recevoir des subventions pour leurs mouvements de jeunesse en fonction du nombre d'adhérents.

À l'opposé, le Royaume-Uni rejette l'idée d'un financement public des partis politiques. L'argument avancé est que le contribuable ne peut être contraint de soutenir financièrement des partis qui ne correspondent pas à sa sensibilité politique. Par contre, la campagne électorale peut bénéficier d'un soutien public mais plafonné par candidat. Le système n'en demeure pas moins fort hypocrite puisque le plafond ne vise que les dépenses du candidat et non celles du parti qui, dans le même temps, mène une campagne électorale.

Les pays à système mixte prévoient le financement à la fois des partis, et aussi des campagnes électorales.

En Italie, les premières lois concernant le financement public des partis politiques ont vu le jour en 1974. Mais l'absence de transparence dans les gestions des fonds publics et le fait que ces subventions étaient uniquement destinées à des partis représentés au Parlement, ont conduit à amender le dispositif en 1993. Depuis, les fonds publics sont réservés aux campagnes électorales et sont accompagnés d'aides spécifiques pour les médias possédés

par les partis. Les subventions sont accordées en fonction du nombre de votes obtenus lors des élections générales.

En France, c'est à partir de 1988 que les partis politiques ont pu bénéficier de financement public à la fois pour financer les campagnes électorales et les partis politiques en dehors de toute période d'élection. Les dépenses électorales doivent être plafonnées, tant pour éviter l'escalade et la surenchère médiatique que pour assurer plus d'égalité entre les candidats, indépendamment de leur fortune personnelle. Les ressources des partis et des candidats sont entourées d'un certain nombre de garanties de transparence, de manière à éviter les financements occultes et les pressions des puissances financières ; dans cette optique, depuis 1995, les pouvoirs publics ont décidé de couper le cordon ombilical entre l'argent des entreprises et les caisses politiques, en interdisant définitivement aux personnes morales – quelles qu'elles soient – de prendre part au financement de la vie politique. La France à cet égard possède la législation la plus restrictive en Europe avec la Belgique et le Portugal qui interdisent également les dons des personnes morales.

Au-delà du détail du financement ², le dispositif français a pour originalité, depuis la loi du 6 juin 2000, d'utiliser le dispositif d'aide financière aux partis politiques comme moyen de pression pour les inciter à mieux jouer le jeu de la parité entre les sexes dans l'accès aux mandats électifs : à cet effet, il a institué des abattements frappant les formations ne respectant pas la parité (un écart de 2 % est toléré) des candidats au sein d'un même parti lors des législatives, proportionnels aux écarts constatés entre les candidats de sexe masculin et ceux de sexe féminin. Cependant c'est un dispositif incitatif qui, à ce jour, n'a pas conduit à rétablir un équilibre homme/femme dans la vie politique française.

-
2. Le régime actuel du financement de la vie politique en France résulte des lois suivantes :
- loi organique et loi ordinaire du 11 mars 1988 relatives au financement de la vie politique ;
 - loi du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques ;
 - loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;
 - loi du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique ;
 - loi organique du 20 janvier 1995 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République ;
 - loi du 8 février 1995 relative à la déclaration du patrimoine des membres du gouvernement et des titulaires de certaines fonctions ;
 - loi du 29 janvier 1996 prise pour l'application des dispositions de la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 qui ont institué une session parlementaire ordinaire unique et modifié le régime de l'inviolabilité parlementaire ;
 - loi du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ;
 - loi du 10 juillet 2000 relative à l'élection des sénateurs ;
 - loi organique du 5 février 2001 modifiant la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel ;
 - loi du 12 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques.

L'Allemagne a été un des premiers pays à introduire du financement public dans les partis politiques. Ce financement a été par la suite encadré par une loi en 1967, la *Parteiengesetz*. Pour avoir accès à un financement un parti doit avoir recueilli au minimum 0,5 % des voix à une élection nationale ou 1 % à une élection régionale, ce seuil est le plus bas de tous les pays européens. Le montant des subventions est ensuite calculé en se basant sur le nombre des voix obtenues aux différentes élections et sur les ressources propres dont dispose le parti. Dans tous les cas ce financement doit rester en dessous d'une limite absolue, fixée, en 2005, à 133 millions d'euros par an.

4. SUBVENTIONS EN NATURE ET SOUTIENS INDIRECTS DANS LES CAMPAGNES ÉLECTORALES

Dans tous les pays mentionnés précédemment, l'organisation du scrutin, l'élaboration des listes électorales, l'inscription sur ces listes, le matériel électoral (urnes, bulletins, les panneaux d'affichages placés devant les sites électoraux) sont pris en charge par l'administration d'État ou l'administration locale selon la nature du scrutin. En Italie, en Suède, en Espagne et en France, les déclarations d'intentions de tous les candidats sont distribuées à chaque électeur. Toutes ces facilités représentent des aides en nature qui sont rarement évaluées.

Par ailleurs, en France, en Allemagne et en Suède, les parlementaires bénéficient de la gratuité des transports en prenant le train, en France en particulier, ils bénéficient également d'une quarantaine d'allers et retours en avion entre Paris et leur circonscription. Les coûts de communication de téléphone et d'internet sont pris en charge. Une allocation supplémentaire leur permet de payer un ou deux assistants parlementaires. Le groupe parlementaire en tant que tel, en France, en Allemagne et en Suède, bénéficie d'avantages complémentaires notamment la possibilité d'embaucher du personnel, ou de mener des travaux de recherche. En Suède, un fonds spécifique est dédié aux voyages à l'étranger dans le cadre de l'activité parlementaire.

Un des avantages en nature le plus précieux est sans aucun doute le temps d'antenne dans les médias lors des campagnes électorales. En Allemagne, si les chaînes de télévision et de radio privées sont autorisées à faire payer le temps d'antenne au prix du marché, les chaînes publiques, elles, ne sont autorisées qu'à récupérer les coûts de production. Dans la plupart des pays européens, un temps d'antenne gratuit est donné à tous les partis politiques, en proportion, soit de leur performance lors du dernier scrutin, soit de leur représentativité au Parlement. Les grands partis bénéficiant de plus de temps que les petits. Une exception aux Pays-Bas, les partis représentés dans la deuxième chambre du Parlement, reçoivent le même temps

d'antenne à la télévision ou à la radio, quelle que soit l'importance du parti. En Suède, le temps d'antenne n'est concédé que lors des campagnes électorales et la publicité politique n'est autorisée que dans les télévisions et radio locales.

En dehors des périodes électorales, les allègements fiscaux accordés par l'État aux partis politiques sur leurs revenus propres et les déductions fiscales des dons effectués par des personnes privées ou morales au bénéfice des partis politiques représentent également des avantages indirects. Il est souvent difficile de les évaluer avec précision. Ces avantages fiscaux ont pour ambition d'encourager les dons privés et l'affiliation aux partis. Beaucoup de pays européens ont mis en place un tel dispositif, en Italie, les donateurs privés peuvent déduire de leurs impôts 19 % de leur don, en France ce pourcentage atteint 50 %. En Allemagne, une personne seule peut déduire jusqu'à 3 000 euros à hauteur de 50 % des sommes versées.

5. LA TRANSPARENCE, LE CONTRÔLE ET LES SANCTIONS

En favorisant le financement public et privé des partis politiques et des campagnes électorales se posent inévitablement la question du contrôle des mécanismes de financement pour s'assurer du bon usage de l'argent public, pour éviter que les lobbies d'argent exercent une influence sur les élus et leurs décisions, et pour promouvoir une égalité des chances maximale entre les partis, en vue de restaurer la confiance des citoyens envers les acteurs politiques.

5.1. Les rapports

La transparence est le maître mot, elle se traduit par la publication des comptes des partis et des campagnes électorales. Elle doit être accompagnée de contrôle indépendant. En cas de non-respect de ces obligations ou d'autres tentatives de fraudes, des sanctions claires et proportionnées sont prévues.

Tous les pays européens prévoient la publication de rapports financiers obligatoires une fois par an. Si cette obligation générale est largement répandue, les dispositions concernant les détails des renseignements à fournir varient considérablement d'un pays à l'autre.

À titre d'exemple, en Allemagne, l'obligation des partis politiques de rendre public leurs comptes est inscrit dans la loi fondamentale (article 21. I. 4). Les rapports mentionnent la source des revenus, la masse budgétaire globale, mais aussi les dépenses à tous les niveaux des structures du parti.

Ce rapport est vérifié par un commissaire aux comptes puis remis au président du *Bundestag* chargé de la publication. La publication des gros contributeurs (au-delà de 10 000 euros) fait l'objet d'un intérêt particulier puisqu'ils doivent rendre publics leurs noms, adresses et qualité. Une obligation sanctionnée quand elle n'est pas respectée par une amende qui peut s'élever au triple de la somme reçue illégalement.

En Belgique, les partis bénéficiant de dotations parlementaires doivent soumettre leurs comptes à l'approbation d'une Commission de contrôle des dépenses électorales et de la comptabilité des partis politiques qui s'appuie sur la compétence de la Cour des comptes pour en vérifier l'exactitude. Un résumé du rapport financier est publié au *Journal officiel*, tandis que l'intégralité du rapport figure dans les dossiers parlementaires.

En France, les partis doivent gérer l'ensemble de leurs fonds sur un compte unique à travers un mandataire unique, personne physique ou personne morale, qui est responsable. Les comptes de campagne sont soumis à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) qui en publie une version simplifiée. Les rapports sur les comptes bancaires des partis doivent être intégralement publiés au *Journal officiel*.

En Italie, les partis doivent rendre publics leurs comptes et publier l'identité des contributeurs privés quand les sommes dépassent 2 900 euros. Les partis doivent théoriquement publier également les bilans des entreprises dans lesquelles ils détiennent des parts par l'intermédiaire d'administrateurs ou d'autres personnes. Le rapport est publié dans la *Gazzetta ufficiale* en version abrégée et dans deux quotidiens dont un doit avoir une couverture nationale.

Au Royaume-Uni les partis doivent remettre à l'*Election Commission* leurs comptes au dernier trimestre de chaque année. Les dons annuels supérieurs à £ 5 000 provenant d'une seule source doivent être rendus publics en spécifiant bien l'identité du bailleur, le montant et la date, ce seuil descend à £ 1 000 quand le don est destiné à une entité locale du parti. La commission publie également un rapport six mois après chaque élection.

En Espagne, tous les partis politiques participant à des élections doivent désigner un administrateur chargé de tenir les comptes de la campagne et qui est directement responsable devant l'institution de contrôle, le *Tribunal de Cuentas*. Les partis sont tenus d'avoir deux comptes différents, un pour le financement de la campagne et l'autre pour le financement permanent du parti. Le rapport concernant le financement des partis ainsi que celui du financement d'une élection, sont déposés auprès du *Tribunal de Cuentas*. Par contre, la publication de l'identité des bailleurs n'est pas clairement définie. Seules les entreprises et les banques qui ont

passé des contrats avec les partis politiques pour plus de 7 000 euros doivent communiquer cette information au *Tribunal de Cuentas*. Ce dernier a certes la faculté de demander aux partis des informations concernant l'origine des dons reçus, mais n'est pas tenu de publier ces informations dans son rapport. En outre, la transparence quant au financement des partis souffre, en règle générale, du délai considérable de publication ; en effet, le rapport final n'est publié qu'après l'adoption par la commission du parlement compétente de ses conclusions, ainsi en 1997, seuls les rapports jusqu'à 1989 avaient été publiés.

La Suède fait figure d'exception car les partis ne sont pas tenus par la loi de publier l'identité de leurs contributeurs, de même, il n'existe pas de suivi légal des comptes des partis et des élections électorales. Ce sont les partis eux-mêmes qui, au début des années quatre-vingt, se sont soumis à un examen annuel de leurs comptes, sur une base volontaire au niveau des états majors des partis. Depuis, et malgré de nombreux scandales politiques liés au financement de la vie politique, la situation reste inchangée et repose sur un accord de bonne volonté entre les partis politiques pour publier leurs comptes.

5.2. Les institutions chargées du contrôle

La nature et le statut de l'institution chargée de contrôler le financement de la vie politique varient considérablement d'un pays à l'autre et conditionnent l'efficacité du contrôle. Dans la plupart des pays examinés le contrôle est effectué par un organisme externe dont le degré d'indépendance est variable.

Au Royaume-Uni c'est l'organisme chargé de la gestion des élections, l'*Election commission*, qui est en charge de l'application et du respect de la réglementation sur le financement des partis et des campagnes. Cette commission est indépendante de tout ministère et rend compte au Parlement. Les membres de cette commission semblent jouir d'une indépendance suffisante, mais elle reste contrôlée par la Commission de la présidence, composée, elle, de membres du gouvernement et du Parlement, qu'on ne peut véritablement pas considérer comme indépendants.

Dans d'autres pays, un organisme de régulation a été spécialement créé pour assurer le contrôle. C'est le cas en Belgique, en Italie, en Irlande et en France. Dans ce dernier pays la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques est composée de neuf membres nommés pour cinq ans (trois membres du Conseil d'État, trois de la Cour de cassation, et trois de la Cour des comptes). Cette composition ne laisse guère de doute sur l'indépendance des membres de la commission. En Belgique, la Commission de contrôle des dépenses électorales concernant les élections des chambres fédérales et le financement des partis politiques,

est composée d'un nombre égal de membres de la Chambre des députés et du Sénat, dont l'indépendance peut être mise en question. En Italie, le contrôle est assuré par deux organismes, pour les partis politiques, c'est la Cour des comptes, *Corte dei Conti*, qui contrôle et qui a le pouvoir de sanctionner les violations de la loi électorale, pour les parlementaires, c'est le *Collegio regionale di garanzia elettorale* qui joue ce rôle.

En Allemagne, c'est une commission parlementaire composée de députés appartenant aux familles politiques et présidée par le président de la Chambre, qui procède à l'audit, pour s'assurer que les comptes sont conformes à la loi. Cette commission n'est pas par définition « indépendante », mais les rapports comptables qu'elle examine, eux, sont réalisés par des services indépendants et rendus publics avec l'obligation d'identifier tous les bailleurs de fonds et l'affectation des ressources, faute pour les déposants d'être sanctionnés par des peines de prison allant jusqu'à trois ans.

En Espagne, le *Tribunal de Cuentas* est composé de magistrats indépendants gages d'impartialité et d'indépendance. Il est chargé de contrôler les finances des partis pendant les périodes électorales mais aussi en dehors. Il peut, s'il l'estime nécessaire, demander aux partis des informations complémentaires sur l'origine des dons par exemple.

Dans d'autres pays, des auditeurs officiels, spécialistes de comptes financiers complexes sont chargés de contrôler les comptes des partis et des campagnes électorales. Le problème est la manière dont ils sont recrutés. En Autriche, les auditeurs sont nommés par le ministre des Finances, sur une liste de cinq personnes proposées par les partis eux-mêmes.

5.3. Les sanctions

L'existence mais surtout l'application des sanctions doivent contribuer à dissuader les partis et leurs membres à frauder. Ces sanctions concernent autant le non-respect des règles concernant le financement des partis, que celles relatives à l'obligation de déclaration. Des dispositions similaires existent pour le non-respect des règles de financement des campagnes électorales.

En ce qui concerne la violation des règles concernant le financement des partis et des campagnes électorales, les sanctions peuvent être pénales, financières et conduire même à des peines d'inéligibilité. Elles se traduisent par la confiscation des dons, des amendes, voire à de l'emprisonnement. Dans certains cas, on observe, le retrait d'un certain statut ou la perte du droit et des aides publiques. Les sanctions sont autant dirigées contre la personne morale, le parti, que l'individu.

En France, en cas de dépassement du plafond des dons, ou de non-respect du mode de financement, la sanction peut se traduire par une

amende de 3 750 euros et un an d'emprisonnement (article L. 113-1 du Code électoral). Mais la sanction la plus redoutée est l'inéligibilité, prononcée par le juge de l'élection saisi par la Commission nationale des comptes de campagne.

Au Royaume-Uni, en cas d'acceptation de dons venant d'une source illicite, la commission électorale peut saisir la justice qui peut confisquer ces dons et prononcer des sanctions pénales contre les personnes responsables.

En Italie également, l'acceptation de dons illicites est sévèrement punie, la sanction pouvant se traduire par de l'emprisonnement de six mois à quatre ans assorti d'une amende d'un montant égal à trois fois la somme illégalement reçue. Les personnes incriminées peuvent être également considérées comme inéligibles et privées de responsabilités publiques.

Le non-respect de l'obligation de déclaration est lui aussi sanctionné dans tous les pays européens par des sanctions civiles, par exemple au Royaume-Uni, mais aussi par des sanctions pénales quand il y a soustraction, destruction ou falsification de documents.

Les aides publiques sont suspendues jusqu'à la régularisation, c'est le cas en Italie, en France, en Allemagne, entre autres.

Des règles similaires sont applicables en cas de non-respect aux règles relatives au financement des campagnes électorales.

En Espagne, le *Tribunal de Cuentas*, peut proposer au Parlement de réduire les aides accordées aux partis en vue du financement de leur campagne, mais en aucun cas prendre des sanctions de son propre chef. La décision appartient au Parlement, c'est-à-dire aux partis. De même, les *Juntas electorales*, chargées d'organiser les élections ne peuvent prononcer des sanctions, elles saisissent les procureurs en cas de suspicion de fraudes. Les risques encourus sont des amendes et des peines d'emprisonnement.

En France, si le plafond des dépenses est dépassé (de 5 % du montant autorisé), le candidat est tenu de rembourser à l'État l'excédent, et il perd son droit à toute aide publique. C'est la Commission des comptes de campagne qui saisit le juge de l'élection quand elle observe un dépassement du plafond autorisé. Le juge de l'élection peut sanctionner le candidat, mais des dispositions, comme la déclaration de « bonne foi », viennent minimiser les sanctions.

En Allemagne, le scandale de financement de la CDU, révélé à la fin de l'année 1999, a mis en lumière le financement occulte de certains partis politiques. Le Parlement fédéral a sanctionné le CDU en lui demandant de rembourser les sommes illégalement acquises, et a refusé de lui attribuer les aides publiques. Une amende fut également prononcée suite au refus par le chef du parti de divulguer l'origine et l'identité de certains bailleurs de fonds.

Le financement des partis politiques en France, quelques idées-forces :

La reconnaissance légale d'un statut juridique aux partis politiques, auxquels la Constitution confie deux missions : concourir à l'expression du suffrage et, désormais, favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions électives.

Les partis se plaçant sous ce régime peuvent bénéficier d'un financement public ; pour pallier l'absence de financement militant – traditionnellement modeste en France – l'État propose un dispositif très avancé d'aide financière aux partis politiques et de prise en charge des dépenses de campagne, en contrepartie du strict respect de la législation ainsi définie.

Les manquements à cette législation exposent leurs auteurs à une panoplie de sanctions dissuasives (sanctions pénales, sanctions financières et, surtout, des peines d'inéligibilité qui ont pour effet d'évincer temporairement de la vie politique ceux qui prennent le risque de la fraude).

La mise en œuvre des règles de financement des partis et des campagnes électorales est confiée à une commission indépendante (la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, dite CNCCFP), sous le contrôle des juridictions administratives.

Enfin, le patrimoine des élus doit être contrôlé en début puis en fin de mandat, de manière à s'assurer qu'ils n'ont pas profité de leurs fonctions pour s'enrichir indûment ; ce contrôle est assuré par une seconde instance, la Commission pour la transparence financière de la vie politique (ou CTFVP).

Le financement des campagnes électorales en France³

Le dispositif institué en 1995 s'articule autour de cinq principes.

Premier principe : tout candidat qui entend recueillir des dons pour l'organisation de sa campagne est tenu de passer par un mandataire financier qui peut être, selon les cas, une personne physique nommément désignée ou une association de financement électorale, constituée sous le régime de la loi de 1901 sur les associations. Ce mandataire financier est seul habilité à recueillir les fonds servant à couvrir les frais de campagne et à assurer le paiement des dépenses (les candidats se voyant donc interdire tout maniement direct d'argent).

Deuxième principe : dans les circonscriptions à partir de 9 000 habitants, le montant des dépenses électorales est plafonné en fonction du nombre d'habitants dans la circonscription considérée (pour certaines élections comme l'élection présidentielle ou l'élection des parlementaires européens, ce plafond est directement déterminé par la loi).

Troisième principe : le mandataire financier doit établir un compte de campagne récapitulant l'ensemble des ressources et des dépenses imputables à la campagne électorale ; ce compte, certifié par un expert comptable, sera transmis aux fins de contrôle à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques.

Quatrième principe : la CNCCFP approuve (le cas échéant après réformation) ou rejette le compte de campagne qui lui est ainsi soumis ; en cas de rejet, elle saisit le juge de l'élection qui peut, si l'irrégularité est avérée, prononcer la démission d'office de l'élu et l'inéligibilité pour un an du candidat fautif (ce qui l'empêche donc de se représenter à l'élection suivante).

Cinquième principe : si leur compte est approuvé, l'État accorde aux candidats ayant recueilli au moins 5 % des suffrages exprimés au premier tour, un remboursement forfaitaire pouvant atteindre 50 % du montant du plafond des dépenses dans la circonscription considérée, dans la limite des sommes effectivement dépensées ; en clair, ce dispositif permet au candidat de bénéficier d'une prise en charge par l'État de 100 % de ses frais de campagne, pour peu qu'il ait veillé à ne pas dépenser plus que 50 % du plafond autorisé. Par exemple, si le plafond des dépenses dans la circonscription s'élève à 30 000 euros, le remboursement de l'État pourra atteindre 15 000 euros ; un candidat qui n'aurait dépensé que 14 000 euros sera défrayé intégralement de ses frais de campagne.

Tel que décrit ci-avant, le dispositif de financement des campagnes électorales demeure certes perfectible (la CNCCFP émet régulièrement d'intéressantes suggestions à ce sujet) mais il a prouvé son efficacité en mettant un terme à certaines dérives antérieures (l'opacité des ressources et l'inflation des dépenses, notamment).

3. Source : site internet de la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques : www.cnccfp.com.fr

II. – SI LE FINANCEMENT PUBLIC S’EST IMPOSÉ, IL N’EST PAS SANS RISQUE ; QUANT AU FINANCEMENT MIXTE, SES AVANTAGES DEMEURENT LIMITÉS

1. LES RISQUES DU FINANCEMENT EXCLUSIVEMENT PUBLIC

Le financement public des partis politiques est sans doute une source de stabilité, d'égalité des chances entre les formations politiques et permet de limiter l'action des groupes d'intérêts économiques sur la vie politique. Toutefois il n'est pas sans risque.

Il peut aussi conduire, par exemple, soit à une cristallisation du système des partis en place, empêchant l'arrivée de nouveaux acteurs sur le « marché politique » ou à l'inverse à une multiplication des acteurs, comme cela a été observé en France, entre 1998 et 1993, où des partis « unipersonnels » ont vu le jour lors des élections de 1989, 1991 et 1993, pour bénéficier des subventions publiques en détournant le système.

De plus, le financement public augmente d'une certaine manière la distance entre les partis politiques et le grand public, l'élite politique et le citoyen qu'il s'agit de représenter. Ce n'est plus le citoyen qui est sollicité mais le contribuable qui participe de manière passive et obligatoire aux financements de partis politiques avec qui il n'a pas forcément des affinités politiques.

Quant à l'aide octroyée aux partis en fonction du nombre de parlementaires, elle est étroitement corrélée au mode de scrutin, le système majoritaire pour les élections législatives, par exemple, réduisant le nombre de bénéficiaires potentiels. Un scrutin proportionnel se traduirait automatiquement par une redistribution des aides publiques qui pourrait profiter à de nouveaux entrants dans le champ des partis politiques.

Par ailleurs, la mise en place d'un seuil, en pourcentage, des suffrages exprimés, pour accéder au financement public, (5 % en France, 0,5 % au Royaume-Uni et en Allemagne, 3 % en Grèce), est aussi discutable. La comparaison internationale nous montre que le choix du niveau du seuil paraît tout à fait aléatoire et choisi de manière arbitraire par l'État.

Enfin, le coût des campagnes électorales allant croissant, la tentation de rechercher toujours plus de fonds pour leur mise en œuvre ne cessera jamais. Bannir les dons en provenance des entreprises, comme c'est le cas en France actuellement, peut conduire à la mise en place de dispositifs parallèles pour financer les partis ou pour soutenir un candidat dissident qui n'a pas l'appui

de son parti par exemple. Certains observateurs de la vie politique redoutent déjà que les fondations politiques, que l'on voit se multiplier dans la plupart des pays européens et qui peuvent recevoir également des fonds de personnes morales, ne soient détournées à des fins de financement parallèle des partis ou de certains candidats.

En définitive, il relève de l'utopie que de croire que le financement public des partis et/ou des campagnes électorales est à même d'assurer l'équité de traitement entre les différents acteurs et qu'il est la meilleure manière de lutter contre la corruption.

2. LES AVANTAGES LIMITÉS D'UN FINANCEMENT MIXTE

Dans un système mixte, comme nous l'avons vu précédemment, un parti politique reçoit des fonds publics, mais aussi des fonds privés, venant de personnes physiques ainsi que de sociétés commerciales appartenant à ce même parti. Mais il peut également recevoir des dons venant de personnes morales. Dans la plupart des pays européens ces dons sont devenus une source importante de revenus.

Ils offrent l'avantage d'une certaine flexibilité contrairement au financement public et aux cotisations des adhérents, qui sont plus ou moins liés aux résultats du parti aux dernières élections, en effet, le niveau des subventions étant lié aux nombres de sièges obtenus. Dans les pays où il est pratiqué, pour limiter l'influence des bailleurs privés notamment les entreprises, deux mécanismes sont mis en place, le plafonnement et la mise en place de conditions quant à la qualité des bailleurs et des dons, et l'obligation de rendre transparentes toutes ces dispositions. En effet, la transparence est le maître mot, qui oblige les partis à publier leurs comptes, l'origine des bailleurs, le montant des dons, et qui les oblige à se soumettre à un contrôle financier indépendant.

D'aucuns considèrent que la transparence en matière de financement privé de la vie politique relève du mythe, et que malgré tous les garde-fous, le financement privé restera entaché continuellement de suspicion notamment à cause des risques de trafic d'influence dans le pire des cas, ou de risques de pressions dans les autres cas, qui viennent toujours fausser la sincérité du scrutin. C'est dans cet esprit que le législateur français a décidé, en 1995, d'interdire les dons en provenance des entreprises.

Mais peut-on toujours considérer que l'argent d'un groupe de pression peut acheter des politiques publiques et fausser ainsi la sincérité du scrutin ?

Dans les pays où les dons provenant des entreprises sont autorisés, et où les activités de lobbying sont réglementées, les candidats reçoivent régulièrement de l'argent de groupes de pression aux intérêts parfois divergents. Cet argent permet aux groupes de se faire entendre, non pas d'interférer directement dans la prise de décision.

De plus, le lien entre le candidat une fois élu et le groupe de pression n'est pas un lien direct et subordonné. L'expérience montre que durant son mandat, et en fonction de ses priorités, un élu peut être amené à changer de position sur tel ou tel sujet valorisant un critère moral aux détriments de critères purement financiers s'il estime que cela peut être bon pour sa réélection.

Par ailleurs, une élection reste un événement empreint d'aléas, instable jusqu'à la dernière minute, l'électeur restant souverain quel que soit le rôle des groupes d'intérêts.

En somme, entre l'utopie de l'équité du financement public et le mythe de la transparence qui doit être associé au financement privé, il n'y a pas de modèle idéal pour le financement des partis ou des campagnes électorales. Le système qui semble fonctionner le mieux est celui fondé sur un équilibre entre les modes de financement public et privé, équilibre qui doit être trouvé au cas par cas, et selon les traditions politiques de chaque pays. Mais enfin, une question reste posée qui concerne les arguments qui ont conduit à mettre en place, partout en Europe, des lois sur le financement de la vie politique.

Comme le soulignent des travaux sur l'économie de la politique⁴, la corruption dans le domaine politique ne s'explique pas seulement par l'absence de législation sur le financement des partis ou des campagnes, mais davantage par la valeur des mandats.

En France, les lois de décentralisation de 1982-1983 en ont donné un parfait exemple, en menant à une multiplication des comportements illégaux de certains élus. En effet, en donnant une plus grande valeur aux fonctions politiques locales, elles ont démultiplié les risques de financements occultes qui préexistaient. Les lois sur le financement de la vie politique se sont attaquées aux symptômes (la corruption) et non à la cause (la valeur des mandats). Quant aux succès électoraux, ils sont le plus souvent liés à la notoriété du candidat plus qu'aux moyens financiers que lui donne la loi sur le financement de la vie politique et qu'il peut mettre en œuvre quand il est en campagne.

Est-ce à dire que ces législations en matière de financement de la vie politique sont inutiles, non bien sûr. Elles répondent à une préoccupation

4. F. Facchini, « Critiques de trois arguments justifiant les lois sur le financement de la vie politique », revue *Politique et Management public*, vol. 21, n° 4, décembre 2004.

légitime des citoyens européens témoins ces dernières années de scandales politico-financiers qui ont touché toutes les grandes démocraties. Elles ont permis, en général, de conserver la confiance des citoyens dans leur système politique, toutefois, il ne faut pas tout attendre d'un dispositif législatif incomplet et imparfait. On constate que se mettent en place des mécanismes pour contourner la réglementation quand cette dernière se veut trop restrictive, ou bien les moyens donnés aux organismes de contrôle demeurent trop limités. Beaucoup d'entre eux n'ont pas de pouvoirs d'investigation. Enfin, le choix des sanctions est problématique, souvent elles sont inadaptées ou trop faibles et se révèlent au final peu dissuasives, ou sinon trop sévères, elles sont peu employées. La difficulté de réformer le dispositif résulte du fait que la classe politique dans cette affaire est à la fois juge et partie. L'évolution viendra peut-être de l'Union européenne⁵ et du Conseil de l'Europe⁶ qui réfléchissent, depuis plusieurs années, à des principes directeurs pour le financement de la vie politique en Europe.

Le Conseil de l'Europe met l'accent sur l'équilibre raisonnable entre financements privés et publics, sur les critères équitables de répartition des contributions de l'État aux partis, et surtout sur la transparence qualifiée de totale de la comptabilité contrôlée par des organes indépendants de vérification qui prévoient des sanctions significatives et proportionnées.

L'Union européenne a, quant à elle, pour objectif de défendre la mise en place de partis politiques européens, partis qui entendent favoriser la construction européenne et « éduquer » les opinions publiques. Avec l'entrée en vigueur du traité de Nice, une proposition a été formulée le 19 février 2003 par la Commission, adoptée par le Parlement le 19 juin 2003 et par le Conseil, à la majorité qualifiée, le 29 septembre 2003.

Elle prévoit, notamment, le statut d'un parti européen avec le statut juridique de l'État membre où il a son siège. Il devra être représenté dans au moins un quart des États membres par des membres élus au Parlement européen, ou avoir obtenu au moins 3 % des voix exprimées dans au moins un quart des États membres lors des dernières élections européennes. La liste des bailleurs de fonds et le montant de leurs dons sont exigés au-delà de 500 bailleurs ; quant à la limite supérieure des dons des personnes physiques et morales, elle est fixée à 12 000 euros.

Se dessine donc, à l'échelle européenne, un modèle centré sur les partis et non pas sur les candidats, favorisant le contrôle parlementaire.

5. Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au statut et au financement des partis européens établi au nom de la Commission des affaires constitutionnelles, A5-0170/2003 ; résolution du 19 juin 2003, PV PE333 022, p. 41.

6. Recommandation 1516 (2001), « Financement des partis politiques du Conseil de l'Europe », adoptée par la Commission permanente au nom de l'Assemblée, 22 mai 2001.

CHAPITRE V

La complicité des cadres

Les mécanismes psychosociologiques
à l'œuvre dans le passage à l'acte
de délinquance d'affaires par les salariés
au sein des organisations

Depuis sa création en 1993, le Service central de prévention de la corruption s'est attaché à étudier les questions de corruption dans les secteurs les plus divers, à détecter les failles et à mettre en évidence différents systèmes de fraudes.

En 2005, le SCPC a demandé à Anne Sachet-Milliat, professeur de management et d'éthique des affaires à l'Institut supérieur du commerce de Paris et docteur en sciences de gestion de l'université de Paris Dauphine, de décrire les procédés mis en œuvre par certains dirigeants d'entreprise ou l'entourage professionnel pour obtenir la complicité de leurs cadres pour commettre des délits financiers.

Cet article porte sur les mécanismes psychosociologiques mis en œuvre dans le comportement non éthique des cadres dans les affaires et les raisons du passage à l'acte de délinquance.

Les faillites frauduleuses de grands groupes occidentaux, qui ont défrayé la chronique au cours des deux dernières décennies, ne représentent que la partie visible d'un phénomène d'une bien plus grande ampleur, si l'on prend en compte sa fréquence et les montants en jeu, constitué par la fraude commise par les salariés au sein des organisations.

Du simple vol dans les stocks par un employé pour compléter un revenu jugé inéquitable, à la corruption d'un partenaire commercial, en passant par le non-respect des normes environnementales ou sociales, rares sont les organisations épargnées par cette délinquance en col bleu et blanc plus ou moins ordinaire (Posner et Schmidt 1984 ; Greengard, 1997).

D'après l'enquête réalisée par PricewaterhouseCoopers (2003) sur la fraude, environ 40 % des entreprises occidentales se déclarent avoir été victimes d'une fraude en 2003 ¹ et le coût de la fraude est estimé à 2,2 millions de dollars en moyenne par entreprise. Les détournements de fonds par les dirigeants ou les employés représentent 60 % des fraudes commises dans les entreprises interrogées. L'*Association of Certified Fraud Examiner* (ACFE 2004), estime que les entreprises américaines perdent 6 % de leur revenu annuel dans la fraude.

Outre les coûts économiques directs, les actes de délinquance d'affaires font courir aux entreprises des risques en matière de réputation, de poursuites judiciaires et même de performance boursière puisque de plus en plus

1. 43 % des firmes françaises, 41 % des américaines, 43 % des asiatiques, 34 % des européennes se déclarent victimes de fraude.

d'investisseurs sont sensibles au respect des principes éthiques comme l'atteste le développement de l'investissement socialement responsable.

La compréhension des facteurs qui favorisent l'adoption par les salariés de comportements délictueux constitue donc un enjeu important, tant pour le chercheur que le praticien.

Les recherches en éthique des affaires mettent en évidence le fait que la prise de décision éthique résulte de l'interaction de variables individuelles et situationnelles (Hunt et Vitell 1986 ; Trevino, 1986 ; Bommer *et al.*, 1987). Si le contexte organisationnel formel et informel semble exercer une influence prédominante sur l'adoption par les salariés de comportements non éthiques au sein des entreprises, des caractéristiques psychologiques et sociales entrent également en jeu pour expliquer pourquoi face à un même dilemme éthique certains vont résister à la tentation ou à la pression exercée sur eux, tandis que d'autres vont passer à l'acte.

L'étude des phénomènes de déviance au sein des organisations se heurte à la difficulté du choix de la norme à retenir pour déterminer s'il y a déviance d'où la nécessité de cerner plus clairement notre objet de recherche.

Les concepts de comportement non éthique et de délit

Deux principaux critères peuvent être retenus : la légalité et la légitimité d'une action (Verna, 2002). La légalité est définie comme le « *caractère de ce qui est légal, conforme au droit, à la loi* », cette dernière étant elle-même une « *règle ou un ensemble de règles obligatoires établies par l'autorité souveraine d'une société et sanctionnée par la force publique* » (dictionnaire Robert). La légitimité, « *qualité de ce qui est juste, équitable, raisonnable* » (*ibid.*) fait référence au respect ou non des règles de la morale sociale (Lascoumes, 1999). De façon très générale, l'éthique peut être définie comme un ensemble de principes moraux ou de valeurs qui guident les comportements en indiquant ce qu'il est juste d'accomplir au-delà même des exigences légales (Steiner et Steiner, 1980 ; Louks, 1987).

Deux principales approches de la philosophie éthique d'un individu permettent une meilleure compréhension de ce qu'est un comportement juste : les théories déontologiques, dans la lignée de la philosophie kantienne, sont focalisées sur le comportement qui doit être bon en soi et reposent sur le respect de principes universels. Les théories téléologiques, également appelées conséquentialistes, dont la principale est l'utilitarisme, sont centrées sur les conséquences des actes qui doivent être bénéfiques pour le plus grand nombre d'individus (Murphy et Lasczniak, 1981).

Les critères de légalité et de légitimité se recoupent partiellement mais ne se confondent pas, certains actes pouvant être légaux mais réprouvés par l'opinion publique, comme par exemple les délocalisations d'usines, l'exportation de déchets toxiques dans des pays en autorisant l'importation, le lobbying, tandis que d'autres, tels que la fraude fiscale ou le travail au noir, apparaissent légitimes bien que condamnés par la loi. Les premiers pourront être qualifiés de violence légale, les seconds d'activité informelle (Verna, *op. cit.*).

L'hétérogénéité de la terminologie utilisée par les sociologues ou les chercheurs en éthique des affaires (comportements non éthiques, comportements déviants, non conventionnels, illégaux, criminalité en col blanc...) pour étudier les phénomènes de déviance, illustre la difficulté de les saisir (Analoui, 1995 ; Mitchel *et al.*, 1996).

Le concept de comportement non éthique est plus large que celui d'activité illégale (ou délit) puisque la norme de référence permettant de repérer s'il y a violation, à savoir la notion de bien ou de mal, est plus exigeante que les règles légales.

Le concept de délit offre l'avantage d'être plus opérationnel car les normes juridiques présentent un caractère moins équivoque, que les valeurs éthiques. Il importe néanmoins de souligner un certain nombre de limites du critère de légalité, notamment dans le cadre de l'étude d'une forme particulière de criminalité qui est celle commise par les cols blancs.

De manière générale, la loi ne revêt pas un caractère universel puisqu'il n'existe pas d'harmonisation au niveau mondial des standards juridiques et la légitimité des « *autorités souveraines* » en charge de légiférer est variable selon la nature plus ou moins démocratique des régimes politiques.

En outre, le législateur est soumis à l'influence de différents groupes de pression ce qui peut le conduire à privilégier les intérêts des plus influents en reportant l'adoption d'une législation qui leur est défavorable ou en orientant le contenu même du texte de loi (Bensedrine et Demil, 1996).

Concernant le domaine spécifique de la criminalité d'affaires, la loi ne permet pas toujours de rendre compte de l'ensemble des actes commis par les délinquants en col blanc car ces derniers sont généralement des individus très bien socialisés qui savent jouer avec les règles du système et donner l'apparence de la légalité à leurs actes. Par exemple, dans le cas de la corruption, la loi ne condamne que les formes les plus évidentes où la contrepartie de la transaction apparaît clairement, tandis que les échanges de faveurs plus subtiles et dématérialisées échappent aux poursuites (Lowenstein, 1989 ; Padioleau, 1982 ; Mény, 1992).

En outre, la délinquance en col blanc fait l'objet d'un traitement social beaucoup plus favorable que la délinquance de droit commun (Lascoumes,

1997, 1999). Selon Foucault (1975), les différentes formes de transgression des normes sociales se partagent depuis la fin du XVIII^e siècle en « illégalisme de biens », commis essentiellement par des classes populaires sur lesquelles se focalisent les poursuites judiciaires et en « illégalismes de droits » accomplis par les membres de classes dirigeantes qui ont le privilège de pouvoir recourir à des voies de règlement discrètes qui leur permettent souvent de se soustraire aux sanctions judiciaires.

Lascoumes montre, en s'appuyant sur les affaires Dassault et Luchaire, qui pourraient *a priori* être toutes deux qualifiées de corruption dans le cadre de marchés de l'armement, que ce ne sont pas les caractéristiques intrinsèques des dossiers qui vont déterminer leur entrée ou pas sur la scène judiciaire mais la façon dont ces dernières sont cognitivement envisagées et socialement régulées. « *Il n'y a jamais ni scandale, ni d'affaire en soi, il est nécessaire de les construire en tant que tels, en transcrivant les faits selon une série de codes* » (Lascoumes, 1999, p. 66).

Malgré son imperfection, nous retiendrons le critère de légalité dans le cadre de notre recherche car il nous semble moins flou et sujet à controverse que celui de légitimité qui se fonde en grande partie sur une conviction intime susceptible de varier en fonction des individus (Verna, *op. cit.*). En outre la norme légale nous semble plus facile à opérationnaliser dans le cadre d'une recherche empirique ultérieure. Nous mobiliserons néanmoins également la littérature sur les comportements non éthiques car elle nous semble pertinente pour appréhender les actes de délinquance d'affaires, ces derniers pouvant être considérés comme une forme particulière de comportements non éthiques. Commettre un délit suppose en effet de transgresser des principes éthiques dont les lois sont censées être le reflet, plus ou moins imparfait selon le degré de légitimité du pouvoir politique d'une société.

Notre recherche portera donc sur les comportements illicites commis au sein des organisations. Il convient maintenant de délimiter plus précisément le type de délinquance d'affaires qui fera l'objet de notre étude.

Délinquance personnelle et organisationnelle

Les travaux pionniers de Sutherland (1940, 1983) et ceux de ses disciples Cressey (1986) et Baucus (1989) sur les activités illégales mettent en évidence le fait que les actes répréhensibles peuvent être perpétrés pour le bénéfice personnel du délinquant d'affaire (*personal crimes*), au détriment de l'organisation dont il est membre (détournement de fonds, vente d'informations confidentielles), mais également au profit de l'organisation (*illegal corporate behavior*). Clinard et Yeager (1980) proposent une typologie plus fine de ce dernier type de comportements en distinguant trois formes principales de délits commis pour le compte de l'organisation : les violations administratives (falsification de comptes, fausses factures...) ; les violations

concernant la production ou l'environnement (non-respect des normes de sécurité en matière de pollution, *dumping*, corruption...) ; et les violations dans le domaine social (discrimination, licenciement abusif...).

Cependant, la distinction entre délit personnel et organisationnel n'est pas toujours évidente à opérer car le salarié qui commet une fraude pour le compte de son organisation peut également en tirer un bénéfice en terme, par exemple, de promotion, d'augmentation de salaire, de prélèvement occulte sur une caisse noire ou plus simplement de préservation de son emploi. Les organisations vont justement jouer sur cette confusion pour inciter les cadres à collaborer à la délinquance d'affaires.

L'objectif de cette recherche est de parvenir à une meilleure compréhension, en mobilisant les concepts de la psychologie sociale, des motivations des salariés à l'œuvre dans le passage à l'acte de délinquance d'affaires, que ce dernier soit commis pour leur propre compte ou pour celui de l'organisation.

La façon dont un individu appréhende un dilemme éthique sera étudiée sous l'angle de l'approche cognitive du processus de décision éthique. Les travaux des sociologues sur la délinquance en col blanc permettront de mettre en évidence le rôle joué par les techniques de rationalisation des délits, internalisées lors du processus de socialisation. Le passage à l'acte délinquant sera ensuite analysé comme un comportement fortement soumis à l'influence sociale. Enfin, les travaux en psychodynamique du travail apporteront un éclairage sur la souffrance éthique qui peut être ressentie par le salarié qui commet un délit lorsque ce comportement est en décalage avec ses valeurs.

I. – LA DIMENSION COGNITIVE DE LA PRISE DE DÉCISION ÉTHIQUE

Une étape importante du processus de décision éthique par un individu confronté à un dilemme réside dans sa perception de la situation. Le jugement éthique ou raisonnement moral (les deux expressions sont utilisées indifféremment dans la littérature sur l'éthique) précède le comportement et l'explique en grande partie.

Le contenu du « système éthique » (Stead *et al.*, 1990) d'un individu, c'est-à-dire les normes qui guident son comportement éthique et sa perception sur la façon dont doivent s'appliquer ces normes varient selon la personnalité et la socialisation.

1. DÉVELOPPEMENT MORAL ET PHILOSOPHIE ÉTHIQUE

Le modèle de développement moral de Kohlberg (1969), inspiré par les travaux de Piaget sur les étapes du développement de l'enfant, explique comment le raisonnement moral de ce dernier atteint des stades de plus en plus élevés au fur et à mesure qu'il grandit. Le stade de développement d'un individu détermine comment ce dernier appréhende les dilemmes éthiques, la façon dont il décide ce qui est bien ou mal dans une situation donnée.

Le développement du jugement moral d'une personne semble indissociable du phénomène d'apprentissage social. Ainsi, au niveau préconventionnel, l'enfant apprend à internaliser les bons comportements par renforcement (récompense et punition). Au niveau conventionnel, l'apprentissage se fait par imitation des proches, puis l'enfant devenu adolescent est influencé par les normes et règles de fonctionnement de la société dans laquelle il vit. La majorité des adultes se caractérise par le stade de développement conventionnel et est donc fortement guidée, dans sa prise de décisions éthiques par le contexte dans lequel elle évolue. Seuls environ 20 % des adultes américains atteignent le niveau postconventionnel. Ils déterminent alors le comportement juste à adopter face à un dilemme éthique en fonction de principes universels allant au-delà des exigences légales et sont peu influencés par les facteurs situationnels. Selon Kohlberg, c'est la formation et l'expérience professionnelle qui vont permettre à l'adulte d'atteindre les niveaux de développement les plus élevés.

Le concept de *philosophie éthique*, défini comme l'ensemble des normes et principes de comportements d'un individu, complète l'approche de Kohlberg sur les stades de développement moral.

Le jugement éthique de la majeure partie des individus est fonction des évaluations déontologiques ou téléologiques ². Il est cependant rare qu'un individu ait une approche strictement déontologique ou téléologique. Il a souvent recours à une combinaison de ces deux philosophies morales, même si l'une domine l'autre (Hunt et Vitell, 1986).

Un certain nombre d'études valident l'hypothèse selon laquelle l'utilitarisme exerce une influence prépondérante dans le processus de prise de décision éthique des managers (Fritzsche et Becker, 1984 ; Premeaux et Mondy, 1983 ; Cohen *et al.*, 1993) ce qui semble en cohérence avec l'idéologie dominante dans le système néolibéral de l'efficacité gestionnaire. Cependant, des travaux plus récents infirment ces résultats en montrant que les managers confrontés à des dilemmes éthiques adoptent plutôt une orientation déontologique (Forest *et al.*, 1997 ; Harris et Sulton, 1995) ce qui pourrait sembler encourageant, les individus ayant une approche déontologique se montrant moins tolérants envers les comportements non éthiques (Harris et Sulton, *op. cit.*). McDonald et Pak (*op. cit.*) affirment, quant à eux, que les managers ne se restreignent pas à un cadre unique de jugement moral mais utilisent au contraire des philosophies multiples.

Après avoir souligné l'importance de la dimension cognitive dans le processus de décision éthique, nous allons nous intéresser aux facteurs à l'origine des différences individuelles de niveau de raisonnement éthique.

2. LES VARIABLES INDIVIDUELLES EXPLICATIVES DU RAISONNEMENT ÉTHIQUE

La littérature sur le processus de prise de décision éthique met en évidence l'influence exercée par deux principales catégories de variables individuelles sur le jugement moral d'un individu : les traits de personnalité et les variables démographiques.

Les **traits de personnalité** jouant un rôle significatif dans l'éthique individuelle semblent être la force de l'ego, le sentiment de contrôle interne et le machiavélisme.

La force de l'ego correspond à la capacité d'un individu de faire preuve de constance dans ses choix, de savoir gérer les tensions et faire face à l'adversité. Une personne possédant ce trait de personnalité est susceptible d'agir selon ses convictions quelles que soient les circonstances. La force de l'ego ne semble pas influencer directement le raisonnement moral mais agir sur le degré de cohérence entre le cognitif et le comportemental puisque à niveau de raisonnement moral équivalent un individu ayant une force de

2. Cf. *supra*.

l'ego élevée agira de façon plus éthique qu'un individu ayant un faible niveau de force de l'ego (Rest, 1984).

Le sentiment de contrôle interne consiste pour un individu à considérer qu'il est maître de son destin tandis qu'une personne ayant un sentiment de contrôle externe va attribuer à des forces extérieures, comme la chance ou le destin, le cours des événements la concernant (Rotter, 1966). Cette dernière se sentira donc moins responsable des conséquences de ses actes. Plusieurs études ont montré qu'il existait une corrélation entre le sentiment de contrôle interne et un niveau élevé de raisonnement moral (Maqsd, 1980 ; Hegarty et Sims, 1978).

Le machiavélisme caractérise des personnes pragmatiques, qui savent garder les distances émotionnelles et pour lesquelles la fin justifie les moyens (Christi et Geis, 1970). On peut donc logiquement s'attendre à ce que les personnes dotées de ce trait de personnalité adoptent des comportements moins éthiques que les autres (Hegarty et Sims, *op. cit.*).

Les **variables démographiques** qui sont le plus souvent testées dans les études quantitatives sur la décision éthique sont les suivantes : le sexe, l'âge, la formation, l'expérience professionnelle, la nationalité et la religion. Ces variables affectent le comportement éthique car elles sont des facteurs de socialisation qui ont un impact sur les valeurs et attitudes d'une personne.

Afin de faire la synthèse des nombreuses études existantes, aux résultats parfois contradictoires, nous nous sommes appuyés sur trois récentes revues de la littérature sur le sujet (Ford et Richardson, 1994 ; Borkowski et Ugras, 1998 ; Low *et al.*, 2000).

Concernant le sexe, malgré des résultats hétérogènes, il semble que les femmes aient un niveau de raisonnement éthique supérieur à celui des hommes mais cette différence s'estompe avec l'âge. Les études empiriques confirment l'hypothèse de Kohlberg selon laquelle l'âge est positivement corrélé au comportement éthique puisque au fur et à mesure que l'individu vieillit, il atteint des stades de développement moral plus élevés. Les résultats des recherches portant sur l'influence de la formation initiale ne sont pas significatifs tandis que ceux concernant l'expérience professionnelle montrent leur effet positif sur l'éthique. La synthèse des recherches quantitatives portant sur le lien entre nationalité et comportement éthique n'est pas aisée car leur méthodologie et leurs résultats ne sont pas directement comparables. Enfin, pour ce qui est du rôle joué par la religion, seule la force de la croyance religieuse semble être positivement corrélée avec des standards éthiques élevés.

Au-delà des différences individuelles en matière de personnalité et de caractéristiques démographiques, les sociologues du courant de l'association différentielle cherchent à mettre en évidence un processus psychologique à l'œuvre dans le passage à l'acte délinquant qui puisse être généralisé à l'ensemble des délinquants et des types de fraudes.

II. – L'APPRENTISSAGE DES COMPORTEMENTS DÉLINQUANTS LORS DU PROCESSUS DE SOCIALISATION

Les recherches du sociologue en criminologie Sutherland (1940, 1983), poursuivies notamment par son disciple Cressey (1986), ont pour objectif d'expliquer les raisons du passage à l'acte délinquant par un individu quels que soient son origine sociale et le type de délit commis.

Selon Sutherland et les adeptes du principe de l'association différentielle, l'environnement social contient des moralités multiples. Les individus apprennent les valeurs, attitudes et normes de personnes qui appartiennent à des groupes très divers ayant chacun leurs propres valeurs et normes. Ils vont associer de façon différenciée deux types de valeurs : anti-criminelles et procriminelles et leur comportement va dépendre de la valeur qui a dominé au cours de leurs expériences passées. Le modèle de l'association différentielle émet l'hypothèse que l'apprentissage des comportements non éthiques inclut à la fois les techniques pour commettre l'acte délictueux et la rationalisation de la transgression.

Les individus vont acquérir une prédisposition à transgresser la loi qui va prendre la forme d'une internalisation, lors du processus de socialisation, de définitions favorables aux comportements non éthiques. Ces définitions vont être activées lorsque le sujet va rencontrer une opportunité d'enfreindre la loi. Elles vont alors lui permettre de légitimer son comportement.

Les travaux empiriques de Cressey sur la fraude commise par les managers, valident les hypothèses du modèle de l'association différentielle. Il conclut, en effet, des 150 entretiens qu'il a menés dans la prison de l'Illinois avec des fraudeurs condamnés pour détournement de fonds, que ce type d'infraction implique systématiquement un processus psychologique qui suppose d'être capable de justifier à ses propres yeux son comportement. Le délit ne sera commis que si son auteur parvient à légitimer ses actes en neutralisant les idées selon lesquelles violer la loi est mauvais, immoral et illégal.

Certaines *techniques de neutralisation verbales* sont communes à tous les types de fraude : l'idéologie de la nécessité, le déni de sa responsabilité et des conséquences néfastes de ses actes. D'autres diffèrent selon que la fraude est commise au détriment de l'entreprise (« *Je n'ai pas volé l'argent, je l'ai emprunté* », « *Cet argent m'appartient* », « *Je ne suis pas payé à ma juste valeur* »...) ou pour le compte de cette dernière (« *Les affaires sont les affaires* », « *Tout le monde le fait* », « *La réglementation gouvernementale est socialiste et contre-productive* »).

Les recherches de Sutherland, poursuivies par les sociologues du courant de l'association différentielle, apportent un regard nouveau sur la délinquance d'affaires. En effet, elles remettent en cause les théories en criminologie incontestées jusqu'au milieu du XX^e siècle, en montrant que les criminels en col blanc, tout comme n'importe quel délinquant de droit commun, doivent être considérés comme des conformistes plutôt que des déviants car ils reproduisent les modèles de comportements dominants dans leur environnement social. Les délinquants d'affaires sont même généralement des individus très bien socialisés qui savent jouer avec les règles du système et donner une apparence de légalité à leurs actes.

L'approche du courant de l'association différentielle montre comment le comportement délinquant a été appris en interaction avec d'autres personnes lors du processus de socialisation. Nous allons maintenant nous intéresser à l'influence sociale exercée par les pairs et la hiérarchie au sein des organisations.

III. – INFLUENCE SOCIALE ET COMPORTEMENTS DÉLINQUANTS

Des différents concepts de la psychologie sociale, celui d'influence sociale nous semble indéniablement le plus fertile pour comprendre l'adoption de comportements délinquants par les salariés au sein des organisations. Bédard *et al.* le définissent comme « *une modification du comportement ou des croyances d'un individu sous l'effet d'une pression réelle ou imaginaire, volontaire ou involontaire, exercée par une personne ou un groupe de personnes* » (1999, p. 164). Les différentes modalités d'expression de l'influence sociale, pression normative des pairs, manipulation, pouvoir de l'autorité vont se combiner pour modifier les perceptions, jugements, attitudes ou comportements d'un individu.

1. LE CONTRÔLE INFORMEL DES COMPORTEMENTS DÉLINQUANTS PAR L'ENTOURAGE PROFESSIONNEL

Les travaux de Hollinger et Clark (1982) sur les comportements déviants au travail mettent en évidence l'existence de pressions sociales visant la conformité qui se matérialisent par deux formes de contrôle, formel et informel, se renforçant mutuellement. Le contrôle formel réside essentiellement dans des règles et procédures et un système de sanctions, tandis que le contrôle informel repose sur les positions et réactions de l'entourage professionnel. Les résultats de l'enquête qu'ils ont menée auprès d'employés de différents niveaux hiérarchiques démontrent la supériorité du contrôle informel, exercé par les pairs, sur le contrôle formel dans la diminution des pratiques abusives, quelle que soit leur nature, et ceci indépendamment de l'âge, du sexe ou du statut marital des employés.

Les sanctions formelles ont néanmoins un impact sur les comportements déviants de façon indirecte en influençant la structure normative informelle. La perception qu'ont les employés des règles et sanctions formelles peut les amener à faire évoluer leur propre façon d'évaluer les comportements de leurs pairs.

D'autres recherches empiriques insistent également sur les effets des sanctions informelles, émanant des collègues de travail, sur les comportements déviants des employés. Les travaux de Horning (1970) sur la délinquance en col bleu dans un milieu industriel montrent que le type de marchandises, de même que le montant pouvant être volé font l'objet d'une régulation de la part du groupe, même pour les actes isolés et perpétrés en secret. Mars (1974) met en évidence, dans son étude de cas sur le vol des

dockers, l'existence d'un consensus informel au sein du groupe sur les normes à respecter pour que cette activité illicite reste insoupçonnée.

Posner et Schmidt (1984) révèlent, grâce à une enquête menée auprès de 6 000 managers, que l'influence exercée par l'environnement professionnel est également très forte pour cette catégorie de personnel. En effet, les managers confrontés à un dilemme éthique, se tournent en priorité vers leur supérieur hiérarchique pour leur demander conseil (25 % des réponses) et leurs collègues de travail (19 %). L'étude souligne par ailleurs le rôle, rarement mis en évidence, de l'entourage familial dans la prise de décision éthique, puisque 24 % des managers consultent habituellement leur conjoint sur ce type de choix.

Enfin, la façon dont se comportent leurs supérieurs et leurs collègues est considérée par les managers comme le facteur le plus déterminant pour expliquer leur conduite non éthique.

2. LA PRESSION À LA DÉLINQUANCE EXERCÉE PAR LA HIÉRARCHIE

Plusieurs études empiriques, menées à différentes époques et dans des zones géographiques variées, mettent en évidence le fait que l'adoption de comportements non éthiques par les salariés sous la contrainte est loin d'être un phénomène marginal dans les organisations. Ainsi, 73 % des 6 000 managers interrogés par Posner et Schmidt (1984), estiment que les pressions émanant de l'organisation pour se conformer à ses standards de comportement sont fortes. 20 % des hauts dirigeants, 27 % des cadres intermédiaires et 41 % des exécutifs reconnaissent avoir été amenés à parfois compromettre leurs propres principes éthiques pour répondre aux attentes de leur organisation. Plus le manager est situé bas dans la chaîne hiérarchique plus il subit les contraintes organisationnelles.

Selon une étude intitulée « Sources and consequence of workplace pressures : increasing the risk of unethical and illegal business practice » menée en avril 1997 par la *American Society of chartered life underwriters & Chartered Financial consultant* et l'*Ethics Officer Association*, 48 % des salariés admettent avoir commis au moins un acte non éthique ou illégal au cours de la dernière année et 56 % affirment avoir subi des pressions pour se comporter de cette façon (Greengard, 1997).

Enfin, d'après le baromètre stress de la CFE-CGC (Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres) de septembre 2005, à la question posée à un échantillon représentatif de 1 340 cadres français « Vous arrive-il d'avoir à exécuter des actions qui ne correspondent à votre éthique ? », 4 % répondent « souvent », 22 % « de temps en temps » et

36 % « *rarement* », seuls 38 % affirment ne pas avoir été confrontés à cette situation. Finalement, la perception qu'ont les salariés de ce phénomène reste relativement proche et constante dans les trois enquêtes.

Les pressions exercées par l'équipe dirigeante pour obtenir la collaboration des cadres à la délinquance d'affaires reposent simultanément sur la manipulation, l'incitation et le management par la peur.

La manipulation

La manipulation consiste à utiliser des moyens pour obtenir d'une personne qu'elle change d'opinion ou de comportement sans exercer de pression directe sur elle. L'individu manipulé a le sentiment de se comporter librement, ce que Beauvois et Joule (1987) nomment la soumission librement consentie.

La manipulation dont peuvent faire l'objet les salariés pour les amener à commettre des fraudes au profit de leur organisation sera étudiée sous l'angle des travaux en psychodynamique du travail de Dejours (1998), sur la banalisation de l'injustice sociale et ceux de Anquetil (2003) en sciences cognitives, sur les dilemmes éthiques.

Dejours étudie le processus qui permet d'obtenir la complicité active ou passive de la majorité des membres d'une organisation, qui font pourtant preuve d'un sens moral dans les circonstances de la vie ordinaire, pour commettre des violations dans le domaine social (licenciements abusifs, travail au noir, conditions de travail dégradées et dangereuses, non-déclaration des accidents de travail...). L'un des principaux mécanismes qui rend acceptable par les salariés l'injustice sociale, alors même qu'elle entraîne la souffrance des personnes qui en sont victimes, est la stratégie de *distorsion communicationnelle*.

Dejours emprunte à Habermas le concept de *distorsion communicationnelle* pour expliquer l'écart entre le discours officiel gestionnaire sur l'organisation du travail et le *réel* du travail, c'est-à-dire tel qu'il est vécu par les travailleurs avec ses difficultés, ses échecs et la souffrance induite. La distorsion communicationnelle peut être provoquée par des composantes involontaires et inconscientes mais également par une stratégie délibérée qui repose sur le déni généralisé du *réel* du travail et de la souffrance au travail.

Les arguments gestionnaires et commerciaux, initialement destinés à la propagande vis-à-vis de l'extérieur, sont également mobilisés en interne au nom de l'efficacité et de la création de valeur pour l'actionnaire et le client. Des médias spécifiques sont utilisés pour diffuser des messages stéréotypés et simplificateurs qui se substituent aux débats collectifs et ne suscitent pas de questionnements dérangeants. Afin que ce « *mensonge institutionnalisé* »

résiste à la critique, il s'agit parallèlement de se débarrasser des témoins gênants par mise au placard, licenciement, mutation et ainsi « *effacer les traces* ». Les anciens sont particulièrement visés car ils constituent la mémoire des usages du passé.

Les réflexions de Pesqueux et Biéfnor (2002) sur la nouvelle vocation idéologique de l'entreprise à universaliser la logique gestionnaire de l'efficacité au détriment des valeurs collectives rejoignent l'analyse de Dejours.

Les recherches d'Anquetil (*op. cit.*) sur des cadres qui sont amenés à adopter des comportements illicites contraires à leurs valeurs, mettent en évidence que l'autorité dont ces derniers dépendaient, supérieur hiérarchique ou actionnaire principal, a joué un rôle majeur dans leur passage à l'acte.

Les relations avec l'autorité, telles qu'elles sont décrites par les cadres interviewés, apparaissent très ambiguës. En effet, les cadres ont des difficultés à caractériser leur supérieur « *du fait du caractère difficilement conciliable de ses caractéristiques comportementales manifestes* » (*op. cit.*, p. 69). Par exemple un des cadres décrit son patron simultanément comme « *corrompu* », « *priviliégiant son intérêt personnel* » mais « *homme de parole* » et « *évitant tout conflit* » (*op. cit.*, p. 69).

Le thème de la manipulation est celui qui est le plus cité par les cadres parmi les autres thèmes liés à la situation à laquelle ils ont été confrontés. Visiblement les supérieurs ont eu recours, pour obtenir la collaboration de leurs subordonnés, à une stratégie de manipulation reposant sur la création d'une certaine forme de confiance et sur la diffusion d'informations ambiguës rendant difficile l'interprétation du contexte du dilemme éthique.

L'acceptation par les cadres de compromettre leurs principes éthiques s'explique notamment par la conformité sociale à des normes d'efficacité et d'engagement par rapport à l'entreprise (on retrouve l'importance de l'influence de l'idéologie de l'efficacité mise en évidence par Dejours) et le respect de la hiérarchie, compte tenu du lien de subordination.

L'ascension, au sein d'un groupe de service aux collectivités, de François Pierron, héros de *La cour des cadres*, roman en grande partie autobiographique écrit par Jean-Jacques Prompsy (2000), ancien responsable commercial et des ressources humaines de la Lyonnaise des Eaux, condamné pour corruption et abus de bien sociaux dans les affaires Urba et Carignon, illustre très bien les techniques manipulatoires qui peuvent être utilisées par le comité de direction pour conduire un cadre dirigeant à coopérer à la corruption. François Pierron ne fait pas l'objet de pressions directes de la part du président et des autres membres du comité exécutif pour corrompre les élus locaux, afin d'obtenir des délégations de service public. Il semble librement consentant car pris dans un système où la concurrence

forte justifie ce type de pratiques, et aimant en outre remporter des marchés et obtenir des promotions. Le président du groupe joue sur l'ambivalence de sa personnalité en instaurant un climat monarchique de forte pression sur ses salariés tout en ayant des préoccupations éthiques dans d'autres domaines, comme l'aide apportée aux jeunes des quartiers défavorisés. Les membres du comité de direction mêlent, quant à eux, les registres du travail et de l'amitié pour obtenir la complicité du directeur commercial. Il existe un processus d'identification de François Pierron aux dirigeants du groupe car il les admire, est fier d'être l'un des leurs, du fait de son appartenance au comité de direction, et est flatté de la confiance qui lui est accordée en le mettant dans la confiance des paiements occultes. Le caractère non éthique des actions demandées est toujours minimisé : les versements illicites ne sont jamais présentés comme de la corruption active mais plutôt comme des financements de campagnes nécessaires à la démocratie. En outre « la technique du pied dans la porte » permet d'obtenir l'acquiescement du directeur commercial pour des actes de plus en plus illicites : d'abord des cadeaux tels qu'invitations dans des grands restaurants ou des voyages à Paris, puis financement occulte de campagnes, achat de prestations fictives à des cabinets d'études... François Pierron utilise des techniques de neutralisation pour légitimer ses actes : la morale de l'entreprise n'est pas celle des individus, tous les concurrents ont recours aux mêmes pratiques, il ne fait rien de mal puisqu'il ne détourne pas l'argent pour son compte personnel... Son besoin d'être intégré et reconnu par l'équipe dirigeante est tellement fort qu'il leur restera loyal jusqu'au bout en couvrant les agissements de sa hiérarchie et en étant seul condamné à la prison.

La soumission à l'autorité

La pression à la délinquance exercée par la hiérarchie sur les salariés peut prendre une forme beaucoup plus directe qui est celle du recours à l'autorité pour obtenir l'obéissance.

Les célèbres expériences de Milgram (1965) sur la soumission des individus à un ordre qui leur est imposé, de faire gratuitement du mal à autrui, montrent que les facteurs liés à la situation (prestige, légitimité, proximité de l'autorité, proximité de la victime...) importent bien plus que la personnalité de la personne qui se soumet. D'autres expériences récentes viennent confirmer ces résultats (Fischer, 1997). Deux principales explications permettent de comprendre pourquoi la majorité des personnes se soumet aveuglément aux ordres, mêmes destructeurs pour autrui : l'obéissance à l'autorité est une norme sociale puissante internalisée au cours du processus de socialisation et la personne qui se soumet se retrouve dans une situation passive face à l'autorité reconnue, à laquelle elle délègue sa responsabilité (Bédard *et al.*, *op. cit.*)

Dejours (*op. cit.*) prend appui sur le concept de banalité de Hannah Arendt³, pour comprendre comment une organisation parvient à faire accepter au salarié le « *sale boulot* ». Selon lui, un des ressorts majeurs du processus de banalisation de la violence sociale, outre la distorsion communicationnelle, est le maniement par les managers de la menace pour obtenir la complicité des salariés. L'absence de mobilisation collective des salariés contre les pressions qui sont exercées sur eux provient de l'apparition de la peur, essentiellement liée à la précarisation de l'emploi, y compris pour les cadres. Les salariés adoptent une stratégie défensive qui peut être passive : silence, repli sur soi, déni de la souffrance d'autrui, ou active : soumission à l'autorité par peur de passer pour incompetent et « *cynisme viril* » qui transforme l'obéissance en acte de courage (« *il faut du courage pour faire le sale boulot* »).

La menace est entretenue en « éliminant » les opposants au système, notamment les représentants du personnel et les délégués syndicaux qui peuvent faire l'objet de pratiques discriminantes, de harcèlement, voire de licenciements abusifs, ce qui a pour conséquence de dissuader toute velléité de résistance.

L'enquête de Wahn (1993), menée auprès de 565 professionnels des ressources humaines, concernant les pratiques déviantes commises pour le compte de l'organisation, met en évidence que plus la dépendance d'un salarié vis-à-vis de l'organisation est forte, plus il risque de commettre des actes non éthiques sous la pression de l'organisation. La dépendance correspond à la perception qu'a un employé de sa capacité à retrouver un emploi s'il quitte son organisation. Le pouvoir de résister au management de la peur et la liberté de choix du salarié semblent donc reposer en partie sur son employabilité.

3. Hannah Arendt étudie comment Eichman, individu à la personnalité banale, a été amené à collaborer activement au nazisme jusqu'à devenir l'un des acteurs majeurs des camps de la mort.

IV. – LA SOUFFRANCE ÉTHIQUE

Les stratégies de défense mises en œuvre par les salariés soumis à la pression à la délinquance rencontrent des limites car elles engendrent elles-mêmes des souffrances. Le fait pour les cadres d'être impliqués dans le malheur d'autres salariés, en raison de leur passivité, voire de leur collaboration active, provoque chez eux un malaise psychologique qui peut mener à un risque de décompensation psychopathologique (dépression, alcoolisme, mouvement réactionnel de révolte désespérée...). Cette *souffrance éthique* générée par les pratiques de management de pression éthique doit être distinguée de la souffrance au travail qui est provoquée par l'injustice sociale (Dejours, *op. cit.*).

Le concept de *souffrance éthique* se retrouve dans d'autres travaux sur l'éthique des affaires même s'il est désigné différemment. Sims et Keon (2000) expliquent que s'il existe un décalage entre les exigences de l'organisation et la morale individuelle, le salarié subit un *stress moral* et est victime d'un conflit intrapersonnel qui accroît la probabilité d'une conduite non éthique.

Le concept de dissonance cognitive défini par Festinger (1957) comme « *un état inconfortable résultant du fait qu'un individu maintient dans son esprit deux éléments de connaissance (attitudes, croyance, observations de ses comportements) dont l'un devrait normalement produire le contraire de l'autre* » permet de bien rendre compte du malaise intérieur ressenti par un salarié contraint d'adopter un comportement non conforme à ses valeurs éthiques. Festinger explique que lorsque les valeurs et attitudes ne sont pas concordantes avec le comportement d'une personne, cette dernière va rétablir l'équilibre en modifiant soit ses convictions, soit son comportement, la deuxième solution n'étant pas aisée à choisir lorsque l'individu est très dépendant de l'organisation. Festinger remarque que la pression de la dissonance cognitive sur l'individu est moins forte si le comportement est dicté par un supérieur hiérarchique plutôt qu'adopté volontairement. Ainsi, l'influence de l'organisation peut être très néfaste sur la conduite des individus puisqu'elle entraîne une certaine déresponsabilisation de ces derniers lorsqu'ils commettent des actes immoraux par obéissance à leur hiérarchie.

Les travaux de Anquetil (*op. cit.*) mettent également en évidence la souffrance éthique ressentie par certains cadres qui ont compromis leurs valeurs en commettant des actes non éthiques au profit de l'organisation. Ces derniers peuvent être en proie à la rumination, processus psychologique comprenant des pensées conscientes récurrentes et envahissantes qui surviennent de manière inopinée, et traverser une période difficile caractérisée par le doute, le sentiment d'isolement et de menace qui conduit souvent à la rupture de leur collaboration avec l'entreprise soit de leur propre fait, soit par licenciement.



La fraude commise par les salariés au sein des organisations est un phénomène fortement soumis à l'influence sociale, que ce soit lors du processus de socialisation où sont internalisées des normes de comportements plus ou moins favorables aux comportements non éthiques, ou au sein de l'environnement de travail. La criminalité en col blanc, loin d'être une pratique déviante, semble au contraire généralement le fait d'individus très bien socialisés et intégrés qui agissent souvent en conformité avec les normes de leurs pairs ou par soumission plus ou moins librement consentie aux pressions exercées par leur hiérarchie, lorsque les actes sont commis pour le compte de leur organisation. Ces pressions à la délinquance reposent à la fois sur l'incitation, la manipulation grâce à la distorsion communicationnelle qui véhicule les idéologies de l'efficacité et de la nécessité servant aux délinquants à légitimer leurs actes, et sur le management par la peur qui entraîne des mécanismes de défense neutralisant la mobilisation collective et conduisant à la collaboration active ou au déni de l'injustice commise, par des personnes pourtant dotées d'un sens moral.

La pression éthique subie par les cadres met en péril leur équilibre psychologique car elle engendre une souffrance éthique qui peut mener à la dépression.

Les variables mises en évidence au cours de notre phase exploratoire, consistant essentiellement en une revue de la littérature, doivent maintenant faire l'objet d'une validation empirique. Une collaboration avec le Service central de prévention de la corruption (SCPC) a débuté pour mettre en œuvre une démarche de recherche qualitative reposant principalement sur l'analyse de contenu d'entretiens avec des cadres d'entreprises privées, de différents niveaux hiérarchiques, ayant été confrontés à des dilemmes éthiques, qu'ils soient passés à l'acte ou pas et aient fait l'objet de condamnations par la justice ou pas. Cette recherche, dans un domaine rarement exploré, compte tenu de la difficulté d'accessibilité au terrain, devrait permettre une meilleure connaissance des modalités utilisées par les organisations pour obtenir la collaboration des cadres à la criminalité d'affaires et une compréhension des raisons qui conduisent un cadre à se soumettre ou pas à cette pression.

BIBLIOGRAPHIE

ANALOUÏ F., « Workplace sabotage : its style, motives and management », *Journal of Management Development*, vol. 14, n° 7, 1995, p. 48-65.

ANQUETIL A., *Dilemmes éthiques en entreprise : le rôle de la faiblesse de la volonté dans la décision des cadres*, thèse de doctorat en sciences cognitives, École polytechnique, Paris, juin 2003.

BAUCUS M., « Why firms do it and what happens to them : a re-examination of the theory of illegal corporate behaviour », *Research in Corporate Social Performance and Policy*, 11 (JAI Press, Greenwich, CT), p. 93-118, 1989.

BEAUVOIS J.-L. et JOULE R.-V., *Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens*, Presses universitaires de Grenoble, 1987.

BEDARD L., DEZIEL J., LAMARCHE L., *Introduction à la psychologie sociale. Vivre, penser et agir avec les autres*, Éditions du Renouveau pédagogique, Québec, 1999.

BENSEDRINE J. et DEMIL B., *L'action collective des entreprises sur la réglementation : une analyse en terme de pouvoir*, colloque AIMS, 1996.

BLASI A., « Bridging moral cognition and moral action : a critical review of the litterarure », *Psychological Bulletin*, 88, 1-45, 1980.

BOMMER M., GRATTO C., GRAVANDER J., TUTTLE M., « A behavioral model of ethical decision making », *Journal of Business Ethics*, 6 (1987), 265-280.

BORKOWSKI S.C. et UGRAS Y.J., « Business students and ethics : a meta-analysis », *Journal of Business Ethics*, August 1998.

CAVANAGH G. *et al.*, « The ethics of organizational politics », *Academy of Management Review*, 3, 363-74, 1981.

CHRISTI R., GEIS F., *Studies in Machiavellianism*, New York : Academic Press, 1970.

CLINARD M.B. et YEAGER P.C., *Corporate crime*, Free Press New York, 1980.

COHEN *et al.*, « A validation and extention of a multidimensional ethics scale », *Journal of Business Ethics*, 12, 1993.

CRESSEY D.R., « Why managers commit fraud », *Aust & Nz Journal of Criminology*, 19, p. 195-209, December 1986.

DEJOURS C., *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, Éditions du Seuil, 1998.

FERELL O. C., GRESHAM L. G. et FRAEDRICH J., « A synthesis of ethical decision models for marketing », *Journal of Macromarketing*, 9, p. 55-64, 1989.

FESTINGER L., *A theory of cognitive dissonance*, Standford University Press, 1957.

FISCHER G.-N., *La psychologie sociale*, Éditions du Seuil, 1997.

FORD R. C, RICHARDSON W. D, « Ethical decision making : a review of the empirical litterature », *Journal of Business Ethics*, March 1994.

FRAEDRICH J., *Philosophy types interactions in the ethical decision-making process of retailers*, Unpublished dissertation, Texas A & M University, 1988.

FRITZCHE D. et BECKER H., « Linking management behavior to ethical philosophy : an empirical investigation », *Academy of Management Journal*, 1, 166-75, 1984.

GREENGARD S., « 50 % of your employees are lying, cheating and stealing », *Workforce*, p. 46-53, October 1997.

HARRIS J. R., SULTON C.D., « Unravelling the ethical decision-making process : clues from an empirical study comparing fortune 1000 executives et MBA students », *Journal of Business Ethics*, October 1995.

HEGARTY W. et SIM H. JR., « Some determinant of unethical decision behaviour : an experiment », *Journal of Applied Psychology*, 63 (4), 451-7, 1978.

HOLLINGER R.C. et CLARK J.-P., « Formal and informal controls of employee deviance », *The Sociological Quaterly*, 23 (Summer 1982), 333-343.

HORNING D.N.M., « Blue collar theft : conceptions of property, attitudes toward pilfering, and work group norms in modern industrial plant », in Erwin O. Schmigel et H. Laurence Ross (ed.), *Crime against bureaucracy*, New York : Van Nostrand Reinhold, 1970.

HUNT S.D. et VITELL S., « A general theory of marketing ethics », *Journal of Macromarketing*, Spring 1986.

KOHLBERG L., « Moral stages and moralization : the cognitive-developmental approach », in T. Lickona (ed.), *Moral developement and behaviour : theory, research, and social issues*, 1969.

LASCOUMES P., *Élites irrégulières. Essai sur la délinquance d'affaires*, Éditions Gallimard, 1997.

- LASCOUMES P., *Corruptions*, Presse de la Fondation nationale de sciences politiques, 1999.
- LOUCKS V.R. JR, « A CEO looks at ethics », *Business Horizons*, mars-avril 1987, p. 2-5.
- LOWENSTEIN D. H., « Legal effort to define Bribery », in Heidenheimer A. J., *Political corruption, a handbook*, New-Brunswick, transaction Publishers, p. 29-38, 1989.
- LOW T. W, FERRELL L., MANSFIELD P., « A review of empirical studies assessing ethical decision making in business », *Journal of Business Ethics*, June 2000.
- MAQSUD M., « Locus of control and stages of moral reasoning », *Psychological Report*, 46, 1243-1248, 1980.
- MARS G., « Dock pilferage : a case study in occupational theft », in P. Rock & M. Mc Intosh (eds), *Deviance and social control*, London, Tavistock Institute, p. 24, 1974.
- MC DONALD G., PAK P. C., « It's all fair in love, war and business : cognitive philosophies in ethical decision making », *Journal of Business Ethics*, 15, 973-996, sept. 1996.
- MENY Y., *La corruption de la République*, Fayard, 1992.
- MILGRAM S., « Some conditions of obedience and disobedience », *Human Relations*, 18, 57-76, 1965.
- MITCHEL *et al.*, « Perceived correlates of illegal behavior in organizations », *Journal of Business Ethics*, 15 : 439-455, 1996.
- MURPHY P. et LASNIAK G. R., « Marketing ethics : a review with implications for managers, educators and researchers », in B. Enis et K Røring (ed.), *Review of Marketing*, 251-266, 1981.
- PADIOLEAU, *L'État au concret*, PUF, 1982.
- PESQUEUX Y. et BIEFNOT Y., *L'éthique des affaires. Management par les valeurs et la responsabilité sociale*, Éditions d'organisation, 2002.
- POSNER B. Z. et SCHMIDT W. H., « Values and the American manager : an update », *California Management Review*, vol. XXVI, n° 3, Spring 1984.
- PREMEAUX S.R., MONDY R.W., « Linking management behavior to ethical philosophy », *Journal of Business Ethics*, 12, 349-357, 1983.
- PROMPSY J.-J., *La cour des cadres*, Éditions de la Nerthe, 2000.

REST J.R., « The major components of morality », in W.M. Kurtinez & J.L. Gerwitz (ed.), *Morality, moral behavior and moral development*, New York : Wiley, 24-38, 1984.

ROTTER J. B., « Generalized expectancies for internal versus external control of reinforcement », *Psychological Monographs : General and applied*, 80, 609, 1966.

SACHET-MILLIAT A., « Éthique et management : pratiques de pression sur les cadres pour obtenir leur collaboration aux actes de délinquance d'affaires », *Revue de gestion des ressources humaines*, juillet-août-septembre 2005.

SIMS R. R et KEON L.K., « Changing an organization's culture under new leadership », *Journal of Business Ethics*, 25 : 65-78, 2000.

STEAD W. E. *et al.*, « An integrative model for understanding and managing ethical behavior in business organizations », *Journal of Business Ethics*, 9 : 233-242, 1990.

SUTHERLAND E.H., « White collar criminality », *American Sociological Review*, 1940.

SUTHERLAND E.H., *White collar crime, the uncut version*, Yale University Press, New Haven, 1983.

TREVINO L.K., « Ethical decision making in organizations : a person-situation interactionist model », *Academy of Management Review*, 11 (3), 601-17, 1986.

VERNA G., « Les ennemis de l'éthique », in *Éthique et capitalisme*, sous la direction de D. Dupré, Economica, 2002.

WAHN J., « Organizational dependence and the likelihood of complying with organizational pressures to behave unethically », *Journal of Business Ethics*, mars 1993.

CHAPITRE VI

Fiches pratiques

FICHE PRATIQUE

sur le délit d'initié

(article L. 465-1 du Code monétaire et financier)

Certaines personnes, disposant d'informations privilégiées relatives à la situation économique d'une société cotées, peuvent être tentées de les utiliser pour réaliser ou faire réaliser des opérations boursières, avant que le public n'en ait connaissance.

Or, la loi de l'offre et de la demande, qui régit le marché boursier, repose sur l'égalité de l'information des investisseurs. Afin, de maintenir cette égalité, un délit d'initié, à vocation préventive et répressive a été créé par la loi n° 70-1203 du 23 juillet 1970, devenue l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier.

Définition

Le délit d'initié dit aussi « *délit d'utilisation illicite d'une information privilégiée* », se commet soit en opérant en bourse en période de réserve, soit en communiquant l'information détenue par privilège à un bénéficiaire susceptible de l'utiliser. Ainsi, le délit d'initié, qui implique une utilisation de l'information privilégiée, doit-il être distingué de deux autres formes d'abus d'information sur les marchés réglementés : la simple communication d'information privilégiée à un tiers, en dehors du cadre normal de la profession ou des fonctions (article L. 465-1, alinéa 2) ¹ et la divulgation dans le public d'informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur (cette infraction initialement prévue et réprimée par l'article L. 465-1, alinéa 4 a été insérée comme alinéa 2 de l'article L. 465-2 du Code monétaire et financier, par la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, article 30 III) ².

Les éléments constitutifs de l'infraction

Personnes visées

Les initiés « primaires » ou « de première main »

Une présomption de connaissance de l'information privilégiée pèse sur les personnes mentionnées à l'article L. 225-109 du Code de commerce, c'est-à-dire

1. Ce délit est réprimé par une peine d'un an d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende.
2. Le nouvel article L. 465-2 alinéa 2 ne modifie ni la définition de l'infraction ni le quantum des peines prévues par l'ancien article L. 465-1 alinéa 4 (ce délit étant réprimé par les mêmes peines que le délit d'initié, voir *infra* : deux ans d'emprisonnement et 1 500 000 euros d'amende, ce montant pouvant être porté jusqu'au décuple du profit réalisé).

celles qui sont tenues, au sein des sociétés anonymes, de mettre sous la forme nominative leurs actions, à savoir :

- le président, les directeurs généraux, les membres du directoire, les personnes physiques ou morales exerçant les fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance ainsi que les représentants permanents de ces personnes morales ;
- il peut également être admis que le conjoint non séparé entre dans la catégorie des tiers bénéficiaires visée par l'alinéa 3, de l'article L. 465-1, résultant de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001.

Les initiés de fait ou secondaires

Cette catégorie regroupe toutes les personnes qui disposent d'informations privilégiées à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions même si cette profession n'a pas de rapport direct avec la société ³ :

- il peut s'agir des administrateurs provisoires, des liquidateurs judiciaires, mais aussi des banquiers, des intermédiaires boursiers, des analystes financiers, d'un salarié de la société ou même des journalistes financiers ⁴ ;
- en outre, la jurisprudence a retenu la culpabilité d'un fonctionnaire qui, dans le cadre de ses fonctions, détenait une information privilégiée ⁵ ;
- les tiers bénéficiaires de l'information privilégiée, qui ne relèvent des deux catégories prévues aux alinéas 1 et 2 de l'article L. 465-1, sont sanctionnables sur le fondement de l'alinéa 3, dès lors qu'il est rapporté la preuve qu'ils savaient que le donneur des informations avait un devoir absolu de réserve ⁶.

L'élément matériel

Il convient tout d'abord d'apporter une précision sur la nature des opérations :

- il s'agit de toutes opérations boursières ayant eu pour but de réaliser un gain ou d'éviter une perte, peu importe sa nature : achat, échange, levée d'option ;
- peu importe également la nature du marché : les différentes évolutions des textes et des décisions de jurisprudence, s'appuyant sur la philosophie des directives européennes, laissent penser que sont concernés non seulement les marchés réglementés, mais également les opérations hors marché ou de gré à gré. L'élément matériel de l'infraction suppose l'existence d'une information

3. La jurisprudence interprète de façon large ces termes. Ainsi, ont été reconnus coupables des architectes (TGI Paris, 1976, JCP G. 1977. II. 18543), des employés de compagnies d'assurances (Cass. Crim, 18 février 1991, Bull. n° 81).

4. TGI Paris, 12 mai 1976, JCP G 1976, II, 18496.

5. TGI Paris, 13 mai 1986, *Gaz. Pal.*, 1986, 2, jur., p. 459 ; Cass. Crim, 26 octobre 1995, retenant la responsabilité d'un directeur de cabinet d'un ministre.

6. Cet alinéa 3 résulte de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001.

privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé (article L 465-1 du Code monétaire et financier).

Le type d'information

Détenir un « *bon tuyau* » et l'utiliser n'est pas délictueux. Non seulement ce n'est pas la divulgation de n'importe quelle information qui fait d'une personne un initié, mais cette information doit comporter un certain nombre de caractères, notamment de précision et de certitude.

Le caractère précis et certain de l'information ⁷

Le caractère précis de l'information ne signifie pas que celle-ci soit chiffrée, il suffit qu'elle permette de savoir quel profit peut être tiré en opérant sur le marché. Il n'est pas nécessaire que l'opération (encore secrète) soit définitivement arrêtée, il suffit qu'elle ait des chances sérieuses d'aboutir.

On considère que l'information est suffisamment certaine et précise dès qu'elle permet de jouer sans risque sur le marché. Ainsi la jurisprudence a-t-elle écarté de la répression l'opération faite sur la base d'une rumeur ou de vagues pronostics.

La qualité de l'initié est déterminante pour retenir le caractère précis ou non de l'information divulguée.

De même, il a été admis que le rapport avec le risque boursier pouvait permettre de déduire la précision de l'information. Ainsi dans une affaire célèbre ⁸, il a été retenu que le fait d'espérer un profit de l'ordre de 400 à 500 % en cas de conclusion des négociations, contre une perte limitée à 20 % en cas d'échec, démontrait que l'information était suffisamment précise.

Le caractère privilégié de l'information et sa durée

Pour ce qui est de la durée, la qualité d'initié, qui emporte une stricte obligation d'abstention d'opérer sur le marché ou de communiquer ce qui est réservé, prend fin avec la diffusion de l'information dans le public.

La détermination de ce moment est très importante puisqu'elle met fin à une condition essentielle de la commission du délit d'initié.

Si le secret partagé par tout le monde n'est plus un secret, toutefois les rumeurs qui circuleraient autour de l'information privilégiée ne sont pas suffisantes pour retenir que l'information a été rendue publique. Ainsi, pour les tribunaux (comme pour l'ancienne COB devenue AMF – Autorité des marchés financiers), il est considéré que l'information reste privilégiée tant qu'elle n'est pas communiquée officiellement au public.

7. Aux termes de la jurisprudence, la Cour de Cassation vise des informations « *précises, confidentielles, de nature à influencer sur le cours de la valeur* ».

8. Affaire « *Péchiney* », TGI Paris, 29 septembre 1993 ; CA Paris, 6 juillet 1994 et Cass. Crim, 26 octobre 1995.

Les modes de commission du délit

Commission du délit par la réalisation d'une opération illicite sur le marché

À l'origine, le texte de 1970 précisait que la réalisation d'un ordre donné en initié sur le marché boursier devait se faire en « exploitant » les informations privilégiées. Ce terme d'« exploiter » a entraîné des controverses doctrinales et jurisprudentielles auxquelles la loi n° 88-70 du 22 janvier 1988 a mis fin, en supprimant la référence à l'exploitation des informations. Ainsi a disparu l'obligation d'établir le lien entre les opérations illicites et les informations réservées. La seule concomitance des deux éléments fait que le délit est constitué.

Pour les tribunaux, la réalisation du délit intervient dans l'ordre lui-même et non dans sa liquidation. De même, la jurisprudence reconnaît que l'exécution d'un ordre durant la période d'abstention (pour un ordre donné antérieurement) entre dans le champ d'application de la répression. Les juges estiment qu'à partir du moment où l'information devient précise et certaine, l'initié a le devoir de révoquer son ordre.

Commission du délit par communication en connaissance de cause d'une information réservée

Un initié ne peut jamais être inquiété pour avoir communiqué un secret d'affaires, dans le cadre de ses activités professionnelles, à une personne participant à titre professionnel aux mêmes activités, puisque, cette dernière devient à son tour un initié tenu à un strict devoir d'abstention.

En revanche, l'initié qui communique sciemment une information privilégiée à des tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de sa fonction est sanctionnable. Depuis la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, le tiers recevant cette information privilégiée est lui aussi sanctionnable comme un initié (et non plus grâce à la qualification de recel).

L'élément moral

C'est la mauvaise foi qui doit présider à tout délit pénal. Dans le cas du délit d'initié, le contenu de l'élément moral n'est pas le même selon qu'il s'agit du délit d'initié par opération anticipée et illicite sur le marché ou du délit d'initié par communication en connaissance de cause d'informations réservées.

Le délit d'initié par opération anticipée et illicite

Un dol général suffit à établir l'élément moral, en effet, pour la jurisprudence, le seul fait que l'auteur du délit sait qu'il rompt l'égalité de tous les clients du marché boursier ou qu'il bénéficie d'une information privilégiée suffit à rapporter la preuve de sa mauvaise foi. L'élément moral se trouve donc intimement lié aux actes matériels commis et se déduit des circonstances de la cause.

De plus, depuis la loi n° 88-70 du 22 janvier 1988⁹, il n'est plus nécessaire d'établir un lien de causalité entre l'information privilégiée et le fait d'opérer sur la base de celle-ci. Au surplus, il n'a jamais été exigé d'établir que l'information privilégiée devait avoir une incidence possible sur les cours. L'initié doit s'abstenir de toute opération ou communication.

Le délit d'initié par communication d'informations

Ici, il est nécessaire de démontrer le dol général, inobservation du devoir de réserve, mais également un dol spécial. À ce niveau, l'auteur de la communication pour laquelle il doit rester discret doit savoir, à ce moment précis, que le bénéficiaire de l'information réservée est susceptible d'opérer en bourse sur la base de cette révélation avec suffisamment de célérité pour que l'information soit encore ignorée du public. L'élément moral de l'infraction va s'apprécier en fonction de la qualité de la personne qui va bénéficier de la révélation illicite.

Tentative et complicité

La tentative n'est pas punissable.

La complicité : les règles posées par l'article 121-7 du Code pénal s'appliquent au délit étudié.

Sanctions pénales

Le délit d'initié est puni d'une peine d'emprisonnement d'un maximum de deux ans et d'une amende d'un montant de 1 500 000 euros (pour la réalisation d'une opération illicite). D'un an d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende (pour la communication d'information en dehors du cadre de la profession ou de la fonction). De même l'alinéa 3 prévoit un emprisonnement d'un an et une amende de 150 000 euros (pour réalisation d'opération ou communication faites par un tiers n'entrant pas dans les deux catégories mentionnées aux alinéas 1 et 2), l'emprisonnement pouvant être porté à sept ans et l'amende à 1 500 000 euros lorsque les informations en cause concernent la commission d'un crime ou d'un délit.

Tous ces montants peuvent être portés jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit.

Précisons qu'un règlement n° 90-08 relatif à l'utilisation d'une information privilégiée permet à l'AMF de sanctionner elle-même le manquement d'initié. Ainsi, les mêmes faits peuvent donc constituer une violation du règlement et une infraction pénale entraînant un cumul de sanctions (cependant, le montant global des sanctions prononcées ne doit pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues).

9. Qui a supprimé la référence à la notion « d'exploitation », voir *supra* « Les modes de commission du délit, Commission du délit par la réalisation d'une opération illicite sur le marché ».

Remarque : en 2004 l'AMF a ouvert 83 enquêtes. La même année, 90 enquêtes ont été terminées, 17 dossiers ont été transmis au parquet dont 14 ont donné lieu en parallèle à l'ouverture d'une procédure de sanction par l'AMF.

La loi de sécurité financière a centralisé auprès du TGI de Paris la poursuite, l'instruction et le jugement des délits prévus aux articles L. 465-1 et L. 465-2 (manipulation de cours) ainsi que des infractions connexes.

Prescription : la prescription de trois ans ne commence pas toujours à courir au jour de la commission de l'infraction.

L'opération illicite n'est profitable que si elle est effectuée avant que le public ne soit informé et si les auteurs de telles opérations, qu'ils soient initiés ou bénéficiaires, interviennent sur le marché rapidement pour passer les ordres.

En tout état de cause, la prescription ne pourrait pas commencer à courir après que le public boursier ait connaissance de l'information, puisque celle-ci perdant alors son caractère privilégié, un des éléments constitutifs du délit ferait défaut.

Tout cela explique qu'il n'y a pas de jurisprudence sur la prescription.

FICHE PRATIQUE

sur la corruption privée

(articles 445-1 à 445-4 du Code pénal : de la corruption des personnes n'exerçant pas une fonction publique)

Cette incrimination est issue de la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice. Il s'agit de la transposition de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil de l'Union européenne, du 22 juillet 2003, relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

Définition

La corruption, qu'elle soit publique ou privée, 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. Comme dans le cadre de la corruption d'agents publics, les nouveaux articles du Code pénal distinguent deux sortes de corruption privée :

- la **corruption passive** (article 445-2 du Code pénal) lorsqu'une personne n'exerçant pas une fonction publique trafique de sa fonction de direction ou d'un travail qu'elle exerce dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, 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 445-1 du Code pénal) lorsqu'une personne physique ou morale propose des dons, des promesses ou avantages, à une personne n'exerçant pas une fonction publique, mais exerçant, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail, pour obtenir qu'elle accomplisse ou retarde ou s'abstienne d'accomplir ou de retarder un acte de sa fonction ou un acte facilité par elle ; cette personne 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

La qualité du corrompu

La personne concernée ne doit pas être dépositaire de l'autorité publique ni chargée d'une mission de service public. Elle doit exercer dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale, ou un organisme quelconque.

La fonction de direction permet d'étendre le champ d'application de la corruption « privée » qui, par le passé, en vertu de l'article L. 156-2 du Code du travail (abrogé), ne tenait compte que du salarié ou du directeur se trouvant dans une situation de subordination hiérarchique vis-à-vis de leur employeur (que l'on retrouve dans le nouveau texte sous la notion de **travail**). Le président-directeur général d'une société se trouve maintenant concerné par le nouveau texte.

Activité professionnelle ou sociale : si le domaine professionnel ne soulève aucune remarque, il est important de s'attarder sur la notion **d'activité sociale**.

En effet, dans la rédaction définitive du texte, l'ajout du terme « social » avait pour but d'étendre encore plus le champ d'application de l'infraction de corruption privée à l'encontre des dirigeants de personnes morales à l'exemple des associations, des fondations, des organismes non gouvernementaux, etc.

Cet ajout fait suite à un amendement de M. Bessig, député, qui relevait que les peines complémentaires de l'article 445-3 du Code pénal prévoyaient l'activité sociale et que par conséquent : *« afin que le délit de corruption dans le secteur privé corresponde bien aux peines complémentaires qui lui sont applicables, le présent amendement précise que le champ d'application de ce délit concerne également les personnes exerçant une activité sociale dans le cadre de laquelle elles ont été corrompues ou corruptrices »*.

La qualité du corrupteur

L'article 445-1 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 font figure de corrupteur en sollicitant l'accomplissement ou l'abstention d'un acte de la fonction ou facilité par elle (article 445-1 du Code pénal, alinéa 1). Ils peuvent également, au lieu de prendre l'initiative, se contenter de céder aux sollicitations émanant d'une personne visée (article 445-1 du Code pénal, alinéa 2).

Éléments 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.

L'activité matérielle délictueuse

- **La nature des actes corrupteurs** : l'article 445-2 du Code pénal incrimine au titre de la corruption passive commise par des personnes exerçant une fonction de direction ou un travail dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, le fait de *solliciter ou d'agréer* (des avantages) ; l'article 445-1 emploie les termes de *proposer ou de céder*. Dans la pratique les deux séries d'expression 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 volonté 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 (acquittement d'une dette, embauche d'un proche...).

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 sa fonction ou son activité, soit des actes facilités par cette fonction ou cette activité en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

- **Actes de la fonction, de l'activité** : 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, contractuelles ou professionnelles du titulaire de la fonction ou de l'activité. 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 ou l'activité** : ce sont des actes qui sont en dehors des prérogatives personnelles concédées à l'intéressé mais qui ont cependant été rendus possibles en raison des liens étroits unissant les attributions et l'acte.

Élément 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'un pouvoir de direction 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 un pouvoir de direction ou un travail 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.

En cas de succession d'actes matériels, il est possible de penser que le délit ne court qu'à compter du dernier acte (comme cela est retenu par la jurisprudence dans le cadre de la corruption d'agents publics).

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. Il ressort de la rédaction des articles 445-1 et 445-2 du Code pénal que 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 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 cinq ans et une amende d'un montant maximum de 75 000 euros.

L'article 445-3 du Code pénal 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 ainsi que l'affichage de la décision.

En application de l'article 445-4 du Code pénal, les personnes morales peuvent voir engager leur responsabilité pour corruption active et passive : elles encourent à ce titre des peines principales d'amende d'un montant maximum de 375 000 euros ainsi que des peines complémentaires.

FICHE PRATIQUE

sur la soustraction et le détournement de fonds publics

(articles 432-15 et 432-16 du Code pénal)

Définition

L'article 432-15 réprime la soustraction et le détournement commis intentionnellement par des personnes exerçant une fonction publique (objet de cette fiche pratique).

L'article 432-16 incrimine les mêmes faits résultant de la négligence de ces mêmes personnes (il sera traité dans le rapport 2006).

Cette incrimination spécifique met en cause la responsabilité pénale des élus et des agents publics pour manquements au devoir de probité inhérent à leurs fonctions et à la confiance que placent en eux les administrés.

Les éléments constitutifs de l'infraction

Personnes visées

L'article 432-15 reprend la formulation des personnes dépositaires de l'autorité publique et des personnes chargées d'une mission de service public en y ajoutant les comptables publics, les dépositaires publics et leurs subordonnés.

Les personnes dépositaires de l'autorité publique

Cette expression peut être entendue comme désignant toute personne titulaire d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les personnes et sur les choses, pouvoir dont elle fait usage dans l'exercice de ses fonctions, permanentes ou temporaires, dont elle est investie par délégation de la puissance publique (élus et fonctionnaires territoriaux).

Élus et fonctionnaires locaux : l'article L. 2122-21 du Code général des collectivités territoriales confère au maire l'administration communale qui lui impose d'une façon générale d'assurer la conservation et la gestion du patrimoine de la commune : le détournement d'objet remise en raison de cette fonction d'autorité, tombe sous le coup du délit.

- Ainsi le cas d'un agent communal qui a ouvert avec deux employés d'une société soumissionnaire, les enveloppes contenant les offres des sociétés concurrentes lors d'un appel d'offres (Cass. Crim., 19 février 1998 – Bassol et autres).

- *Le cas d'une secrétaire de mairie qui avait acquis dans son intérêt personnel, du matériel et des livres, payés par la commune (Cass. Crim., 9 novembre 1998 – Einhorn).*

Les personnes chargées d'une mission de service public

Celles qui, sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de commandement dérivant de l'exercice de l'autorité publique, sont chargées d'exercer une fonction ou d'accomplir des actes dont la finalité est de satisfaire un intérêt public.

- *Exemple : le dirigeant d'une association principalement financée sur des fonds publics et dont l'activité constitue une mission de service public.*

Les comptables publics

Sont définis comme étant « le fonctionnaire ou l'agent ayant la qualité pour exécuter au nom de l'État, d'une collectivité publique ou d'un établissement public, des opérations de recettes, de dépenses ou de maniement de titres, soit au moyen des fonds ou valeurs dont il a la garde, soit par virements internes d'écritures, soit encore par l'intermédiaire d'autres comptables publics ou de comptes externes de comptabilité dont il ordonne ou surveille les mouvements ». Cette formule large comprend donc les comptables publics ou régisseurs de recettes ou d'avances.

Les dépositaires publics

Cette expression désigne celui qui reçoit et gère des sommes ou des matières qu'il détient en vertu d'un titre légal.

Les subordonnés

À ces deux catégories (ci-dessus) le Code pénal ajoute les subordonnés, c'est-à-dire toutes les personnes que l'autorité publique nomme aux côtés des comptables et dépositaires publics et qui ont également la qualité de fonctionnaires ou d'agents publics.

La question s'est posée de savoir si : **la personne poursuivie en vertu de l'article 432-15 pouvait soutenir avec succès que ses agissements échappent à l'incrimination parce qu'elle serait nommée irrégulièrement dans les fonctions ou la mission dont elle méconnaîtrait les exigences ?**

Pour résoudre ce problème, il est nécessaire de recourir à des distinctions selon lesquelles la personne poursuivie a été amenée à gérer et, par la suite, à détourner des fonds sur lesquels elle n'avait aucun pouvoir régulier et officiel. Trois hypothèses peuvent se présenter :

- *le cas du simple particulier qui, sans aucun titre, s'est immiscé dans la gestion des fonds publics* : il n'est pas possible ici de faire application des dispositions précitées. Le coupable est un usurpateur dont les agissements relèvent à la fois de l'article 432-12 (usurpation de fonction) et des incriminations de faux, vol, voire d'abus de confiance ;

- *le cas du fonctionnaire qui a bien été nommé dans les fonctions de comptable ou de dépositaire mais dont l'acte de nomination se trouve entaché d'irrégularités.* Le titre qui a investi l'agent dans ses fonctions a les apparences de la légalité et cela suffit d'un strict point de vue pénal à qualifier le détournement par assimilation du coupable à la fonction d'agent régulièrement nommé ;
- *le cas du fonctionnaire qui n'ayant pas la qualité de comptable ou de dépositaire, a cependant profité de ses fonctions pour s'immiscer dans une gestion des deniers ou des matières, qui auraient dû lui échapper.* Ici le fonctionnaire qui s'immisce dans l'une des deux fonctions ne peut être regardé comme comptable de fait sur le plan pénal. La théorie du comptable de fait repose sur la notion d'apparence, qui fait défaut dans ce cas. On ne peut faire appel aux dispositions de l'article 432-15, seuls trouveraient à s'appliquer les textes qui répriment le faux en écriture, l'immixtion dans des fonctions publiques, le vol, l'abus de confiance ou l'usurpation de fonction.

Autres éléments matériels

Les biens objets de l'infraction

Les agissements qui sont désignés par les mots « détruire, détourner ou soustraire » doivent porter sur un objet particulier. Ils doivent être « **un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou des effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet** détenu en raison des fonctions ou de la mission ».

- **Actes et titres** : ce sont les différents écrits matérialisant les fonctions d'autorité de l'administration (textes originaux des mesures administratives, décrets, arrêtés, circulaires, pièces constituant les dossiers des fonctionnaires ou constitués par des fonctionnaires ou des magistrats) ou les écrits qui matérialisent les relations juridiques entre administrations ou entre les administrations et les personnes privées (archives, pièces comptables, pièces d'un dossier d'instruction, procès-verbaux...).
- **Fonds publics ou privés** : désignent les espèces et les billets de banque.
- **Effets, pièces ou titres en tenant lieu** : toutes les valeurs ou actes ayant une valeur pécuniaire (chèques, lettres de change, billets à ordre, mandats, bons du Trésor, actions, obligations...).
- **Tout autre objet** : c'est-à-dire tous les biens immobiliers qui peuvent être objets de dépôt ou d'une remise en raison des fonctions exercées. Ces fonds ou objets détournés doivent se trouver entre les mains du mis en cause « en raison de ses fonctions ou de sa mission » et il faudra se référer aux textes légaux ou réglementaires qui déterminent les pouvoirs de la personne car ce sont eux qui fixent l'étendue des fonctions ou de la mission.

À noter : l'attribution et la gestion des **fonds publics européens** entrent dans le champ de l'article 432-15 du Code pénal, au même titre que celles des fonds publics nationaux.

L'action délictueuse

Avant toute explication, il convient de souligner que l'article 432-15 perpétue une erreur de terminologie qui pouvait déjà être relevée dans l'ancien Code pénal. Il incrimine en effet « *le fait de détruire, détourner ou soustraire* ». Or il est certain que l'emploi du mot soustraire apparaît comme inadéquat. La personne à qui les fonds, les titres ou actes, ont été remis ne peut se rendre coupable d'une soustraction au sens précis que ce vocable revêt en droit pénal puisqu'elle a déjà en main les objets qu'elle s'approprie. Elle ne se met pas en possession de ces objets contre le gré du propriétaire ou possesseur légitime. Il faut donc mentalement faire la correction nécessaire, et tenir pour non écrit ce terme de soustraction.

- **La destruction** : est tout acte par lequel on anéantit complètement le bien confié ; cette destruction doit être complète ; une simple détérioration ne suffit pas à constituer le délit mais pourrait être poursuivie sous l'angle de la tentative.
- **Le détournement** : fait référence à l'abus de confiance puisque cette infraction est en fait une variété d'abus de confiance imputée à des personnes que leurs fonctions investissent d'une obligation de probité particulière. Le détournement consiste donc à se comporter avec la chose reçue en véritable propriétaire.

Élément moral

Le délit n'est constitué que si l'auteur est animé d'une intention délictueuse en vertu de l'exigence générale posée par l'article 121-3 du Code pénal, c'est-à-dire la volonté de réaliser un acte que l'on sait interdit par la loi.

L'existence d'un préjudice importe peu. Une erreur, même grave, dans l'exercice de ses fonctions ne saurait constituer un élément moral.

À l'inverse, l'intention coupable se trouve établie lorsque les fonds sont utilisés à des fins étrangères à leur destination normale, par exemple pour régler des dépenses personnelles : cassation criminelle, 20 avril 2005 : encourt la cassation l'arrêt qui relaxe des greffiers associés de tribunaux de commerce qui ont utilisé des fonds reçus de commerçants et de sociétés pour publication d'avis au BOACC, à d'autres fins que celles prévues, notamment en versant des salaires à l'épouse de l'un d'eux sans qu'aucune prestation n'ait été fournie, retardant l'envoi de ces avis afin de différer le paiement de leur publication jusqu'à ce que la trésorerie du greffe le permette.

La condamnation pénale peut être prononcée pour des faits remontant à des périodes lointaines si ceux-ci n'ont été connus que tardivement. En effet, la jurisprudence précise que le **délai de prescription** part du jour où le délit est apparu et a été constaté : cassation criminelle, 17 novembre 2004.

Conditions de poursuite

Lorsque les détournements sont commis par des comptables ou des dépositaires publics, leur répression est soumise à deux règles procédurales particulières.

- **Première hypothèse : les agissements portent sur des biens publics**

Cette infraction est soumise à une règle procédurale particulière : **l'exception préjudicielle de débet**. Le principe est que l'examen du déficit imputé à un comptable ou à un dépositaire public échappe aux juridictions répressives, ceci résultant du principe de séparation des pouvoirs. Il faut donc l'intervention d'une juridiction financière (Cour des comptes ou chambre régionale des comptes) en amont de la poursuite répressive.

L'exception préjudicielle : l'examen des comptes ne doit pas être regardé comme un obstacle au déclenchement des poursuites.

Il ne s'agit pas d'une question préjudicielle à la mise en mouvement de l'action publique mais d'une exception préjudicielle au jugement. Il est par conséquent impossible de mettre en mouvement des poursuites contre un comptable ou un dépositaire public, coupable de détournements de fonds publics, sans attendre qu'ils aient été déclarés reliquataires dans leurs comptes. Cependant, le jugement de ces personnes n'est possible qu'après la déclaration de mise en débet prise par la juridiction financière, le juge répressif devant surseoir à statuer jusqu'à cette déclaration.

Toutefois la Cour de cassation a admis que la condamnation d'un comptable public est légale malgré l'absence d'une déclaration régulière de débet émanant de l'autorité administrative dans les cas suivants :

- quand le comptable a été dénoncé au parquet par le ministre dont il relève ;
- quand le ministre dont il relève l'a révoqué et sollicité l'ouverture d'une information judiciaire ;
- quand à l'occasion des poursuites intentées par le parquet, le ministre se constitue partie civile ;
- quand le montant du détournement peut être incontestablement établi.

- **Deuxième hypothèse : les agissements portent sur des fonds privés**

Le plaignant doit faire la preuve du contrat en exécution duquel ces fonds ont été remis au prévenu. Le dépôt ou le mandat invoqués par le plaignant constituent une question d'ordre civil, ressortissant de la compétence naturelle des juridictions civiles. Mais celle-ci est ici incidente à une poursuite pénale qui en vertu du principe général « *le juge de l'action principale est juge de l'accessoire* » rend les juridictions pénales compétentes pour trancher cette question.

Le juge répressif doit, dans ce cas, trancher le problème de la preuve du contrat violé en faisant appel aux règles régissant la preuve en matière civile.

Tentative et complicité

La tentative est punie des mêmes peines que le délit consommé (article 432-15, alinéa 2). Cette solution s'explique sans difficulté pour la tentative de destruction de titres, actes, pièces ou autres objets protégés par le texte. Cependant, il est difficile de l'appliquer pour ce qui est du détournement. En effet, ici comme en matière d'abus de confiance, il est pratiquement impossible de distinguer entre le commencement d'exécution (constitutif de la tentative) et le plein achèvement de l'infraction puisque le délinquant est déjà en possession de l'objet convoité. La distance qui sépare le voleur ou l'escroc du bien dont il veut s'emparer n'existe pas en l'occurrence.

La complicité, les règles posées par les articles 121-6 et 121-7 du Code pénal s'appliquent au délit étudié. Le complice est puni à l'identique de l'auteur de l'infraction encore qu'il ne possède pas lui-même la qualité de personne dépositaire de l'autorité publique, personne chargée d'une mission de service public, ou qu'il ne soit ni comptable ni dépositaire public.

Sanctions pénales

Le détournement de fonds publics est puni d'une peine d'emprisonnement d'un maximum de dix ans et d'une amende d'un montant de 150 000 euros. Elle peut être assortie des peines complémentaires prévues par l'article 432-17 C, ainsi que par la peine complémentaire de non-inscription sur les listes électorales et donc d'inéligibilité prévue par les dispositions que la loi a insérées en 1995 à l'article 7 du Code électoral (délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive).

ANNEXES



ANNEXE I

Les onze mesures du gouvernement pour renforcer durablement la lutte contre la contrefaçon ¹

1 – L'élaboration par l'administration des douanes d'un plan d'action national constitué d'objectifs précis et évaluables, assorti du renforcement du Service national de douane judiciaire aux fins de démantèlement des filières criminelles de contrefaçon.

2 – La poursuite des actions de sensibilisation du grand public et la mise en œuvre de contrôles des touristes et des consommateurs.

3 – La création d'un groupe de travail interservices, comprenant les douanes, la cellule TRACFIN (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins), la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), la Chancellerie, la police et la gendarmerie, se réunissant chaque mois pour échanger des informations, coordonner leurs interventions et préparer des actions communes.

4 – L'expérimentation, puis la mise en service d'un fichier des images et des caractéristiques des produits authentiques des entreprises pour permettre aux services policiers et douaniers d'identifier en temps réel les produits contrefaits.

5 – L'élaboration d'une directive de politique pénale adressée aux parquets aux fins de renforcement de l'action pénale et d'une meilleure évaluation des dommages et intérêts à attribuer aux entreprises.

6 – La mise en place d'un réseau d'experts français (attachés douaniers, experts de l'Institut national de la propriété industrielle et agents des missions économiques) couvrant 75 pays, chargé d'aider nos entreprises à faire valoir leurs droits dans les pays de contrefaçon.

7 – Le renforcement des contacts bilatéraux avec les pays les plus sensibles dans le but, notamment, de signer des déclarations communes comprenant des engagements précis et opérationnels dans le domaine de la lutte contre la contrefaçon et de renforcer l'efficacité des comités bilatéraux de suivi.

8 – La création d'une mission de réflexion composée de trois personnes (un juriste, un expert en nouvelles technologies, un industriel) pour proposer un plan de lutte contre l'utilisation de l'internet pour distribuer des produits de contrefaçon.

1. Adoptées le 2 juin 2004 en Conseil des ministres et complétées le 22 juin 2004.

9 – Le renforcement de l'action communautaire au travers d'une initiative française portée au niveau européen pour mobiliser certains pays insuffisamment actifs, sensibiliser les nouveaux États membres et formuler des propositions en matière, par exemple, de sanctions pénales, de pratiques de contrôle et de protection juridique des pièces de carrosserie pour automobiles.

10 – L'élaboration d'un projet de loi permettant, notamment, de transposer la directive du 26 avril 2004 sur le respect des droits de propriété intellectuelle, de prendre en compte le nouveau règlement communautaire douanier, de renforcer les moyens juridiques du Service national de douane judiciaire, de faciliter les échanges d'informations entre les services et d'étendre les moyens d'intervention du TRACFIN dans le domaine du financement de la contrefaçon et du blanchiment de ses profits.

11 – La coordination de la mise en œuvre d'une politique de prévention de la contrefaçon par le développement de procédés harmonisés et infalsifiables d'authentification des produits, permettant en outre d'assurer leur traçabilité et de faciliter les contrôles, est confiée à l'Imprimerie nationale. (22 juin 2004).

ANNEXE II

Unifab ou Union des fabricants

L'Union des fabricants a été créée en 1872. C'est une association française reconnue d'utilité publique qui compte à ce jour plus de 450 membres et 50 fédérations professionnelles et qui lutte contre la contrefaçon. Son président est Marc-Antoine Jamet.

Elle a pour missions :

- d'informer les entreprises et fédérations professionnelles adhérentes de tous secteurs confondus lors de colloques, formations, missions à l'étranger ; elle diffuse une information générale sur son site : www.unifab.com ;
- de sensibiliser le consommateur et les spécialistes sur les dangers représentés par la contrefaçon ; elle anime le « musée de la contrefaçon » visible sur le site : www.museedelacontrefacon.com, situé à son siège : 16, rue de la Faisanderie à Paris 16^e ;
- de collaborer avec les services publics ;
- d'agir en faisant du lobbying auprès des instances nationales et internationales pour améliorer la protection des titulaires de droits et tendre vers une meilleure application des lois de protection intellectuelle.

ANNEXE III

Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

La DGCCRF est une direction du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Elle comprend environ 3 800 agents répartis entre une administration centrale qui oriente et coordonne les activités, des services à compétence nationale (notamment école de formation, direction d'enquête nationale, laboratoires) et 101 directions territoriales qui sont réunies elles-mêmes en 22 régions.

La mission de la DGCCRF est une mission de surveillance et de régulation des marchés.

En matière de contrefaçons, elle est compétente pour poursuivre et constater les contrefaçons de marque.

La lutte contre les contrefaçons de marque se situe au carrefour des missions de la DGCCRF, en effet :

- la contrefaçon porte atteinte à l'exercice d'une concurrence déloyale ;
- la contrefaçon porte atteinte à la loyauté des transactions : elle est souvent génératrice de tromperie sur la qualité du produit ;
- la contrefaçon peut porter atteinte à la sécurité des consommateurs.

La DGCCRF intervient principalement sur la base du Code de commerce et du Code de la consommation.

L'article 9 de la loi du 31 décembre 1989 habilite les enquêteurs à rechercher et constater les infractions en matière de contrefaçons de marque prévues par le Code de la propriété intellectuelle dans les conditions prévues par le Code de la consommation (article L. 215-1 et suivants) qui détermine les procédures d'enquête habituellement utilisées par la DGCCRF.

La compétence des agents de la DGCCRF s'exerce sur les marques françaises, communautaires et internationales dès lors qu'elles sont protégées en France selon les dispositions prévues au Code de la propriété intellectuelle.

Les enquêteurs de la DGCCRF agissent soit de leur propre initiative, soit sur demande de l'administration centrale, soit encore à la demande de professionnels alertés sur l'existence d'une filière d'écoulement de produits contrefaisants.

Ils ont le pouvoir d'opérer sur la voie publique et de pénétrer dans les lieux utilisés à des fins professionnelles ; d'une manière générale, ils peuvent intervenir dans tous les lieux de commercialisation et de fabrication

des produits ainsi que chez les importateurs (produits dédouanés) et ce sur tout le territoire national.

Ils peuvent consulter tous les documents commerciaux (factures, bons de commande...) et peuvent aussi être amenés à constater des infractions associées (infractions aux règles de facturation, tromperie...).

Les enquêteurs peuvent prélever des échantillons de marchandises destinés à servir de pièces à conviction.

Ils peuvent aussi, mais avec l'autorisation du président du tribunal de grande instance saisi sur requête, consigner le stock litigieux.

En cas de flagrant délit de falsification et/ou si un produit présente un danger pour la santé et la sécurité des consommateurs, aucune autorisation du juge n'est nécessaire pour consigner ou saisir un produit.

Les moyens d'enquête permettent ainsi de remonter jusqu'à la première mise sur le marché des produits litigieux sur le marché national, par un fabricant ou un importateur.

Les procès-verbaux d'infractions sont ensuite transmis au procureur de la République qui décide des poursuites.

La DGCCRF informe le titulaire de la marque qu'une action judiciaire est en cours afin que ce dernier puisse se porter partie civile.

La DGCCRF travaille avec les Douanes, la police judiciaire et la gendarmerie en cas d'enquêtes appelant des visites domiciliaires ou des saisies.

Pour l'instant, les enquêteurs n'ont pas le pouvoir de saisie des marchandises de contrefaçon.

Un projet de loi prévoit de leur conférer ce pouvoir ainsi que celui de consigner les marchandises sans l'autorisation préalable du juge.

Le projet de loi prévoit aussi de renforcer les possibilités d'échanges d'informations entre services d'enquêtes.

Parallèlement aux contrôles, la DGCCRF mène des actions visant à sensibiliser les consommateurs aux méfaits de la contrefaçon et organise des stages de formation à l'intention des enquêteurs.

Les actualités peuvent être consultées sur le site : www.dgccrf.minefi.gouv.fr

ANNEXE IV

Comité national anti-contrefaçon (CNAC)

Le CNAC a été créé à l'initiative du ministre de l'Industrie en avril 1995, suite à l'adoption de la loi du 5 février 1994, dite loi « Longuet » qui a posé les bases législatives de la lutte contre la contrefaçon. Réunissant aussi bien les services publics directement concernés que les entreprises privées et les organisations professionnelles, le CNAC a vocation à renforcer la concertation et la coordination entre tous les acteurs de la lutte contre les contrefaçons.

Il est placé sous l'égide de François Loos, ministre délégué à l'industrie, qui a succédé à Patrick Devedjan et à Nicole Fontaine.

Il est présidé par Bernard Brochand, député maire de la ville de Cannes.

Son secrétariat est assuré par l'Institut national de la propriété industrielle (INPI)

Le CNAC a pour mission de :

- développer des actions coordonnées d'information des industriels, de sensibilisation des consommateurs et de formation des services répressifs ;
- observer les questions de contrefaçons sous l'angle européen et international ;
- dresser un bilan des actions menées en matière de contrefaçon et proposer des améliorations du système existant ;
- proposer des moyens de renforcer les actions de coopération au niveau européen et international en ciblant en priorité les plus gros producteurs d'objets contrefaisants.

L'originalité du CNAC réside dans le fait qu'il est composé pour partie d'administrations et pour partie d'industriels.

Son rôle de coordination mériterait d'être renforcé.

ANNEXE V

Institut national de la propriété industrielle (INPI)

L'INPI est un établissement public sous la tutelle du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

Les innovateurs s'adressent à l'INPI pour obtenir un brevet, ou enregistrer une marque, un dessin ou un modèle. À Paris et dans les onze délégations en région, les services de l'Institut accompagnent les déposants dans leurs demandes.

L'INPI tient les registres et diffuse l'information sur la propriété industrielle accessible sur le site : www.inpi.fr

L'Institut a également pour mission d'élaborer le droit de la propriété industrielle, de représenter la France dans les organisations internationales et de coopérer avec les pays sensibles pour favoriser les échanges.

Il crée actuellement un outil de consultation électronique à disposition des services chargés de la répression qui les aidera à repérer et à saisir les contrefaçons (projet « e-mage »).

ANNEXE VI

La DREE devenue la DGTPE ou Direction générale du Trésor et de la politique économique

La DGTPE a été créée par décret du 15 novembre 2004. Elle regroupe la Direction du Trésor, la Direction de la prévision et l'ancienne DREE (Direction des relations économiques extérieures) dont l'action s'inscrit dans le cadre de la coopération avec les administrations étrangères et s'est traduite par la création du réseau international « propriété intellectuelle et lutte anti-contrefaçon ».

Ce réseau mondial anti-contrefaçons composé d'agents de la Douane, de l'ancienne DREE et de l'INPI couvre 75 pays et est opérationnel depuis juin 2004. Quarante experts ont ainsi été désignés. Ce réseau international édite une revue *Propriété intellectuelle et contrefaçon*. La liste complète des membres de ce réseau est disponible sur le site : www.missioneco.org.

L'action de cette ancienne DREE au sein de la DGTPE participe aussi au renforcement des comités bilatéraux anti-contrefaçon, à l'organisation de séminaires dans les pays cibles ainsi qu'au soutien de l'initiative américaine baptisée *Strategy Targeting Organized Piracy* (STOP).

L'une des premières réalisations concrète de cette initiative pourrait être le cofinancement d'une étude de l'OCDE visant à actualiser les données disponibles sur l'impact économique de la contrefaçon et à proposer des recommandations de politique publique ².

2. La dernière étude économique sur la contrefaçon date de 1998 : *Impact économique de la contrefaçon*, OCDE.

ANNEXE VII

Brigade centrale pour la répression des contrefaçons industrielles et artistiques (BCRCIA)

L'Office central pour la répression du faux monnayage (OCRFM) a été créé en 1929, en application de la convention de Genève. Il centralise les renseignements pouvant faciliter les recherches, la prévention et la répression du faux monnayage, contrefaçon particulièrement grave qui touche aux intérêts de l'État.

Au sein de l'OCRFM, la Direction centrale de la police judiciaire a créé, en 1996, la Brigade centrale pour la répression des contrefaçons industrielles et artistiques (BCRCIA), spécialisée dans la lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. C'est une petite brigade de six personnes avec 80 correspondants dans toute la France. Elle a une compétence nationale.

L'action répressive de cette brigade s'exerce principalement contre les filières organisées de la contrefaçon. Elle s'occupe notamment de faux tableaux, faux bronzes, de téléchargement de films... Point de contact national pour toutes les atteintes à la propriété industrielle et intellectuelle, la BCRCIA forme les correspondants techniques et opérationnels au sein des directions interrégionales de police judiciaire et assure les missions de conseil auprès des institutions nationales et internationales œuvrant pour la protection de la propriété industrielle et intellectuelle. Elle regrette de ne pas être un office, ce qui lui permettrait de mieux centraliser les informations.

Au plan international, que ce soit en matière de fausse monnaie ou de contrefaçons, l'OCRFM et la BCRCIA sont correspondants Interpol pour les affaires relevant de leur domaine de compétence.

Voir le site : www.interieur.gouv.fr

ANNEXE VIII

Service national de la douane judiciaire (SNDJ)

La loi du 23 juin 1999 a inséré un article 28-1 dans le Code de procédure pénale aux termes duquel « *des agents des douanes peuvent être habilités à effectuer des enquêtes judiciaires sur réquisitions du procureur de la République ou sur commission rogatoire du juge d'instruction* ».

Cet article constitue la base légale du champ de compétence et du mode de saisine de la douane judiciaire. Il a été complété par la loi « Perben II » du 9 mars 2004 qui a accru le domaine de compétence des officiers de douane judiciaire et a facilité leur mode de saisine. Les textes d'application sont codifiés aux articles R. 15-33-1 et suivants du Code de procédure pénale.

Le SNDJ a été créé par décret et arrêté du 5 décembre 2002. Il a été mis en place effectivement le 1^{er} mai 2003. Il est rattaché au directeur général des douanes et droits indirects et est dirigé par un magistrat, chef du service.

En 2005, les agents sont au nombre de 105 ; ils devraient être 200 d'ici mi-2007. Les agents ont une compétence nationale ; ils ne peuvent pas s'autosaisir ; ils ne pourront acter qu'après avoir été saisis par l'autorité judiciaire : soit transmis aux fins d'enquête préliminaire ou de flagrance du procureur de la République ou commission rogatoire du juge d'instruction. Le chef de service « magistrat délégué aux missions judiciaires de la douane » est le destinataire légal des saisines.

Les agents sont habilités à acter seuls pour les infractions au Code des douanes, aux atteintes aux intérêts fiscaux de l'État (escroqueries à la TVA), l'exportation de biens culturels, le blanchiment de capitaux et le manquement à l'obligation déclarative, les contrefaçons de marques, la criminalité organisée (armes, jeux, stupéfiants, tabacs), l'environnement (déchets, protection de la faune et de la flore, contrebande, fausses déclarations), les produits pétroliers, la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (Politique agricole commune, avec les délits connexes de faux, tromperie, escroquerie...), la santé publique (médicaments, œstrogènes, anabolisants, protection sanitaire), les infractions au décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, les infractions aux contributions indirectes (alcools et tabacs visées aux articles 1791 et 1810 du Code général des impôts), les infractions aux articles L. 716-9 et suivants du Code de la propriété intellectuelle (contrefaçons de marques), les infractions de blanchiment (article 324-1 du Code pénal).

En matière de trafic de produits stupéfiants et de blanchiment du produit du trafic de stupéfiants (article 222-34 et suivants du Code pénal),

ils ne peuvent acter que dans le cadre de cosaisine avec un autre service d'enquête à la demande du parquet ou du juge d'instruction.

Ils sont compétents pour exécuter des commissions rogatoires internationales émanant de magistrats étrangers dans les domaines visés par l'article 28-1 du Code de procédure pénale.

Au cours de l'année 2005, les magistrats ont confié 312 enquêtes judiciaires au SNDJ : 98 en préliminaire, 46 en flagrance et 168 commissions rogatoires, par ailleurs 36 commissions rogatoires internationales ont été exécutées dont 19 subdélégations de commissions rogatoires internationales émanant de magistrats étrangers. Ces chiffres de 2005 témoignent d'une nette augmentation de l'activité en 2004.

Cette évolution s'explique par la progression du nombre de saisines et traduit une complexification des affaires confiées au service : nécessité d'un nombre important d'actes d'investigations et d'expertises non seulement en matière de fraude douanière mais aussi en matière de délinquance économique et financière. C'est ainsi que les officiers de douane judiciaire ont effectué 112 perquisitions en 2003 (80 en 2002) et 92 gardes à vue (57 en 2002).

L'étude des dossiers traités depuis la création du service illustre la diversité des domaines d'intervention de la douane judiciaire ainsi que l'importance des infractions de droit commun connexes aux infractions en matière de contrefaçon, constatées par les officiers de douane judiciaire dans ces dossiers : faux et usage de faux, vol, transport d'armes, association de malfaiteurs, blanchiment en bande organisée, et financement d'une entreprise terroriste. Ces éléments permettent de mettre en évidence les liens existant entre le trafic de contrefaçons et les autres formes de criminalité et de délinquance organisée. La lutte contre les contrefaçons, priorité de l'action gouvernementale, recouvre 40 % des enquêtes confiées au SNDJ.

ANNEXE IX

Interpol

Interpol regroupe à ce jour 184 pays. Sa raison d'être est de contribuer à l'avènement d'un monde plus sûr et d'assurer le maximum d'efficacité à la lutte menée au niveau international contre la criminalité.

L'organisation est centrée sur trois fonctions essentielles :

- la première fonction d'Interpol qui est la prestation de services en matière de communication policière mondiale sécurisée, recouvre l'échange, le stockage et le traitement rapides et efficaces d'informations essentielles. L'objectif est de relier les pays membres et de leur permettre d'accéder en toute fiabilité et sécurité à des informations et services de police ;
- la deuxième fonction d'Interpol recouvre l'élaboration de programmes et de services en matière de données aux fins du travail de police, tels que les bases de données mondiales contenant des noms, des empreintes digitales, des profils génétiques, des documents de voyage et d'identité, et des notices ;
- la troisième fonction essentielle de l'organisation vise à renforcer le rôle des bureaux centraux nationaux ou BCN et à ce que le secrétariat général réponde mieux à leurs besoins.

C'est dans ce cadre que sont menées des activités opérationnelles et de soutien d'urgence dans les cinq domaines de criminalité définis comme prioritaires :

- sûreté publique et terrorisme ;
- stupéfiants et criminalité organisée ;
- trafic d'êtres humains ;
- criminalité financière et liée aux technologies de pointe ;
- malfaiteurs en fuite.

Cette troisième fonction vise également à renforcer l'interaction et la coopération avec d'autres organisations internationales.

Dans le cadre de la criminalité financière et liée aux technologies de pointe, Interpol assure la coordination du Groupe d'action contre la criminalité liée à la propriété intellectuelle (IIPCAG).

Ce groupe, en plein développement, rassemble des services chargés de l'application de la loi, des organisations internationales et des organismes représentatifs des secteurs d'activité économique.

Le deuxième congrès mondial pour lutter contre la menace internationale que représentent les contrefaçons s'est tenu à Lyon, les 14 et 15 novembre 2005.

Les hauts responsables appellent à une action plus coordonnée et efficace de l'ensemble des services tant publics que privés et à une meilleure coopération entre les pays.

Pour de plus amples informations, consulter les sites : www.interpol.com ou www.interpol.int

ANNEXE X

Europol

Organisation européenne chargée de la lutte contre la criminalité créée en 1992, Europol limitait initialement son action à la lutte contre la drogue. En 2002, son mandat a été élargi à « *toutes les formes graves de la criminalité internationale* » : réseaux d'immigration clandestine, terrorisme, trafic de voitures volées, traite des êtres humains, pornographie infantile, contrefaçon de monnaie et d'autres moyens de paiement, piratage et contrefaçon des produits, crimes contre les personnes, délits financiers et cybercrime.

Europol remplit en priorité les fonctions suivantes :

- faciliter l'échange d'informations entre les services de répression nationaux ;
- fournir des analyses opérationnelles ;
- établir des rapports et des analyses sur la criminalité ;
- offrir un soutien expert et technique pour les enquêtes et les opérations.

Europol participe à la lutte contre la criminalité en Europe en améliorant la coopération entre les officiers de liaison Europol (OLE) détachés auprès de l'Office par les États membres, par la transmission simplifiée et en direct des informations nécessaires aux enquêtes (simplification des procédures d'enquête, réduction des obstacles juridiques ou bureaucratiques...). Il coordonne et centralise des enquêtes à l'encontre d'organisations criminelles de dimension européenne voire internationale.

Outre les 25 pays membres de l'Union européenne, les réseaux de coopération d'Europol en matière répressive s'étendent à d'autres pays et organisations internationales : Colombie, Islande, Norvège, Roumanie, Russie et États-Unis (avec qui un accord permettant l'échange des données à caractère personnel a été signé le 20 décembre 2002), ainsi que la Banque centrale européenne, Eurojust, Interpol, l'Observatoire européen des drogues et toxicomanies, l'Organisation mondiale des douanes.

L'unité de coopération judiciaire Eurojust apporte son concours dans les enquêtes relatives aux affaires de criminalité organisée en partie sur la base de l'analyse effectuée par Europol. Cette unité est composée de procureurs, magistrats ou d'officiers de police des États membres de l'Union européenne ayant des compétences équivalentes, détachés par chaque État membre conformément à son système juridique.

Le système informatique d'Europol (TECS, pour *The Europol Computer System*), qui relie l'ensemble des États membres, est composé de trois éléments principaux :

- le Système d'information d'Europol (SIE) qui contient tout un ensemble de données à caractère personnel relatif à des personnes soupçonnées d'avoir commis ou de commettre une infraction, directement accessibles en consultation par les officiers de liaison Europol (OLE) et les services de police nationaux *via* les Unités nationales Europol (UNE) ;
- un système d'analyse destiné à étudier un phénomène ou un groupe criminel particulier comportant des données relatives aux auteurs, témoins et victimes d'infractions et dont le caractère sensible explique la limitation de leur accès aux seuls analystes ;
- un système d'index qui permet aux OLE des États non participants de consulter l'index des données contenues dans le fichier d'analyse, afin, le cas échéant, de s'y associer (sources : gendarmerie, Parlement européen, Europol).

Le 19 décembre 2002, un nouveau protocole libéralise l'accès et la fourniture d'informations, ainsi que la transmission de l'information entre l'unité centrale et les autorités nationales.

Europol intervient sous deux conditions :

- l'implication d'une structure ou d'une organisation criminelle ;
- le fait que deux États membres au moins se trouvent affectés d'une manière telle qu'une action commune des États membres s'impose (dans les faits, l'implication de deux États membres constitue un facteur suffisant).

En matière de contrefaçon, Europol dispose d'un département responsable, récemment renforcé par le détachement d'un officier des douanes françaises.

La prochaine entrée en vigueur du protocole sur les équipes communes d'enquête permettra à Europol de développer son action dans la lutte contre la contrefaçon.

Les actualités peuvent être consultées sur le site :
<http://www.europol.eu.int>

ANNEXE XI

Commande publique et textes ³

1 – Le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 instituant un nouveau Code des marchés publics – avec sa circulaire d’application du 28 août 2001.

2 – La loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (Murcef) du 11 décembre 2001 qui (titre I^{er}) modifie certains points importants de la notion et du régime des marchés publics, notamment concernant la nature administrative de ces marchés, les règles relatives à leur sous-traitance (en particulier la prohibition de la sous-traitance totale de ces marchés) et le champ d’application du contrôle de légalité.

3 – La loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d’orientation et de programmation de la sécurité intérieure (LOPSI) dite loi « Sarkozy » relative aux contrats de construction d’immeubles affectés à la justice, à la police ou à la gendarmerie nationale dits conventions de bail « Sarkozy », première forme de contrats de partenariats sectoriels, et au recours, par les collectivités territoriales (jusqu’au 31 décembre 2007) au bail emphytéotique administratif (BEA), pour la réalisation d’opérations immobilières liées aux besoins de la justice, de la police et de la gendarmerie (article 3-III).

4 – La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d’orientation et de programmation de la justice (LOPJU) dite loi « Perben » relative aux contrats de construction d’établissements pénitentiaires, seconde variété de contrats de partenariats sectoriels.

5 – La loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

6 – L’ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l’organisation et du fonctionnement du système de santé qui institue les baux emphytéotiques administratifs hospitaliers (BEAH ou BEH).

7 – Le décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l’application de l’article L. 34 du Code du domaine de l’État et relatif au régime de passation de la convention de bail « Sarkozy ».

8 – Le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant nouveau Code des marchés publics et remplaçant celui de 2001 – avec sa circulaire d’application du 7 janvier 2004, modifiée le 16 décembre 2004.

3. Les arrêtés ont été laissés de côté ainsi qu’un certain nombre de décrets « ponctuels ».

9 – Le décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 relatif à certains marchés publics passés pour les besoins de la défense.

10 – Les deux directives communautaires du 31 mars 2004, celle du n° 2004-17 relative à la passation des marchés dans les secteurs en réseaux (eau, énergie, transports et postes) et celle n° 2004-18 relative à la passation des marchés publics dans les secteurs « classiques » qui doivent toutes deux être transposées par les États membres de l'Union européenne, d'ici le 31 janvier 2006 et se substituer aux quatre directives « passation » existantes (les trois directives du 14 juin 1993 et la directive du 18 juin 1992).

11 et 12 – Les deux ordonnances prises sur le fondement de la loi d'habilitation du 2 juillet 2003 précitée (*cf.* n° 5) : l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative à la notion et au régime des contrats de partenariat et l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin portant modification de la loi « MOP » du 12 juillet 1985, notamment en permettant la « maîtrise d'ouvrage ».

13 – Le décret n° 2004-732 du 26 juillet 2004 relatif au régime de passation de la convention de bail modifiant en ce sens les règles posées par le décret du 6 janvier 2004 précité (*cf.* n° 7).

14 – La loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de la santé publique ratifiant (article 4) tout en la modifiant (article 153. I) l'ordonnance du 4 septembre 2003 sur le BEH (*cf.* n° 6).

15 – Le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat qui est un organisme composé de personnes qualifiées et indépendantes qui doit apporter une expertise aux personnes publiques (qui le demandent) pour le recours aux contrats de partenariat et assurer un suivi de ces contrats.

16 – Le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 relatif aux modalités d'application du régime de passation des contrats de partenariat.

17 – Le décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'État et des collectivités territoriales, modifiant certaines dispositions du Code des marchés publics issues du décret du 7 janvier 2004, notamment en exemptant (article 1^{er}) de toute règle de publicité préalable et de mise en concurrence les marchés publics inférieurs à 4 000 euros hors taxe.

18 – Le décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004 relatif à la commission des marchés publics de l'État dont l'avis est obligatoire (article 3), sauf urgence résultant de circonstances imprévisibles (article 5), pour ces marchés d'un montant égal ou supérieur à 6 millions euros hors taxe.

19 – La loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004, seconde loi d'habilitation du Gouvernement autorisant ce dernier, par voie d'ordonnance, à prendre des mesures de simplification du droit qui ratifie (article 78) les

deux ordonnances du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et la réforme de la loi « MOP » et prévoit (article 84) l'institution d'un futur Code des marchés publics et dans lequel serait inclus *a priori* l'ensemble des dispositions relatives aux contrats publics.

20 – Le décret n° 2004-1551 du 30 décembre 2004 instituant un organisme expert chargé de l'évaluation des contrats de partenariat passés par le ministère de la Défense.

21 et 22 – Les deux lois à caractère sociales dites « Borloo » : la loi n° 2005-32 dite « Borloo I » du 18 janvier 2005 de programmation de la cohésion sociale qui a complété le Code des marchés publics en ajoutant un critère « social » de sélection des offres pouvant être prise en compte en matière d'appel d'offres (performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté) ; la loi n° 2005-102 dite « Borloo II » du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées qui ajoute des conditions sociales supplémentaires pour être candidat à un marché public (respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés).

23 – Le décret n° 2005-601 du 27 mai 2005 modifiant l'article 3-5° du CMP relatif aux services financiers.

24 – L'arrêté du 3 juin 2005 relatif au fonctionnement de l'organisme expert du ministère de la Défense chargé de l'évaluation des projets de contrat de partenariat avec l'État définit le fonctionnement de l'organisme expert chargé de l'évaluation des projets de contrat de partenariat.

25 – L'ordonnance n° 2005-645 du 6 juin 2005 relative aux procédures de passation des marchés publics de collectivités territoriales aménage les modalités selon lesquelles l'Assemblée délibérante habilite l'exécutif local à signer un marché et met en application la jurisprudence *Commune de Montélimar* ayant décidé que l'habilitation ne devrait intervenir qu'à la fin de la procédure de passation du marché public.

26 – L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP (soumis aux directives marchés publics et entrant dans le champ des lois du 3 janvier 1991, du 11 décembre 1992 et du 29 janvier 1993). Cette ordonnance vient ainsi simplifier le dispositif applicable à ces organismes en réunissant en un seul et même texte l'ensemble des dispositions auxquelles ils étaient jusqu'alors soumis. Elle rappelle que les marchés ou accords-cadres passés par les organismes visés, tels les SEM ou les sociétés d'HLM, devront respecter les principes fondamentaux de la commande publique (transparence, liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats). Une liste des marchés n'entrant pas dans son champ d'application (contrats d'emprunts...) et une liste des différentes

procédures de passation applicables (appel d'offres, dialogue compétitif, procédure négociée, concours) sont par ailleurs dressées.

27 – Les textes réglementaires du 19 juillet 2005 réorganisant les comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics : décret n° 2005-818 du 19 juillet 2005 modifiant le décret du 3 septembre 2001 (26a) ; décret n° 2005-824 du 19 juillet 2005 relatif aux indemnités allouées aux présidents et vices-présidents des comités (26b) ; deux arrêtés MINEFI du 19 juillet 2005 fixant pour l'un les sièges et ressorts des comités consultatifs, pour l'autre, le montant annuel des indemnités.

28 – La loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement vient modifier et compléter le Code de l'urbanisme en prévoyant notamment, d'une part, que l'attribution des concessions d'aménagement est soumise par le concédant à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes (*cf.* article 1^{er} concernant l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme), d'autre part, que les contrats d'études, de maîtrise d'œuvre et de travaux conclus par le concessionnaire (s'il n'est pas soumis au CMP ou à l'ordonnance du 6 juin 2005) sont soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence (*cf.* article 3 concernant l'article L. 300-5 du Code de l'urbanisme).

29 – Le décret n° 2005-953 du 9 août 2005 portant modification du décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 (*cf.* n° 16) et pris en application notamment de l'article 7. II de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (*cf.* n° 11), précise la procédure d'appel d'offres utilisée lors d'un contrat de partenariat ⁴.

30 – Le décret n° 2005-1008 du 24 août 2005 modifie l'article 30 du CMP pour soumettre certaines catégories de services à une procédure adaptée de publicité et de mise en concurrence.

31 – Le décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005, relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices non soumises au CMP et mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (= les opérateurs de réseaux), précise les spécifications techniques, les procédures de passation, les seuils (etc.) auxquels sont soumises ces personnes.

32, 33 et 34 – Trois décrets du 30 décembre 2005 viennent modifier les seuils des procédures formalisées applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux entités adjudicatrices non soumises au CMP : le décret n° 2005-1737 modifiant les seuils mentionnés dans le CMP ; le décret n° 2005-1740 modifiant le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du

4. Pour mémoire : *cf.* aussi la circulaire interministérielle du 30 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales.

17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; le décret n° 2005-1741 modifiant les seuils des marchés passés en application du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

35 – Le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 relatif aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics vient préciser les règles applicables à certains pouvoirs adjudicateurs non soumis au Code des marchés publics : les modalités de procédures de passation, les spécifications techniques, les modalités de transmission des documents et des informations, l'organisation de la publicité, les modalités de présentation des candidatures et des offres, etc.

REMERCIEMENTS

Pour la réalisation du rapport 2005, le SCPC remercie vivement les personnes rencontrées, notamment :

- le ministre délégué à l'Industrie ;*
- le député maire de Cannes, président du Comité national anti-contrefaçon (CNAC) ;*
- la directrice de l'Union des fabricants (Unifab) ;*
- le directeur du Service national de la douane judiciaire (SNDJ) et ses inspecteurs ;*
- les membres de la Brigade centrale pour la répression des contrefaçons industrielles et commerciales (BCRCIA) ;*
- des magistrats de la section financière du parquet de Paris ;*
- le procureur de la République près le tribunal de Bobigny, son adjoint et son substitut référent en matière de contrefaçon ;*
- la présidente de la 31^e chambre correctionnelle de Paris spécialisée en matière économique et notamment en contrefaçon ;*
- la personne chargée de mission auprès du président du TGI de Paris ;*
- les membres de la direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la Justice ;*
- les membres de la direction juridique de la société Lacoste SA ;*
- la chef du bureau A3 à la DGCCRF ;*
- le secrétaire général de la Société française des analystes financiers (SFAF) ;*
- le responsable juridique de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC).*