

LES CAHIERS LYSIAS

JANVIER 2024

« ETHIQUE & AFFAIRES »

 **Lysias Partners**
SOCIETE D'AVOCATS

ONT PARTICIPE A CE NUMERO :



Jean-Pierre MIGNARD

Docteur en droit pénal de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne
Avocat au Barreau de Paris
Associé fondateur du cabinet Lysias Partners
Maître de Conférences à Sciences Po Paris et à l'Université de Bourgogne



Béligh NABLI

Professeur des Universités en droit public à l'UPEC-Paris XII
Directeur de publication des *Cahiers Lysias*

SOMMAIRE

- **Ethique et affaires : problématisation d'une relation contre-intuitive** p. 4
Béligh Nabli
- **Entretien avec Alain Anquetil : « L'un des défis de l'éthique des affaires est l'acceptabilité sociale de l'entreprise »** p. 13
Lysias Partners
- **Entretien avec Walid Chaiehloudj : « D'une 'éthique spontanée', nous sommes passés à une 'éthique imposée' »** p. 17
Lysias Partners
- **Ethique et affaires politiques** p. 21
Béligh Nabli
- **Présentation du cabinet Lysias Partners** p. 30

« Ethique et affaires » : mise en perspective d'une relation contre-intuitive

Bélich Nabli

Professeur des Universités en droit public à l'UPEC-Paris XII
Directeur de publication des *Cahiers Lysias*

Paul Ricoeur avait bien perçu la quête de repères de nos sociétés dites « post-modernes », « *en situation de demandes nouvelles d'éthique* »¹. Un phénomène qui se vérifie dans la plupart des secteurs d'activités, de la biomédecine à la vie politique. Les activités économiques n'échappent pas à ce mouvement de questionnement éthique.

Les logiques et considérations constitutives de l'« éthique » et des « affaires » peuvent apparaître comme antagoniques, oxymoriques. D'un côté, l'éthique vise la conduite ou l'action qui procède d'une conception propre de l'action bonne et juste², définie librement, en conscience, de manière plus contingente que purement abstraite.

L'éthique dite « appliquée » s'intéresse ainsi aux choix, décisions, comportements des individus face à des situations données. De l'autre, l'économie de marché et les affaires sont mues par la performance, le profit, la rentabilité. Une quête qui peut motiver des actes ou pratiques immorales, non éthiques, voire illégales et frauduleuses. Une motivation qui ne vaut pas justification. Les activités lucratives des acteurs économiques individuels ou collectifs connaissent des limites, un cadre, qui relève en partie de la logique de l'autorégulation³.

La « *business ethics* » née aux Etats-Unis à la moitié du XX^e siècle en réaction à divers abus et sandales⁴. Certaines pratiques constitutives d'une délinquance économique et

¹ Extrait de la postface au *Temps de la responsabilité*, reprise dans P. Ricoeur, *Autour du politique*, Paris, Seuil, 1991.

² S. Mercier, *L'éthique dans les entreprises*, Intro

³ Voir B. Oppetit, « Ethique et vie des affaires », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Paris, Litec, 1993, pp. 319-333, spéc. p. 327 ; Ph. Le Tourneau, « L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle », <http://philippe-le-tourneau.pagespersoorange.fr/media/EthiqueAffaires.htm>.

⁴ La « *business ethics* » née aux Etats-Unis à la moitié du XX^e siècle est à l'origine de l'*Investissement Socialement Responsable* (ISR). Voir H. R. Bowen, *The social responsibilities of the businessman*, New York, Harper and Brothers, 1953.

financière⁵ ont incité des organisations internationales⁶, des législateurs⁷ et professionnels à concevoir une « éthique des affaires »⁸. Celle-ci consiste en un ensemble de pratiques, de procédures et de principes (de la probité à la responsabilité, en passant par la transparence), dont le respect permet d'adopter les comportements appropriés dans les activités économiques, commerciales et financières. Les grandes entreprises sont ici les premières concernées par cet appel à la responsabilisation. Si leurs fonctions et responsabilités sont repensées au regard du coût et des risques multidimensionnels (y compris judiciaires) de certaines pratiques, l'effectivité de leur éthique demeure sujette à caution dans un environnement marqué par une économie globalisée où certaines multinationales disposent d'une puissance supérieure à certains Etats où elles investissent, produisent, commercent, salarient.

1. Une éthique appliquée à l'entreprise

Outre le vecteur de régulation que représente le droit, l'« éthicisation de l'économie »⁹ (des relations commerciales à la gouvernance d'entreprise en passant par la finance) consiste précisément à « *poser la question éthique à l'intérieur du discours économique en se demandant comment rendre nos sociétés plus équitables dans le respect de l'économie de marché* »¹⁰. L'éthique des affaires, en tant que « *champ disciplinaire appliqué* »¹¹, procède ainsi d'une conception rénovée de l'entreprise, à rebours de l'image du « monstre froid » destiné uniquement à dégager des profits et à répondre aux seuls intérêts de ses actionnaires. L'entreprise est non seulement comme un acteur du marché, mais comme un acteur de la société. L'action (tant interne qu'externe) de

⁵ Des pratiques et comportements qui témoigneraient d'un rapport distant à l'éthique, mais aussi aux lois et aux sanctions chez les élites économiques et financières, selon P. Lascoumes, *L'économie morale des élites dirigeantes*, Paris, Presses de Sciences Po, 2022. V. aussi P. Lascoumes et C. Nagels, *Sociologie des élites délinquantes. De la criminalité en col blanc à la corruption politique*, Paris, Armand Colin, 2014.

⁶ Voir l'art. 12 et 13 de la Convention de l'ONU sur la lutte contre la corruption (dite convention de Merida de 2005) ; la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 1999 ; D'autres référentiels peuvent être cités notamment l'art. 6.6 de la norme I.S.O 26 000 (nov. 2010) relative à la RSE qui soulève parmi ses questions centrales, celle de la loyauté des pratiques avec un premier domaine d'action relatif à la lutte contre la corruption ; le 10ème Principe du Pacte mondial de l'O.N.U (2001) qui d'ailleurs énonce que « Les entreprises sont invitées à agir contre la corruption sous toutes ses formes y compris l'extorsion de fonds et les pots-de-vin » ; Chapitre VII sur la lutte contre la corruption, la sollicitation de pots-de-vin et d'autres formes d'extorsion des Principes directeurs de l'O.C.D.E à l'attention des entreprises multinationales (mis à jour en mai 2011).

⁷ Aux Etats-Unis, la loi fédérale Sarbanes-Oxley de 2002 vise à renforcer la responsabilité des entreprises, à rendre la communication de l'information financière plus transparente et à lutter contre les comportements frauduleux des entreprises. Ce texte a été adopté à la suite d'une série de scandales financiers révélés aux Etats-Unis au début des années 2000, dont celui qui a frappé le groupe Enron.

⁸ V. Magnier et V. Chapuis-Thault, « L'éthique des affaires », www.editions-legislatives.fr, 2022.

⁹ A. Lacroix et A. Marchildon, « Éthique et reconfigurations de l'économie de marché : nouvelles alternatives, nouveaux enjeux. De quelques enjeux des pratiques et alternatives actuelles. Les enjeux de la moralisation de l'économie : réflexion à partir des exemples de la RSE et de la FSRVOL », 16, N° 2 | 2014 <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/1527>.

¹⁰ A. Lacroix, *Critique de la raison économiste*, Montréal, Liber, 2009, p. 153.

¹¹ J. Pasquero, « L'éthique des affaires », in N. Postel, R. Sobel et F. Chavy (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Lille, Presses universitaires du Septentrion, pp. 196-201.

l'entreprise est porteuse de valeurs¹² et doit répondre de ses responsabilités économiques, financières, fiscales, sociales et sociétales¹³.

Cette conception ressort clairement de la loi PACTE, qui redéfinit (dans le Code civil) l'objet social de l'entreprise¹⁴. Les réformes réalisées au nom de la RSE ont précisément la volonté de combler un certain vide juridique et d'accompagner l'émergence de nouveaux comportements éthiques. La RSE « *traduit très exactement l'idée d'entreprise citoyenne, d'une entreprise dont l'activité, au-delà des contraintes légales, peut et doit intégrer (...) une dimension éthique dans les domaines sociaux et environnementaux* »¹⁵.

2. Une éthique des affaires source du droit des affaires

L'« éthicisation » et la juridicisation de la vie économique sont en partie liées. Toutefois « éthique des affaires » et « droit des affaires » ne se confondent pas. Non seulement le respect de la loi ne suppose pas le respect de sa propre éthique, mais une règle juridique ne suffit pas à garantir qu'un comportement ou qu'une décision soit « éthique »¹⁶.

Les exigences éthiques sont susceptibles d'être formalisées, consacrées par le droit (des affaires), la compliance (notion difficile à saisir, mais qui correspond *a minima* à l'idée de « conformité » à certaines règles), même si l'éthique ne consiste pas en tant que telle dans des normes juridiquement contraignantes. Une distinction entre éthique et droit qui n'interdit pas ce dernier (sous la forme de *hard law*, mais aussi de *soft law*) de s'inspirer des considérations ou préoccupations du premier, notamment pour réglementer les pratiques ou comportements (internes et externes) des entreprises, la vie des affaires.

Le mouvement de responsabilisation des entreprises¹⁷ procède en partie de l'adoption de réglementations spécifiques. À cet égard, la France a fait figure de précurseur dans l'édition de nouvelles obligations légales à l'égard des entreprises afin de les inciter à s'autoréguler conformément à certaines valeurs.

¹² F. Seidel (dir.), *L'éthique des affaires et de l'entreprise*, Paris, ESKA, 1995.

¹³ Y. Boisvert, « La dimension politique de l'éthique des affaires », *Éthique publique*, vol. 1, n° 2 | 1999, mis en ligne le 26 novembre 2016, <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/2684>.

¹⁴ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi PACTE » (Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises). Celle-ci a modifié : l'article 1833 du Code civil, qui dispose désormais que « [l]a société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » ; et l'article 1835, qui permet ainsi aux sociétés qui le souhaitent d'affirmer leur « raison d'être ». Enfin, la loi a créé le statut de « société à mission », défini aux articles L. 210-10 et suivants du Code de commerce.

¹⁵ F.-G. Trébulle, « Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale) », *Rép. Dalloz sociétés*, n° 9.

¹⁶ L. Binard, « Affaire complexe, l'éthique en entreprise ne peut se résumer à des règles et des normes », <https://www.hbrfrance.fr/chroniques-experts/2014/05/2169-affaire-complexe-lethique-en-entreprise-ne-peut-se-resumer-des-regles-et-des-normes>.

¹⁷ Voir N. Borga, J. C. Marin, J.-C. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Dalloz, 2018.

Dès 2001, la loi sur les Nouvelles Régulations Économiques (NRE) a imposé aux sociétés cotées de publier des informations sur les conséquences sociales et environnementales de leurs activités, dans leur rapport de gestion, désormais remplacé par une déclaration de performance extra financière¹⁸. Surtout, la loi « Sapin II », du 9 décembre 2016, a permis de consacrer le principe de compliance et un contrôle des dispositifs d'alerte afin de prévenir et de détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence. C'est en réponse aux sanctions infligées aux entreprises françaises par les autorités et les régulateurs américains que la France s'est dotée d'un arsenal législatif afin de prévenir et détecter les faits de corruption. Cette promotion de la conformité est consacrée par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Enfin, la réforme adoptée par la loi PACTE (adoptée suite au rapport Senard Notat sur « la relation entre entreprise et intérêt général ») a entrepris d'instituer un dispositif permettant aux entreprises désireuses d'affirmer leur engagement sociétal. L'entrée en vigueur de la loi en juin 2017 a donné un réel élan à la lutte anticorruption dans la vie des affaires, tant au sein des entreprises, avec la montée en puissance des dispositifs de compliance, que du côté des pouvoirs publics, avec l'institution, au niveau national, de l'Agence française anticorruption (AFA), et celle du Parquet national financier (PNF), parmi les acteurs de la lutte internationale anticorruption.

Outre les modifications apportées au droit des sociétés (art. 1833 et 1835 du Code civil issus de la Loi PACTE), il existe également le programme de conformité anti-corruption et le dispositif du lanceur d'alertes consacrés par la loi dite Sapin II, mais aussi le devoir de vigilance des sociétés mères à l'égard de leurs filiales. Les Etats disposent ainsi de plusieurs techniques instituées par la loi afin d'encourager, voire, d'imposer aux entreprises, une prise de conscience de l'impact de leurs activités sur la société. Le Code de commerce impose à la société mère ou donneuse d'ordre un devoir de vigilance à l'égard des activités de ses filiales et sous-traitants en France et à l'étranger. La loi fait peser sur les sociétés mères le contrôle de leurs activités délocalisées, en se réservant, le cas échéant, le droit d'user « *avec la plus grande rigueur de leur pouvoir souverain de sanction, civile et pénale, pour le cas où une politique efficace de conformité aux valeurs ainsi défendues n'aurait pas été instaurée ou respectée* »¹⁹.

Consacré en réponse à l'effondrement du Rana Plaza le 24 avril 2013 et à la mort consécutive de plus d'un millier de travailleurs bangladais travaillant pour des marques internationales de vêtements, ce devoir se traduit par une obligation de mettre en place un plan de vigilance afin de prévenir les risques environnementaux, sociaux et de gouvernance sur l'ensemble de la chaîne entrepreneuriale. L'obligation vise à garantir la transparence au sein de l'entreprise. Le plan doit ainsi comporter « *les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la*

¹⁸ Ord. n° 2017-1180, 19 juill. 2017 transposant la directive n° 2014/95/UE du 22 octobre 2014.

¹⁹ X. Boucobza et Y.-M. Sernet, « Loi 'Sapin 2' et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », D. 2017, p. 1619, n° 3.

sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle ». Le plan de vigilance et le compte-rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport ou déclaration de gestion de performance extra-financière (C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 5), anciennement dénommée « devoir de *reporting* », laquelle a été étendue au domaine environnemental²⁰.

3. Une éthique dans l'intérêt de la société et de l'entreprise

Certains économistes ont tenté de démontrer l'effet positif de la corruption sur la croissance²¹, du moins de minorer son coût pour le développement d'une société. Dans le débat sur les effets de la corruption, des auteurs estimaient dans les années 1960 que le non-respect des règles – en particulier en matière de marchés publics – peut être économiquement bénéfique, car il serait plus efficace de contourner les contraintes imposées par une administration rigide que de s'y soumettre. Le politiste américain Robert Merton interprète ainsi la corruption municipale non comme un dysfonctionnement, mais comme une solution pragmatique aux défaillances des structures politico-administratives²².

Ce débat est aujourd'hui dépassé²³. La Banque mondiale admet qu'en sapant la primauté du droit et la confiance dans la puissance publique, la corruption représente « *le plus grand obstacle au développement économique et au développement social* »²⁴. Des études officielles montrent que la corruption produit des effets négatifs sur une multitude de « canaux de croissance », tels que l'investissement, la concurrence, l'esprit d'entreprise, la redistribution des revenus ou les finances publiques. Elle affecte en effet simultanément le volume des dépenses et des recettes publiques. Non seulement les recettes fiscales baissent mécaniquement avec le développement d'une économie parallèle, mais la perception de la corruption des politiques affecte le consentement à l'impôt. Celui-ci est en effet conditionné par la confiance des citoyens dans leurs institutions : « *les individus peuvent accepter cette obligation s'ils considèrent que l'État est digne de confiance, ou la discuter, la contester*

²⁰ Dans leur rapport de gestion, les sociétés concernées doivent fournir des informations obligatoires « sur la manière dont [elles prennent] en compte les conséquences sociales et environnementales de [leur] activité, ainsi que, [pour une partie d'entre elles], les effets de cette activité quant au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption. La déclaration comprend des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire et de la lutte contre le gaspillage alimentaire, aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés, aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées » (C. com., art. L. 225-102-1, al. 6).

²¹ Voir D. H. Bailey, "The Effects of Corruption in a Developing Nation", *Western Political Quarterly*, Vol. 19, 1966, pp. 719-732 ; N. Leff, "Economic Development through Bureaucratic Corruption", *The American Behavioural Scientist*, Vol. 8, 1964, pp. 8-14 ; C. Leys, "What is the Problem about Corruption?", *Journal of Modern African Studies*, Vol. 3, 1965, pp. 215-230.

²² R. Merton, *Social theory and social structure*, New York, Glencoe, 1949, pp. 71-81.

²³ P. Mauro, "Corruption and Growth", *Quarterly Journal of Economics*, 110(3), 1995, pp. 681-712.

²⁴ Banque mondiale, *Lutte contre la corruption*, 2011 ; <http://web.worldbank.org>.

et la refuser s'ils ont des doutes sur la justice et sur l'efficacité des procédures mises en place »²⁵. La corruption et autres manquements à la probité, qu'elle soit publique (pacte de corruption entre un agent privé et un agent public ou touchant les personnes politiquement exposées) ou qu'elle soit privée (pacte de corruption entre deux agents privés) est préjudiciable au développement économique, politique et social. Elle fausse la concurrence sur le marché, affaiblit la productivité, entrave les investissements (étrangers) et empêche finalement une croissance économique durable. C'est au nom d'une logique de « bonne gouvernance » économique, que la corruption est dorénavant combattue non parce qu'elle est moralement mauvaise, mais parce qu'elle est inefficace économiquement, dangereuse pour les affaires²⁶.

Outre son coût économique et financier²⁷, elle représente aussi un coût social et politique : elle nourrit en effet le phénomène de défiance peut être accentué en temps de crise, lorsque les coûts/efforts (dont l'alourdissement des prélèvements fiscaux et sociaux) qu'elle suscite réduisent le niveau de tolérance des citoyens vis-à-vis des abus de pouvoir et de corruption des responsables politiques nationaux et locaux ; les attentes des citoyens en matière d'égalité devant la loi, d'intégrité, de neutralité et de sens du bien commun sont plus fortes²⁸. L'acceptation sociale des réformes initiées par les responsables politiques dépendrait en partie de la perception de leur caractère équitable ou juste ; à l'inverse, le sentiment que certains sont avantagés de manière infondée ou illégitime par les mesures préconisées joue contre l'adhésion à la réforme²⁹.

Si les entreprises affichent de nouvelles responsabilités et valeurs éthiques, c'est qu'elles estiment aussi que cette démarche relève de leur propre intérêt.

Le respect des exigences éthiques a un caractère préventif sur le plan juridique et judiciaire. Il permet de prévenir et de se protéger contre certains risques liés à de mauvaises pratiques commerciales, financières ou comptables, etc. Plus largement, la prise en compte de telles considérations et la diffusion de certaines valeurs et pratiques (transparence, diversité, égalité des sexes, intégrité, etc.) sont de nature à améliorer l'image, la réputation de l'entreprise. Les sentiments de confiance et de fiabilité qui en découlent (pour les autres acteurs du marché : actionnaires, investisseurs, consommateurs, etc.) constituent un avantage compétitif pour l'entreprise « responsable », du moins si l'on admet de concevoir la performance économique sur le temps long. A l'inverse, le court-termisme nourrit le caractère équivoque du discours sur l'éthique ou la responsabilité de certaines entreprises, consistant d'abord et avant tout à décliner une image destinée à séduire les actionnaires et les

²⁵ N. Delalande, *Les batailles de l'impôt. Consentement et résistances de 1789 à nos jours*, Seuil, 2011. p. 18.

²⁶ P. Mauro, P. Medas et J.-M. Fournier, « Le coût de la corruption », *Finances et développement*, Septembre 2019, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/fre/2019/09/pdf/the-true-cost-of-global-corruption-mauro.pdf>.

²⁷ On estime que le coût de la corruption dépasse 5 % du PIB mondial (2600 milliards de dollars). Source : <https://www.banquemoniale.org/fr/news/opinion/2023/06/13/corruption-is-a-global-problem-for-development-to-fight-it-we-all-have-a-role-to-play>.

²⁸ Voir J.-B. Auby, E. Breen, T. Perroud, *Corruption And Conflicts Of Interest, A Comparative Law Approach*, Edward Elgar Publishing, 2014.

²⁹ <http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/Issue-Paper-Corruption-and-Economic-Growth.pdf>

consommateurs (on pense à la subordination de l'éthique à l'économie de marché et à l'instrumentalisation de l'argument éthique dans le cadre d'une stratégie de communication, tel que le « *greenwashing* ») et à afficher une conformité purement formelle à des normes éthiques *a minima* parfois inscrites dans des codes ou chartes éthiques.

4. Une éthique codifiée par l'entreprise

Le volontarisme incitatif et normatif exprimé par les organisations internationales et les Etats a favorisé la prise d'initiative des entreprises elles-mêmes, qui a pris la forme particulière de « codes de (bonne) conduite » et autres « chartes éthiques ». Ces documents qui s'inscrivent dans une logique d'autorégulation interne et souple fixent des règles de comportement, qui formalisent les valeurs que l'entreprise souhaite incarner et véhiculer.

En France, les grands groupes assujettis à la loi Sapin 2 ainsi qu'à la loi sur le devoir de vigilance édictent des codes de conduite qu'ils diffusent auprès de leurs partenaires commerciaux. Ces derniers se doivent également de respecter les normes éthiques auxquelles ils s'engagent dans le cadre de leurs relations commerciales (notamment avec les multinationales). Ils ont ainsi tout intérêt à mettre en place des dispositifs de conformité et de contrôle des mesures adaptés à la taille de leur structure pour pallier le risque de rupture des relations commerciales établies résultant de violations de normes éthiques³⁰. En effet, la place et l'incidence des chartes et codes éthiques dans le cadre des relations commerciales bénéficie d'une jurisprudence désormais établie : leur violation peut justifier la rupture immédiate de relations commerciales³¹.

5. Limites des outils de l'éthique des entreprises

Les outils de l'éthique des affaires ont une portée incertaine, limitée. D'une part, ces mécanismes (la déclaration de performance extra financière, l'établissement d'un plan anti-corruption, le plan vigilance, l'art. 1833 Code civil) s'imposent essentiellement aux grandes entreprises. D'autre part, l'incidence et l'effectivité des instruments et dispositifs érigés - au nom en particulier de la RSE - interrogent³². Non seulement les ambiguïtés quant à la notion d' « intérêt social » résultant de la réforme du Code civil

³⁰ E. Daoud et S. Erambert, « La violation d'une charte éthique peut justifier la rupture immédiate de relations commerciales », <https://www.editions-legislatives.fr/actualite/la-violation-dune-charte-ethique-peut-justifier-la-rupture-immediate-de-relations-commerciales>, 24 mai 2021.

³¹ Voir par exemple : Cour d'Appel de Paris, 13 mars 2019, n°17/21477. La Cour d'appel de Paris a jugé que les manquements du fournisseur à ses obligations de vigilance résultant des normes éthiques édictées par la société Monoprix étaient de nature à fonder la rupture immédiate de leurs relations commerciales. Dans une autre affaire, la Cour a reconnu la légalité de la rupture immédiate des relations commerciales entre le groupe Carrefour et l'un de ses fournisseurs, du fait de la violation de la charte éthique du premier par ce dernier (Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - chambre 4, 5 mai 2021, n° 19/15680).

³² Voir A. Tadros, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », D. 2018, p. 1765.

laissent à chaque juge le soin de la définir³³, mais la RSE repose par trop sur le volontariat et l'absence de contraintes. Dès lors, ces pratiques perdent en crédibilité en s'analysant comme des engagements non contraignants, sauf à trouver le soutien d'un mécanisme juridique pour les transformer en obligations contraignantes³⁴. Des interrogations similaires se posent à l'égard des dispositions des articles 1833 et 1835 du Code civil. Faut-il considérer que celles-ci créent de nouvelles obligations juridiques à l'égard des sociétés ? Dans l'affirmative, leur violation engage-t-elle la responsabilité de leur auteur, et à quel titre ? Plus difficile encore est de savoir quelle est la sanction attachée au volet sociétal de la RSE, lorsque l'irrespect est invoqué par les parties prenantes, personnes extérieures ou sans lien contractuel mais qui sont concernées par l'activité économique de l'entreprise.

Le questionnement quant à la juridicité de la RSE justifie une réflexion quant à l'amélioration des dispositifs existants, afin de réduire l'impunité de ces certains acteurs économiques internationaux et d'éviter une forme de concurrence déloyale (entre les entreprises qui s'engagent et respectent leurs engagements éthiques et les autres). Une démarche qui doit, parallèlement, intégrer l'idée suivant laquelle les procédures et règles juridiques constitutives de l'éthique des affaires ne suffisent pas et doivent être soutenues par une véritable culture éthique. L'effectivité de l'éthique des affaires dépend aussi, voire surtout, de la prise de conscience de sa pleine légitimité, de son intérêt par les acteurs économiques.

6. L'enjeu de l'éthique des affaires en Afrique

Si la fin de la « Françafrique » est annoncée de manière récurrente, la mise en examen pour corruption d'agent public étranger d'une figure du capitalisme français tel que Vincent Bolloré (dans l'affaire de l'obtention de la gestion des ports de Lomé et de Conakry)³⁵ illustre l'acuité de la problématique de l'éthique des affaires pour les groupes français en Afrique. Dans l'espace subsaharien, malgré l'O.H.A.D.A. (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires)³⁶, les pratiques frauduleuses (telles que l'obtention de marchés publics ou la prise de contrôle de sociétés à la suite du versement de commissions occultes, la conclusion de pactes corrupteurs pour contourner des procédures administratives ou fiscales, etc.) continuent de peser lourdement sur le climat des affaires et sur le développement

³³ Voir notamment A. Constantin, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in Etudes offertes à B. Mercadal, Paris, Editions Francis Lefebvre 2002, pp. 317-332.

³⁴ La Cour de cassation admet qu'un code de bonne conduite soit un acte juridique au sens du droit privé, et dont la validité peut être remise en cause par le juge ; Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191.

³⁵ L'une des filiales du groupe Bolloré, « Bolloré Africa Logistics », est accusé de s'être servi de sa filiale publicitaire, Havas, pour faciliter l'obtention des concessions de deux ports en Afrique : Conakry en Guinée (2011) et Lomé au Togo (2010).

³⁶ Son objectif est « *de reconquérir la confiance des investisseurs et de sécuriser les rapports juridiques en vue d'une croissance durable* », selon M. Diakhate, « Les procédures simplifiées et les voies d'exécution : la difficile gestation d'une législation

Communautaire », www.ohada.com. Voir R. Intole, « La corruption et l'éthique des affaires dans l'espace O.H.A.D.A. », Le cercle éthique des affaires, <https://cercle-ethique.net/la-corruption-et-lethique-des-affaires-dans-lespace-o-h-a-d-a/>, oct. 2021.

économique, politique et social. Le préambule de la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption établit lui-même ce lien, en déclarant que les États membres sont préoccupés par « *les effets négatifs de la corruption et de l'impunité sur la stabilité politique, économique, sociale et culturelle des États africains et ses effets dévastateurs sur le développement économique et social des peuples africains* ».

« L'un des défis de l'éthique des affaires est l'acceptabilité sociale de l'entreprise »

Entretien avec Alain Anquetil

Philosophe, Professeur émérite à l'ESSCA Ecole de Management
Spécialiste de l'éthique des affaires

- Les Cahiers Lysias : *Comment définir l'éthique des affaires ?*

A.A. : « L'éthique des affaires (la *business ethics*) est une branche de l'éthique appliquée qui vise à analyser la place de l'éthique dans la vie économique marchande, à proposer des critères moraux permettant d'évaluer les situations que rencontrent les acteurs économiques et à leur prescrire des conduites éthiques³⁷.

Les différentes définitions de l'éthique des affaires témoignent des orientations théoriques de leurs auteurs, qui se rapportent aussi bien à l'éthique (philosophies fondées par exemple sur le devoir, sur le plus grand bonheur pour le plus grand nombre ou sur le caractère moral de l'agent) qu'au rôle que l'entreprise devrait jouer dans la société (responsabilité sociale de l'entreprise conçue par exemple comme maximisation de la richesse de ses actionnaires, comme réponse équitable aux besoins de toutes ses parties prenantes ou comme contribution au bien commun).

Certaines définitions affirment que l'éthique des affaires a pour objet la « résolution de problèmes » et que son premier objectif est de « comprendre la nature de la décision dans les affaires »³⁸. Bien qu'elles semblent conformes à nos intuitions, ces définitions se heurtent à trois risques majeurs : privilégier les décisions stratégiques et l'éthique du leadership, alors que les questions morales se posent à tous les niveaux d'une organisation ; ignorer les facteurs systémiques, liés au fonctionnement des marchés ou de certains secteurs économiques, qui contraignent les décisions des acteurs ; enfin, présupposer que les problèmes de la vie des affaires sont tellement spécifiques que la morale ordinaire, celle qui prévaut en-dehors du monde économique (dans la vie familiale, amicale, citoyenne, etc.), pourra difficilement s'y appliquer. »

- Les Cahiers Lysias : *Quelles sont les origines et les caractéristiques fondamentales de l'éthique des affaires ?*

³⁷ L'éthique appliquée porte sur l'analyse éthique de situations précises visant la résolution pratique (d'après M.-H. Parizeau, « Ethique appliquée », in M. Canto-Sperber (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 1996. Dans ce qui suit, les mots « éthique » et « morale » sont utilisés de façon interchangeable.

³⁸ Ces citations issues de Laura L. Nash (*Good intentions aside*, Harvard Business School Press, 1990) sont extraites de A. Anquetil, *Qu'est-ce que l'éthique des affaires ?*, Paris, Vrin, 2008.

A.A. : « L'éthique des affaires académique s'est structurée dans les années 1970 et 1980, 1982 étant une année marquante en raison de la parution de deux ouvrages importants et du lancement du *Journal of Business Ethics*³⁹. Mais on trouve des considérations sur l'éthique des affaires chez des auteurs plus anciens, par exemple chez Aristote qui, dans *La Politique*, discutait d'une forme d'acquisition des richesses visant exclusivement l'accumulation de l'argent.

Quant à l'éthique *dans* les affaires, on peut affirmer qu'elle est inhérente au commerce, car celui-ci a besoin de la confiance des acteurs pour prospérer.

La caractéristique essentielle de l'éthique des affaires est un scepticisme fondamental. Il repose sur la différence entre la logique de l'éthique et la logique de l'économie de marché, qui comprend les impératifs de maximisation du profit, de rentabilité, d'efficacité et de réputation. Il en résulte des croyances mal fondées, mais robustes (et bien connues des spécialistes du domaine), par exemple la croyance que l'éthique des affaires désigne un oxymore ou qu'elle a la nature d'un jeu. À ces croyances s'ajoute le constat que les règles du jeu des affaires comprennent des maximes telles que « Je peux le faire puisque tout le monde le fait » ou « Si je ne le fais pas, d'autres le feront », qui permettent aux acteurs économiques de justifier des actes moralement condamnables et, en conséquence, d'exclure toute considération morale de leurs délibérations⁴⁰.

Le scepticisme fondamental sur la possibilité d'une éthique des affaires se résume par la croyance selon laquelle la morale ordinaire, qui est substantielle et impérative, ne peut s'appliquer à l'économie de marché. Une morale minimale y est certes nécessaire, mais elle est moins exigeante que la morale ordinaire.

Les conséquences pratiques et théoriques de cette croyance sceptique sont potentiellement redoutables, car elle peut influencer les chercheurs lorsqu'ils construisent des théories (en partant, parfois implicitement, de l'hypothèse que la morale des affaires est dégradée par rapport à la morale ordinaire) et les praticiens lorsqu'ils sont confrontés à des questions éthiques (ils croient bénéficier d'une « tolérance morale » les autorisant à commettre des actes qui seraient condamnés par la morale ordinaire). »

- **Les Cahiers Lysias : Quel est l'intérêt des entreprises à prendre cette question au sérieux ?**

³⁹ Il s'agit des ouvrages des philosophes Norman Bowie (*Business ethics*) et Thomas Donaldson (*Corporations and morality*), publiés chez Prentice-Hall.

⁴⁰ On parle à cet égard de « mutisme moral » ou de « désengagement moral ». Voir F. B. Bird et J. A. Waters, « The moral muteness of managers », *California Management Review*, 32(1), 1989, p. 73-88, et A. Bandura, G.-V. Caprara et L. Zsolnai, « Corporate transgressions through moral disengagement », *Journal of Human Values*, 2000, 1, pp. 57-64.

A.A. : « Vous avez raison d'employer le mot « intérêt », car il renvoie justement à la supposée « séparation » entre la morale ordinaire et la morale des affaires⁴¹. Il suggère qu'un employé pourrait choisir d'être moral selon que cela satisfait ou non l'intérêt économique de son entreprise – ou son propre intérêt –, et que c'est la contrainte qui le conduirait parfois à agir moralement. Mais cette séparation quasi schizophrénique entre obligation morale et motivation à agir a de nombreuses conséquences, notamment sur la psychologie des employés (elle est l'une des causes de la souffrance au travail) et sur la réputation des entreprises. L'une des raisons majeures qu'a une entreprise de prendre l'éthique des affaires au sérieux est d'éviter une telle séparation.

On en trouve des indices dans les chartes éthiques d'entreprises, en particulier à travers cette question que les employés sont souvent appelés à se poser avant d'agir : « Quelle opinion aurai-je de moi si j'accomplis cette action ? ». Cette simple question a des conséquences importantes, du moins en théorie, car elle conduit en quelque sorte à faire entrer la morale ordinaire dans le contexte de l'entreprise.

Bien sûr, les entreprises sont également incitées à se conduire de façon éthique. Les parties prenantes, qui sont affectées par leur activité, expriment des attentes relatives à l'éthique, qui incluent par exemple le respect des droits humains, la protection de l'environnement et la contribution au bien public. Ces attentes ont des effets pratiques, notamment sur la vigilance des entreprises à l'égard de leurs chaînes d'approvisionnement, sur leurs engagements écologiques et sur leur politique d'optimisation fiscale. Certaines d'entre elles ont été inscrites dans le droit souple, spécialement le Pacte mondial des Nations Unies (1999), qui implique l'adhésion des firmes à des « valeurs fondamentales », et les Principes directeurs sur les droits de l'homme et les entreprises du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies (2011). La pression qu'exercent ces incitations, auxquelles il faut ajouter les incitations internes aux entreprises (codes de conduite, comités d'éthique, systèmes d'alerte professionnelle, formations éthiques, etc.) contribue à former, dans l'esprit des acteurs économiques, la croyance qu'ils ont intérêt à prendre l'éthique au sérieux. »

- **Les Cahiers Lysias : *Quels sont les principaux défis auxquels l'éthique des affaires est confrontée ?***

A.A. : « L'un d'eux concerne l'acceptabilité sociale de l'entreprise. Elle peut être mise en cause si celle-ci ne respecte pas les règles du jeu légales et morales ; si elle abuse de son pouvoir (par exemple en influençant, pour défendre ses intérêts, le processus de détermination des règles du jeu) ; et si elle viole l'obligation de réciprocité qu'elle a envers la société (par exemple en fermant une usine alors qu'elle a bénéficié d'importantes aides publiques).

⁴¹ Cette séparation est connue à travers la formule « thèse de la séparation » (voir R. E. Freeman, "The politics of stakeholder theory: Some future directions », *Business Ethics Quarterly*, 4(4), 1994, pp. 409-421, et A. Anquetil, *Qu'est-ce que l'éthique des affaires ?*, op. cit., et *Textes clés de l'éthique des affaires*, Paris, Vrin, 2011).

L'éthique des affaires académique a souligné le danger que les entreprises se trouvent dans des situations qui les contraignent à agir de façon immorale. C'est le cas des situations du type « dilemme du prisonnier », où les participants (par exemple des entreprises cherchant à obtenir un contrat) souhaiteraient respecter les règles, mais où la structure des gains relatifs aux différentes options les contraint à agir de façon immorale (par exemple à pratiquer la corruption pour obtenir le contrat en question). On a pu défendre l'idée que, si certaines conditions étaient réunies, une entreprise pouvait être moralement autorisée à commettre une action normalement jugée condamnable⁴². Mais ceci ne répond pas au problème. La réponse devrait se trouver dans la loi, le droit souple et l'ensemble des dispositifs d'éthique et de RSE mis en place au niveau des entreprises et des secteurs industriels.

Un autre défi mérite d'être souligné. Il porte sur la nécessité que les cultures d'entreprises favorisent – voire, dans une certaine mesure, déterminent – le comportement éthique de leurs membres. Le concept pertinent est ici celui de « climat éthique »⁴³. En voici un exemple idéal : si une entreprise affirme clairement « ce qui constitue un comportement non éthique » ; si elle identifie les parties prenantes pertinentes et la manière de répondre à leurs besoins ; si elle traite de la conduite à adopter dans les zones grises où les règles de comportement ne s'appliquent pas clairement ; si elle permet aux employés d'être confrontés à des problèmes moraux à travers des mises en situation et des jeux de rôle ; si elle favorise la discussion autour des valeurs et autour de l'application concrète des codes éthiques ; et si elle donne une information régulière sur les questions éthiques dans l'entreprise et encourage la discussion sur des exemples réels de comportements vertueux ; alors elle développe la sensibilité morale individuelle, la capacité à faire un jugement moral, la motivation morale et le caractère moral⁴⁴.

Il ne s'agit pas d'un programme ambitieux : le croire reviendrait à tomber dans le piège de la croyance sceptique dont nous parlions précédemment. Le programme est simple, au contraire, comme l'est cette définition : « *L'éthique des affaires n'est rien d'autre que la pleine conscience de ses actes, de leurs conséquences et des difficultés qu'ils impliquent* »⁴⁵. Mais sa mise en œuvre peut s'avérer difficile. »

⁴² Voir l'article du philosophe Gregory S. Kavka, « When two 'wrongs' make a right: An essay on business ethics », *Journal of Business Ethics*, 2, 1983, p. 61-66, discuté par A. Anquetil dans « Les comportements dans l'entreprise : dilemmes sociaux et climats éthiques », *Archives de Philosophie du Droit*, 55, 2012, p. 189-206.

⁴³ Il désigne « les perceptions dominantes des pratiques et des procédures ayant un contenu éthique » (B. Victor et J. B. Cullen, « The organizational bases of ethical work climates », *Administrative Science Quarterly*, 33, 1988, p.101-125).

⁴⁴ D'après M. Schminke, A. Arnaud et M. Kuenzi, « The power of ethical work climates », *Organizational Dynamics*, 36(2), 2007, p. 171-186. Ces éléments sont issus de A. Anquetil, « Les comportements dans l'entreprise... », *op. cit.*

⁴⁵ R. C. Solomon, *The new world of business. Ethics and free enterprise in the global 1990s*, Rowman and Littlefield Publishers, 1994.

« D'une 'éthique spontanée', nous sommes passés à une 'éthique imposée' »

Entretien avec Walid Chaiehloudj

Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université de Perpignan
Membre du Collège de l'Autorité de la concurrence
Membre du Collège de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie

- **Les Cahiers Lysias - *Quelle est la place des valeurs portées par les entreprises, et plus largement celles de leur éthique, dans la formation et l'évolution du droit économique ?***

D'abord, il convient de relever que le droit économique n'a jamais été insensible à l'éthique dans la vie des affaires. Pour autant, il serait erroné d'affirmer qu'il a été un moteur quant à la promotion de l'éthique. La réalité est bien plus nuancée. En pratique, le droit économique n'a fait que répondre à un mouvement d'« éthique spontanée », initié par les entreprises elles-mêmes. En effet, les entreprises se sont mises à établir des chartes, des codes de bonne conduite, des lignes directrices internes aux fins de donner à voir les valeurs qu'elles se proposent de défendre dans leur activité, l'idée étant pour elles d'attirer des consommateurs et de montrer aux pouvoirs publics que le capitalisme pouvait avoir une coloration morale. En s'intéressant à l'éthique, il s'agissait, d'une part, de tordre le coup à une idée répandue selon laquelle l'entreprise ne s'intéresse qu'à son chiffre d'affaires et aux profits, et d'autre part, de réagir à divers scandales mis en avant par la presse internationale et nationale. On peut citer à titre d'exemple la célèbre affaire *Nike*. L'entreprise multinationale avait fait l'objet d'une campagne de boycott puissante de la part d'activistes qui avaient dénoncé les pratiques des sous-traitants de l'entreprise américaine. Étaient dénoncés, entre autres, le non-respect de certaines conventions internationales portant tant sur le travail forcé que sur le travail des enfants. Aussi, avec le temps, l'entreprise est devenue une entité « créatrice de valeurs »,⁴⁶ à la fois pour éteindre le feu des critiques et pour éviter une réaction législative.

Ensuite, l'éthique a pris une grande place dans la formation et l'évolution du droit économique. Pour cause, le mythe de l'autorégulation n'a pas tenu. On s'est rendu compte que les valeurs affichées par les entreprises n'étaient pas véritablement respectées et qu'elles étaient même déceptives. Les entreprises utilisaient l'éthique comme un simple outil de communication, mais sans s'y contraindre. Surtout, ces codes de bonne conduite, ces chartes vivaient dans la sphère de la *soft law*. Autrement dit, ils n'engageaient pas les entreprises, faute de juridicité. En réaction, de nombreuses branches du droit économique ont été mobilisées pour contraindre les

⁴⁶ Ph. Le Tourneau, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz-Dunod, 2000, p. 70.

entreprises à adopter un comportement éthique. D'une « éthique spontanée », nous sommes passés à une « éthique imposée ». Ce n'est pas à dire que la recherche d'une moralisation de la vie des affaires est contemporaine. Dès le XIXe siècle, la jurisprudence avait par exemple consacré l'action en concurrence déloyale. Toujours est-il que dans ce champ du droit économique, il s'agissait de moraliser les rapports *entre* les entreprises. Or en s'attaquant aux codes de bonne conduite et aux chartes éthiques, le législateur du XXI^e siècle a bougé sa focale. Il ne s'est plus simplement intéressé aux relations horizontales et s'est tourné vers les relations verticales. Le droit économique, en imposant aux entreprises le respect de certaines valeurs (droits de l'homme, protection de l'environnement, lutte anticorruption), s'est mis à protéger les parties prenantes de l'entreprise, telles que les sous-traitants, les salariés ou les consommateurs. Au-delà des parties prenantes, le droit économique s'est mué en un droit défenseur de valeurs sociétale et environnemental. En imposant de l'éthique, il tend à protéger tant les citoyens que la planète. La loi Pacte du 22 mai 2019⁴⁷ illustre à merveille ce point de rupture. Elle a imposé à toutes sociétés, civiles ou commerciales, une gestion « *prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux* » de leur activité. Partant, le législateur a souhaité intégrer une dimension éthique dans la gestion des sociétés, dimension originellement étrangère à la finalité lucrative du contrat de société⁴⁸. Aussi, peut-on affirmer sans risque aujourd'hui que la phrase de Ripert, qui écrivait que « *ces personnes, dites morales, n'ont pas de vie morale* »⁴⁹, est définitivement obsolète.

- **Les Cahiers Lysias - Qu'en est-il de la compliance en droit français des affaires (y compris sous l'influence européenne et internationale) ?**

Avant d'évoquer la place de la *compliance*, peut-être est-il nécessaire de dire un mot sur son origine et de la définir. Il faut d'abord savoir que la *compliance* est un produit d'importation juridique, puisqu'elle est née aux Etats-Unis à la suite de la crise de 1929. Elle a précisément pris racine dans le secteur financier et a été conçue outre-Atlantique pour prévenir les risques systémiques. Ensuite, la *compliance* n'a pas de base définitionnelle solide. En doctrine, d'aucuns estiment qu'il ne s'agit que de conformité. Autrement dit, dans cette acception, les entreprises doivent mettre en place des programmes en interne pour éviter de violer les législations économiques⁵⁰. Pour d'autres, la compliance doit se définir de manière téléologique, c'est-à-dire par les « buts monumentaux » qu'elle est chargée de porter. Cette définition est beaucoup plus ambitieuse et révèle un basculement quant au temps d'intervention du droit. Traditionnellement, le droit opère *ex post* ; il réagit après coup pour sanctionner un comportement déviant par exemple. Avec la *compliance*, le droit réagit *ex ante*, c'est-à-dire qu'il intervient avant que le risque ne se concrétise. C'est dire, pour reprendre la professeure Frison-Roche, que la *compliance* peut « *influencer l'avenir pour qu'il soit*

⁴⁷ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

⁴⁸ I. Parachkevova-Racine, « La société anonyme, entreprise cruciale » *in Droit des affaires en 12 thèmes* (E. Mouial Bassilana, I. Parachkevova-Racine et M. Teller), Dalloz, 2022, p. 339.

⁴⁹ G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1947, p. 79.

⁵⁰ A. Gaudemet, « Qu'est-ce que la *compliance* ? », *Commentaire* 2019/1, n° 165, p. 110 et s.

différent de ce qu'il serait si le droit n'intervenait en ex ante »⁵¹. Quant « aux buts monumentaux », ils sont qualifiés ainsi, car ils ont une texture systémique. Il s'agit de protéger des valeurs fondamentales telles que la concurrence, la protection de l'environnement, la lutte contre le blanchiment ou la corruption etc. Cette définition nous semble la plus opératoire et a d'ailleurs récemment fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle⁵².

S'agissant de la place de la *compliance* dans le droit français, on peut dire qu'elle devient éminemment grande. Quasi aucune branche du droit économique n'y échappe. Depuis longtemps le droit de la concurrence en fait la promotion. Pour s'en convaincre, on peut utilement consulter le document-cadre publié par l'Autorité de la concurrence le 22 mai 2022⁵³. Aussi, en respectant les prescriptions de ce document de *soft law*, une entreprise qui souhaiterait montrer qu'elle a une « éthique concurrentielle » pourra aisément le faire. La *compliance* s'est également étendue à la matière pénale. Depuis la loi *Sapin 2* de 2016, on sait que les entreprises ayant franchi les barrières de l'éthique peuvent obtenir une rédemption en exprimant leur pêché auprès d'un procureur. Elles doivent alors conclure une convention judiciaire d'intérêt public. La faute pénale pourra alors être à moitié pardonnée, notamment si l'entreprise s'engage à payer une amende et à se soumettre à un programme de mise en conformité dont le respect de la mise en œuvre sera contrôlé par l'Agence Française Anticorruption⁵⁴.

- ***Les Cahiers Lysias - Si la « Loi Sapin 2 » a marqué un tournant, une nouvelle législation est-elle nécessaire pour compléter et renforcer le dispositif ? Quelles pistes envisagées ?***

La loi *Sapin 2* a été une loi remarquable, parce qu'elle a permis de poser les jalons d'une véritable protection de l'éthique des affaires. Il faut, d'abord, se souvenir que c'est cette loi qui a créé la convention judiciaire d'intérêt public et installée une nouvelle agence : l'Agence Française Anticorruption. Ensuite, il faut avoir à l'esprit que les insuffisances de la loi *Sapin 2* ont été dans une certaine mesure corrigées. La convention judiciaire d'intérêt public a par exemple été étendue à la matière environnementale et à la fraude fiscale. Aussi, il ne nous paraît pas nécessaire de remettre l'ouvrage sur le métier et de faire de nouveau appel au législateur.

En revanche, nous avons besoin du juge. Et celui-ci doit être plus audacieux ou moins vétilleux ! Car à ce jour, il se fait malgré lui complice des entreprises qui se jouent de lui. En effet, le juge a permis aux entreprises de concevoir des stratégies de

⁵¹ M.-A, Frison-Roche, *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, 2022, p. 27.

⁵² Visant la loi sur le devoir de vigilance, le Tribunal judiciaire de Paris a indiqué que « cette législation assigne ainsi des buts monumentaux de protection des droits humains et de l'environnement à certaines catégories d'entreprise précisant *a minima* les moyens qui doivent être mis en œuvre pour les atteindre ». TJ Paris, 28 févr. 2023, Les Amis de la Terre, n° RG 22/53942.

⁵³ Aut. conc., Document-cadre du 24 mai 2022 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2022-05/Conformite_nouveau%20doc-cadre%20ADLC.pdf.

⁵⁴ PNF, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janv. 2023.

contournement des règles de droit et les autorise même à s'émanciper des règles élémentaires de l'éthique. En matière de vigilance, la loi du 27 mars 2017⁵⁵ est trop aisément contournable. Une récente décision du 6 juillet dernier est inquiétante⁵⁶. Elle met en danger tout le dispositif permettant de préserver les droits humains et l'environnement⁵⁷. Concrètement, elle permet aux entreprises donneuses d'ordre qui portent atteinte à l'environnement, à la santé ou aux droits humains d'échapper à un procès pour des questions procédurales. Gageons que cette jurisprudence évoluera et que l'éthique puisse être protégée dans nos prétoires.

⁵⁵ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

⁵⁶ TJ Paris, 6 juill. 2023, *Total Énergies*, n° 22/03403.

⁵⁷ Voir pour un commentaire : J.-B. Barbière et A. Touzain, « Devoir de vigilance, la porte se referme », *D. actualité*, 13 juill. 2023.

« Ethique et affaires politiques »

Bélich Nabli

Professeur des Universités en droit public à l'UPEC-Paris XII
Directeur de publication des *Cahiers Lysias*

Le développement de l'éthique des affaires s'inscrit dans un mouvement de fond global⁵⁸ : la montée de l'exigence de « moralisation », voire d' « exemplarité » des élites, y compris celle des « responsables politiques ».

Si l'éthique et la politique constituent deux sphères distinctes, elles sont également en intersection⁵⁹. L'idéal d'un gouvernant soucieux de la seule poursuite de l'intérêt général ou du bien commun⁶⁰, guidé par la vertu, à savoir la capacité à faire montre de désintéressement, s'impose avec la Révolution de 1789 et la République (proclamée le 22 septembre 1792). La « corruption »⁶¹ est alors érigée en sujet politique central⁶². Aujourd'hui, dans un contexte marqué par la montée de la « crise de confiance » citoyenne, les responsables politiques voient rejaillir avec force les thématiques de la « transparence » et de la « vertu » en politique.

Face à la succession des scandales, le législateur a adopté un véritable droit de la moralisation de la vie politique. Or celui-ci ne met pas fin aux pratiques frauduleuses. Preuve que l'institution d'un cadre légal la France doit être prolongée par une forme d'acculturation des responsables politiques en matière d'éthique. Faute d'adhésion au principe éthique qui sous-tend ces interdictions, certains responsables politiques continuent à poursuivre des stratégies de contournement des règles de moralisation. Preuve qu'une grande partie du changement des pratiques politiques se jouent à un niveau métajuridique, culturel.

⁵⁸ Le rapport aux normes de probité varie néanmoins en fonction des cultures politiques et juridiques nationales. Voir J.-B. Auby, E. Breen, T. Perroud, *Corruption And Conflicts Of Interest, A Comparative Law Approach*, Edward Elgar Publishing, 2014.

⁵⁹ P. Ricoeur, « Éthique et politique », *Autres Temps*, n° 5, 1985, pp. 58-70.

⁶⁰ Une fin rappelée solennellement par le Code de déontologie de l'Assemblée nationale (« *Les députés doivent agir dans le seul intérêt de la Nation et des citoyens qu'ils représentent* ») et par la Charte de déontologie des membres du Gouvernement (« *Les membres du Gouvernement sont au service de l'intérêt général* ») établie en 2012 à la demande du président Hollande.

⁶¹ Si l'étymologie du mot renvoie à l'idée de décomposition (le verbe latin *corrumpere* signifie s'abîmer, pourrir, se décomposer), la notion de corruption a pris une dimension morale pour qualifier la dégénérescence des mœurs civiques de la politique en général, et le comportement des gouvernants de la cité qui usent de leurs fonctions publiques pour satisfaire des intérêts particuliers, en particulier. V. A. GARAPON, « La peur de l'impuissance démocratique », *Esprit*, février 2014, pp. 19-30, p. 22.

⁶² Voir L. Jaume, « Constitution, intérêts et vertu civique », in *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 1994, pp. 174-188.

1. La vie politique et les affaires

Paradoxalement, le moment où la République s'ancre dans l'ordre politique, institutionnel et social est aussi celui des scandales politico-financiers retentissants, dont les noms sont autant de coups de boutoirs contre les valeurs républicaines : « Crawford » (1879), « Panama » (1892), « Rochette » (1910), « Oustric » (1930) ou encore « Stavisky » (1933). Grande figure de la III^e République, le président Jules Grévy a dû démissionner à cause de l'affaire du « commerce » de décorations impliquant son gendre, le député Daniel Wilson. Ce dernier usait ouvertement de son influence pour faire attribuer des décorations, sans qu'il fût alors possible de le poursuivre du chef d'escroquerie. La seule qualification qui existait était la corruption, inapplicable à la qualification des faits reprochés au député. Les dispositions de l'ancien Code pénal ne distinguaient pas nettement entre la corruption passive (commise par un représentant de l'autorité) et la corruption active (commise par le particulier). Le délit de « trafic d'influence » fut alors créé (par la loi du 4 juillet 1889) pour combler ce vide juridique.

Au-delà de cet épisode, ce sont des parlementaires, voire des ministres, qui ont été « achetés » contre l'obtention d'une décision (l'autorisation d'émettre des emprunts, par exemple, dans l'affaire de Panama) ou d'un comportement (des députés ont usé de leur influence pour couvrir les agissements d'escrocs, dans les affaires « Rochette » ou « Stavisky »). Pis, nombre de républicains – parmi lesquels des Dreyfusards – qui aspiraient à fonder une République pure étaient devenus, en quelques années, les figures politiques d'une République opportuniste engluée dans les affaires d'argent et envahie par le soupçon généralisé de corruption de ses élites politiques. Le mot d'ordre du boulangisme « A bas les voleurs ! » est significatif : plus qu'à un programme proprement politique ou à une réforme des institutions, le mouvement fait appel au sentiment moral ; il provoque un réflexe d'indignation des « honnêtes gens » contre la corruption des politiques. La crise boulangiste est le premier acte d'une longue série qui perdure jusqu'à la fin de la III^e République, et poursuivi par le mouvement poujadiste de la IV^e République.

L'avènement d'un nouveau régime républicain incarné par la figure morale du général de Gaulle n'a pas coupé pour autant le cordon ombilical entre la République et la corruption politique. La fragilisation des réseaux de l'époque a ouvert la voie à la constitution d'autres réseaux, sans mettre fin aux anciennes pratiques. La V^e République n'a pas mis fin aux affaires... Certes, le général de Gaulle se voulait à la fois au-dessus des partis et au-dessus de tout soupçon. Sa volonté d'établir une séparation rigide entre argent/intérêt public et argent/intérêt privé le pousse même à installer un compteur électrique dans ses appartements de fonction à l'Élysée pour éviter aux contribuables de payer l'électricité consommée en dehors de ses heures de travail. L'image est malgré tout écornée par le système de financement occulte de son mouvement, le RPF, *via* les comptes secrets de la « Françafrique ». Le système se perpétue sous la présidence Pompidou marquée par plusieurs scandales immobiliers impliquant des responsables politiques du mouvement gaulliste...

L'alternance politique et l'arrivée de la gauche devaient annoncer le retour d'une « morale républicaine », véritable porte-étendard programmatique de la nouvelle majorité. Les « années Mitterrand » sont au contraire synonymes d'argent-roi, d'argent fou⁶³. Les scandales politico-financiers de financement occulte des partis politiques (de l'affaire Urba aux marchés publics de la région Île-de-France) éclatent dans les années 1980 grâce à l'action combinée de la presse et de la justice et mettent en lumière le rapport encore « problématique » entre l'argent et la vie politique : financement opaque/occulte des partis, comptes de campagnes électorales en inflation constante, comptes offshore, emplois fictifs, résidences d'élus, truquages de marchés publics, etc. Si la longue série d'affaires durant cette « décennie de la corruption »⁶⁴ a abouti à la condamnation d'importants responsables politiques pour financement frauduleux/occulte de partis politiques⁶⁵, des condamnations pour enrichissement personnel sont également à signaler⁶⁶.

Jean Garrigues identifie diverses explications à la multiplication des scandales durant les décennies 80-90⁶⁷ : la crise économique et l'explosion de la bulle financière ; l'avènement de la « société politique du spectacle » et les besoins financiers afférents des partis et des candidats toujours plus croissant ; les transferts de compétences et les nouvelles féodalités locales qui sont nées avec le mouvement de décentralisation ; le développement du journalisme d'investigation ; l'affirmation d'une nouvelle génération de juges d'instruction et leur médiatisation. Sur ce dernier point, il est manifeste que la transformation des rapports entre magistrature et politique sur fond de judiciarisation de la société ont participé à la manifestation d' « affaires politico-financières ». Même si cette dernière appréciation mérite d'être nuancée au regard du (faible) nombre de condamnations judiciaires pour des infractions à la probité publique de responsables politiques, la dynamique est illustrée par un fait sans précédent. L'ancien président Jacques Chirac a été mis en examen dans deux affaires judiciaires, avant d'être condamné, le 15 décembre 2011, – dans un des deux volets de l'affaire des emplois présumés fictifs de la Ville de Paris qui remonte au début des années 1990, quand il était maire de la capitale – à deux ans de prison avec sursis pour « détournement de fonds publics », « abus de confiance » et « prise illégale d'intérêts ». Après Jacques Chirac, son successeur Nicolas Sarkozy est le second ancien chef de l'Etat renvoyé devant un tribunal correctionnel et condamné par la Justice sous la V^e République ; il est en outre impliqué dans une série impressionnante d'enquêtes et de procédures judiciaires liées à l'affaire des « écoutes judiciaires », à l'affaire « Bygmalion », à l'affaire du financement (libyen ?) de la campagne présidentielle de 2007, à l'affaire des « sondages de l'Élysée », aux affaires des « frégates d'Arabie saoudite » et « des sous-marins du Pakistan », etc.

⁶³ A. Mine, *L'argent fou*, Paris, Grasset, 1990.

⁶⁴ Y. Meny, « La décennie de la corruption », *Le Débat*, n° 5, 1993, pp. 13-22.

⁶⁵ Signalons parmi les anciens ministres condamnés pour financement illégal d'un parti politique : François Léotard, Henri Emmanuelli, Renaud Donnedieu de Vabres...

⁶⁶ En juillet 1996, Alain Carignon, alors ministre de la communication, est condamné à cinq ans de prison (dont un an avec sursis), cinq ans d'inéligibilité, et 400.000 francs d'amende (61.000 euros) pour abus de bien sociaux, corruption et subordination de témoins, enrichissement personnel et détournement de 2.900.000 euros.

⁶⁷ J. Garrigues, *Les scandales de la République. De Panama à l'affaire Elf*, Paris, R. Laffont, 2004, pp. 416-420.

Dans sa volonté de rupture avec la figure de son prédécesseur, le président Hollande s'est fait élire notamment sur la promesse d'une « République exemplaire »⁶⁸ ; il a finalement vu son quinquennat (2012-2017) rythmé par une série de scandales, dont les fameuses « affaire Cahuzac »⁶⁹ et « affaire Thévenoud »⁷⁰. La présidence Macron devait également ouvrir une nouvelle ère, avant de connaître la même dérive. Depuis son arrivée à l'Élysée, les affaires se multiplient dans son entourage proche : au cœur de l'exécutif une série de responsables sont mis en examen. Il serait particulièrement fastidieux de faire ici de la litanie de membres de la majorité poursuivis par la justice, sans que leur situation n'ait empêché leur nomination ou leur maintien en fonction au gouvernement ou au cabinet de président de la République. À l'incongruité s'ajoute l'exceptionnalité dans le cas du ministre de la Justice en exercice, Eric Dupond-Moretti, mis en examen par la Cour de justice de la République pour « prise illégale d'intérêts ». C'est sans précédent sous la Ve République : un Garde des Sceaux, poursuivi (par la justice) mais confirmé (par le président de la République). Enfin, comment ne pas évoquer le cas de Thierry Solère, député et conseiller politique du chef de l'État, qui cumule une douzaine de mises en examen (pour fraude fiscale, corruption, abus de biens sociaux, etc.), mais toujours en poste à l'Élysée...

L'impressionnante chronique politico-judiciaire de ce quinquennat est d'autant plus remarquable qu'elle s'inscrit dans un mouvement de juridicisation et de judiciarisation de la vie politique.

2. Un droit de la « moralisation de la vie politique »

La carence de l'encadrement juridique des pratiques/comportements des responsables politiques qui a longtemps prévalu a cédé le pas à un édifice normatif étoffé, constitutif d'un véritable « droit de la moralisation de la vie politique », construit par strates successives de mesures, au gré des scandales politico-judiciaro-financiers. A telle enseigne que la France est désormais dotée d'un arsenal juridique parmi les plus contraignants en Europe en matière de lutte contre la corruption politique.

Même si la question de la probité concerne aussi les partis politiques⁷¹, la question de l'éthique vise en particulier les pratiques et comportements individuels des

⁶⁸ « *Moi président, je ferai en sorte que mon comportement soit à chaque instant exemplaire* », avait déclaré François Hollande lors du débat d'entre les deux tours de la présidentielle, le 4 mai 2012.

⁶⁹ Jérôme Cahuzac a été condamné, le 8 décembre 2016, à trois ans de prison ferme et cinq ans d'inéligibilité par le tribunal correctionnel de Paris, sans mandat de dépôt. L'ancien ministre du budget de François Hollande, reconnu coupable de fraude fiscale et blanchiment, a fait appel de ce jugement.

⁷⁰ Thomas et Sandra Thévenoud ont été déclarés coupables de fraude fiscale par omission de déclaration et condamnés à un an avec sursis, auxquels s'ajoute, pour le député (ex-PS) de Saône-et-Loire et éphémère secrétaire d'État, une peine de trois ans d'inéligibilité.

⁷¹ Le vide juridique a longtemps prévalu en matière de financement des partis politiques. Une succession de scandales dans les années 1980-1990 ont fait réagir le législateur, qui a dû combler ce vide. Les deux lois organique et ordinaire du 11 mars 1988 instituent le principe du financement public des partis politiques, réservé néanmoins aux seules formations représentées à l'Assemblée nationale et au Sénat. En outre, la loi reconnaît aux candidats aux élections législatives et présidentielles la possibilité de recevoir des dons des personnes physiques ou morales, tout en instituant le plafonnement des dépenses électorales. Face à la révélation d'affaires révélant la persistance de pratiques frauduleuses en matière de financement des partis politiques et campagnes

responsables politiques. La promesse d'une « République démocratique exemplaire » est à l'origine d'un corpus juridique contraignant, constitué d'un système d'obligations – d'abstention et de déclaration (d'intérêts et de situation patrimoniale) – et de contrôle allant au-delà de simples principes de bonne conduite, vise les principaux responsables politiques.

Précédant les récentes lois du 15 septembre 2017 « pour la confiance dans la vie politique »⁷², les lois du 11 octobre 2013 sur « la transparence de la vie publique »⁷³ sont adoptées après la retentissante « affaire Cahuzac », et opèrent un tournant, à travers la mise en place d'un système de transparence destiné à vérifier l'évolution du patrimoine et des revenus. Inspirés notamment des travaux et propositions des Commissions dites « Sauvé »⁷⁴ et « Jospin »⁷⁵, ces textes importants du quinquennat de François Hollande, instituent un ensemble de principes et de moyens de prévention contre la fraude, la corruption et les atteintes à la probité. Les déclarations de patrimoine sont désormais rendues publiques, sur internet pour les membres de l'exécutif, à la préfecture pour les parlementaires nationaux et les principaux responsables d'exécutifs locaux. Si les règles établies par les lois de 2013 ont étendu le champ d'application de l'obligation d  clarative⁷⁶, les personnes concernées doivent aussi établir une déclaration d'intérêts ou, pour les membres du Parlement, une déclaration d'intérêts et d'activité. L'obligation de déclaration d'intérêts ne se pose pas

  lectorales, la loi du 29 janvier 1993 prescrit un plafonnement plus strict et une plus grande transparence (les comptes annuels des partis doivent faire figurer la liste des entreprises ayant accordé des aides ainsi que leur montant) en ce qui concerne les financements privés (dons de personnes morales) en faveur des candidats et des partis politiques. Le législateur ne s'est résolu à interdire les dons des entreprises privées aux partis politiques qu'avec la loi de 1995. En conséquence, d  s 1996, c'est auprès de l'état que les partis politiques puisent théoriquement leurs principales sources de financement. En 2003, le législateur se fait plus strict encore : seuls les partis dont les candidats ont obtenu chacun au moins 1 % des suffrages exprimés dans au moins cinquante circonscriptions peuvent bénéficier de l'argent public. La loi n   2017-286 du 6 mars 2017 tendant à renforcer les obligations comptables des partis politiques et des candidats prévoit l'obligation pour les candidats et les partis politiques de faire preuve de transparence à l'égard des emprunts contractés. Enfin, les lois du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique comportent un volet relatif au financement des partis politiques et des campagnes électorales. Le dispositif étend aux prêts l'interdiction pour un candidat, prévue par les dispositions de l'article L.52-8 du code électoral, de recevoir directement ou indirectement des dons d'une personne morale. Ce faisant, les candidats ne pourront plus contracter de prêts pour financer leurs campagnes électorales avec toute personne morale de droit français ou étranger, à l'exception des partis et groupements politiques ainsi que des établissements de crédit ou des sociétés de financement ayant leur siège social dans un état membre de l'Union européenne. La loi prévoit également de restreindre les emprunts consentis par des personnes physiques à une durée maximale de cinq ans. La loi fixe un cadre similaire aux prêts susceptibles d'être accordés aux partis et groupements politiques.

⁷² Voir A. Ramel et E. Humbert, « Lois pour la confiance dans la vie politique : continuité ou audace du législateur ? », *Le Courrier des maires*, n   315, septembre 2017, pp. 36-39.

⁷³ Voir Alexandra Aderno et alii, « Les lois relatives à la transparence de la vie publique », *Le Courrier des maires* | N   273 | Novembre 2013, pp. 2-15.

⁷⁴ Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêt dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, Paris, La Documentation française, 2011.

⁷⁵ Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *Pour un renouveau démocratique*, La Documentation française, 2012.

⁷⁶ Depuis l'entrée en vigueur de la loi organique n   2013-906 et la loi n   2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique, l'obligation déclarative concerne les membres du Gouvernement, les membres du Parlement, les représentants français au Parlement européen, des titulaires de fonctions exécutives locales ou des élus ayant délégation de signature, les collaborateurs de cabinets, les membres des autorités indépendantes, les titulaires d'emploi ou de fonctions à la décision du Gouvernement et nommés en conseil des ministres ainsi que les présidents et directeurs généraux d'un certain nombre de sociétés, entreprises, établissements et organismes sur lesquels l'état exerce un contrôle total ou partiel.

dans les mêmes termes pour les diverses catégories de responsables politiques. D'un côté, parmi les élus : les députés, les sénateurs, les députés européens et certains élus locaux⁷⁷ sont soumis à cette obligation de déclaration d'intérêts. De l'autre, au sein de l'exécutif, seuls les membres du gouvernement sont assujettis à cette obligation : le président de la République échappe au dispositif de contrôle, une incongruité au sein d'un régime à tendance présidentialiste où le pouvoir politique est concentré *de facto* à l'Élysée. Enfin, dans cette zone grise de l'appareil politico-administratif de l'État où la question du brouillage entre intérêt public et privé se pose parfois avec acuité, les membres des cabinets ministériels, les collaborateurs du président de la République, du président de l'Assemblée nationale et du président du Sénat, les membres des autorités administratives et publiques indépendantes ainsi que toute autre personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du gouvernement sont également assujettis à l'obligation de déclaration d'intérêts.

Avant 2013, c'est une autre notion sous-jacente qui préexistait : celle d'impartialité. On sanctionnait *a posteriori* la prise illégale d'intérêts. Avec les lois de 2013, on passe à un mécanisme préventif. On somme l'homme politique de s'abstenir de fauter et d'anticiper tout conflit d'intérêts. Défini par l'article 2 de la Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 comme « *une situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* », la notion de conflit d'intérêts – qui était appréhendée essentiellement sous sa dimension répressive (article 432-12 du Code pénal) – est désormais consacrée explicitement, dans un sens relativement large. En retenant le terme d'interférence, le législateur a voulu prévenir toutes les situations où les personnes exerçant un mandat électif, une fonction publique ou plus largement une mission de service public seraient influencées par d'autres intérêts que ceux visant la satisfaction de l'intérêt général. La loi vise d'ailleurs toute situation où l'interférence entre deux intérêts publics pourrait empêcher l'exercice indépendant, objectif et impartial d'une fonction. La définition inclut l'hypothèse d'un conflit d'intérêts « public-public », rare dans la plupart des systèmes juridiques des États de droit démocratiques.

Après une campagne présidentielle fortement marquée par l'« affaire Fillon », le quinquennat de la présidence d'Emmanuel Macron s'est ouvert par l'adoption des lois organique et ordinaire (du 15 septembre 2017) « pour la confiance dans la vie politique » (différent de l'intitulé initial : « *loi de moralisation de la vie publique* » voulu par le Garde des Sceaux de l'époque François Bayrou). Mues par une volonté de franchir une étape dans le mouvement de moralisation-juridicisation de la vie politique, ces lois s'articulent autour de trois axes : l'exercice du mandat parlementaire, le renforcement des règles de probité des acteurs publics et le financement de la vie

⁷⁷ S'agissant des exécutifs locaux, sont soumis à l'obligation de déclaration le président du conseil régional, le président du conseil général, les maires des communes de plus de 20000 habitants, les présidents élus d'un EPCI dont la population excède 20000 habitants ou dont le montant des recettes de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros. En ce qui concerne les autres élus locaux, les conseillers régionaux, les conseillers généraux, les adjoints aux maires des communes de plus de plus de 100000 habitants et les vice-présidents des EPCI de plus de 100000 habitants et du conseil de la métropole de Lyon sont soumis à une obligation de déclarations lorsqu'ils sont titulaires d'une délégation de signature de leurs exécutifs respectifs.

politique. Elles sont complétées par un décret du 14 juin 2017 relatif aux collaborateurs du président de la République et des membres du gouvernement. Toutefois, en dépit de la forte médiatisation dont elles ont fait l'objet depuis leur conception jusqu'à leur signature, ces dernières lois ne comportent guère d'avancées substantielles. La valeur ajoutée de ces textes sur le terrain de l'exemplarité et de l'éthique publiques est toute relative. En témoignent le cas de l'indemnité représentative des frais de mandat (IRFM) et celui de la réserve parlementaire.

Enfin, l'exigence de probité ou de vertu ne saurait exister en l'absence d'un « contrôleur » pour en assurer le respect⁷⁸. Le corpus de règles encadrant la vie politique est complété par un véritable système d'organes compétent en la matière. Outre la création d'organes chargés de la déontologie dans les assemblées (en particulier la fonction de déontologue à l'Assemblée nationale), aux côtés de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, le dispositif institutionnel – sans que celui-ci relève d'un quelconque système de liaison ou de coopération formelle – repose sur la HATVP, créée par la loi du 11 octobre 2013. Le respect des obligations des responsables publics (dignité, probité et intégrité) est contrôlé par les citoyens eux-mêmes – en leur qualité de lanceur d'alerte – et par des organes spécialisés, dont une nouvelle AAI régulatrice de la transparence dans la vie publique. Cette novation fonctionnelle et institutionnelle a été suivie par la création d'un parquet national financier et d'une Agence française anticorruption (loi Sapin 2 de 2016) qui viennent compléter le travail du Pôle financier de Paris (équipe spécialisée de magistrats, d'assistants et d'auxiliaires de justice se consacrant à la lutte contre la corruption). La coopération avec l'administration fiscale est l'une des pierres angulaires de ce système d'organe, car elle est indispensable pour assurer l'efficacité des contrôles⁷⁹.

Aux termes de la loi du 11 octobre 2013, la réception, la vérification, le contrôle et la publicité de ces déclarations n'incombent plus à la Commission pour la transparence financière de la vie politique, mais à la HATVP. Celle-ci contrôle le patrimoine et les conflits d'intérêts éventuels des membres du gouvernement, des élus et des hauts fonctionnaires après leur nomination, mais aussi avant leur nomination. La Haute Autorité est désormais chargée de publier un avis sur l'évolution du patrimoine du président de la République entre le début et la fin de son mandat.

La transmission de la déclaration de patrimoine des parlementaires et des membres du gouvernement à l'administration fiscale, qui envoie en retour tout élément complémentaire utile, permet à la HATVP d'en évaluer la sincérité. Elle peut également demander au membre du gouvernement, à l'élu local ou au titulaire des fonctions visées à l'article 11 de la loi ordinaire communication de ses déclarations d'impôt et celles du conjoint séparé de biens, du partenaire de PACS ou du concubin. A défaut de

⁷⁸ Alain, 1985 : 214.

⁷⁹ Habilitation est donnée aux agents de la Haute Autorité pour accéder directement à certaines applications de l'administration fiscale. Doter à terme la Haute Autorité d'un droit de communication autonome pour obtenir directement des actes notariés ou des extraits cadastraux sans avoir à passer par le fisc, permettrait de lui donner plus d'autonomie. Avec la création d'un procureur financier et d'un service de police spécialisé dans la répression de la corruption.

communication dans un délai de deux mois, elle peut demander à l'administration fiscale copie de ces déclarations, laquelle doit les lui transmettre dans les 30 jours. Lorsque des incohérences persistent, la HATVP peut faire usage de son pouvoir d'injonction afin de contraindre l'intéressé à compléter sa déclaration.

L'efficacité du mécanisme de contrôle des déclarations de situation patrimoniale et d'intérêts (les deux types de déclaration ne sont pas régis par les mêmes règles de publicité) assuré par la HATVP s'est déjà vérifiée. Après examen des déclarations de patrimoine des responsables politiques concernés, la HATVP peut formuler des « appréciations » signalant des « lacunes » sur les documents fournis par des parlementaires et membres du gouvernement. Elle peut estimer en outre qu'il existe, au regard des éléments dont elle a eu connaissance, un doute sérieux quant à l'exhaustivité, l'exactitude et la sincérité de la déclaration de situation patrimoniale. Le dossier des personnes concernées est alors transmis au procureur de la République de Paris.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013, la HATVP peut émettre des observations sur les variations de patrimoine des parlementaires et des membres du gouvernement... mais pas sur celles du président de la République. La loi organique de septembre 2017 y remédie en étendant les prérogatives de la HATVP à la possibilité d'émettre un avis public sur l'évolution du patrimoine du président de la République⁸⁰.

Les sanctions – y compris pénales – sont prévues et renforcées le cas échéant en cas de non-dépôt de la déclaration de patrimoine ou de la déclaration d'intérêts ; de déclaration omettant une partie substantielle du patrimoine ou des intérêts ; de transmission d'une évaluation mensongère du patrimoine... C'est en particulier lorsque la HATVP estime que les explications fournies par les personnes concernées, relatives à l'augmentation de leur patrimoine, ne sont pas suffisantes ou claires, qu'elle publie un rapport spécial assorti des observations de l'intéressé au Journal officiel et qu'elle transmet le dossier au parquet. L'objectif poursuivi par les lois est uniquement de rechercher si les personnes visées par l'obligation de déclaration se sont servies de leurs fonctions publiques pour s'enrichir de façon indue.

L'inflation normative en la matière ne saurait renouer seule la confiance des citoyens, prévenir ni sanctionner toute atteinte à la probité et à l'intégrité. En cela, l'exemplarité s'inscrit aussi dans une perspective métajuridique. L'exemplarité politique n'est pas qu'une affaire de règles, de techniques, de procédures et de sanctions juridiques, elle relève d'abord d'une éthique et d'une culture civique se situant aux confins du droit et du non-droit.

⁸⁰ Pour que cette nouvelle possibilité ne vienne pas altérer la sincérité de l'élection présidentielle, le délai de remise de la déclaration de patrimoine de fin de mandat du président de la République est avancé. Il passe ainsi de deux mois au plus tôt et un mois au plus tard avant le jour de la fin du mandat à six mois au plus tôt et cinq mois au plus tard. La HATVP aura trente jours à la suite de ce dépôt pour publier son avis.

3. Limites du droit et intérêt de l'éthique en matière d'exemplarité politique

La foi absolue dans la transparence et le développement d'une politique publique contre la corruption fondée sur la transparence (et le libre accès à certaines informations) peuvent s'avérer contre-productifs. Plus largement, il convient de reconnaître les limites intrinsèques de l'entreprise de juridicisation des activités, comportements et pratiques des responsables politiques. Si les hypothèses de « corruption politique » correspondent à l'ensemble des faits pénalement répréhensibles en tant qu' « *abus de pouvoir d'une fonction publique aux fins d'un [avantage ou] profit privé* »⁸¹, il existe des situations ou actes qui correspondent à une « corruption grise », pour laquelle aucune norme juridique n'existe forcément ou pour laquelle les appréciations peuvent diverger. Les pratiques « déviantes » et les méthodes de corruption s'adaptent aux nouvelles normes et aux nouveaux instruments de contrôle pour mieux les contourner. Faut-il toujours considérer le droit positif – autrement dit, en dernière analyse, un ordre global de contrôle et de contrainte – comme le lieu approprié de la consécration des orientations éthiques ?

Au-delà du légalisme et du respect formel du cadre juridique existant, les responsables politiques doivent être animés par une éthique (de l'action) publique, laquelle suppose le sentiment et la conviction d'être responsable devant les autres de sa propre action dans la sphère publique. Or il est plus aisé d'adopter ou de changer les lois que d'intégrer cette exigence éthique et de changer de culture politique. L'amélioration nécessaire des dispositifs de contrôle ne saurait remplacer une culture déontologique de l'intégrité, nécessaire à la consolidation et à la rénovation de notre contrat social.

⁸¹ Commission européenne, *EU anti-corruption report*, COM (2014) 38 final, 3 février 2014. V. déjà S. NYE, « Corruption and political development: a cost-benefit analysis », *The American Political Science Review*, Vol. 56, n° 2, pp. 417-428.

Cabinet d'avocats à Paris, Lysias Partners (<https://www.lysias-avocats.com/>) est une structure professionnelle fondée par **Maître Jean-Pierre MIGNARD**. Son équipe a une pratique reconnue dans les domaines suivants :

- * Droit pénal des affaires et régulation
- * Contentieux international
- * Droit numérique et des médias
- * Droit constitutionnel, public et environnemental.

Le cabinet est anglophone.

Le cabinet est constitué d'une équipe pluridisciplinaire de très haut niveau toujours à votre écoute : avocats au barreau de Paris, docteurs et agrégés en droit, maîtres de conférences dans les Facultés de droit ou dans les Instituts d'Etudes Politiques. Ses membres publient régulièrement ouvrages et cahiers et délivrent également des formations en droit du numérique et droit de la presse.

Lysias Partners offre son expertise de haut niveau et sa polyvalence.

Avocats Associés :

- **Jean-Pierre MIGNARD**, associé fondateur, avocat au barreau de Paris, Docteur en droit pénal, Panthéon Sorbonne, maître de conférences à Sciences Po Paris, spécialisé en droit pénal des affaires, *ethics and compliance*, droit pénal international, droit de l'environnement et du climat, droit du numérique et de l'IA. Il est ancien membre du Comité Consultatif National d'Ethique.
- **Pierre-Emmanuel BLARD**, associé, avocat au barreau de Paris, maître de conférences à Sciences Po Paris, apporte son expertise depuis 2010 en droit pénal dont le droit des personnes et le droit pénal des affaires, ainsi qu'en droit de la communication (presse et numérique) et en contentieux international.

Avocat collaborateur :

- **Imrane GHERMI**, collaborateur, avocat au Barreau de Paris, apporte son expertise en contentieux civil et commercial. Il intervient également en droit pénal ainsi qu'en droit de la communication (presse et numérique). Il est titulaire d'un Master 2 en Droit des affaires de l'Université UPEC-Paris XII et diplômé de Math Sup.

Professeurs universitaires et consultants indépendants :

- **Julien BETAILLE**, consultant, est Docteur en droit public et maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole. Spécialisé en droit constitutionnel, droit administratif, droit de l'urbanisme et droit de l'environnement, il enseigne ces matières à l'Université Toulouse 1 Capitole.
- **Manuel CHASTAGNARET**, consultant, est Maître de Conférences à l'Université Aix-Marseille (enseignant dans le cadre du Magistère Droit et Fiscalité de l'Entreprise et du Master II Droit Fiscal), membre du Centre d'Études Fiscales et Financières de l'Université Aix-Marseille et de la Société Française de Finances Publiques.
- **Luca d'AMBROSIO**, Docteur en droit, est avocat au barreau de Rome. Il apporte son expertise en droit pénal des affaires et de l'Union Européenne, en éthique et conformité ainsi qu'en droit économique de l'environnement.
- **Sébastien DENAJA**, consultant, est Docteur en droit public, maître de conférences à la faculté de droit de Toulouse, ancien député de l'Hérault.
- **Pascale IDOUX**, consultante, est Professeur de droit public à l'Université de Montpellier et y codirige un magistère de droit public des affaires, spécialisée en droit public économique, en droit des procédures administratives et en droit des communications électroniques.
- **Grégory KALFLECHE**, consultant, est Professeur agrégé de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole, spécialiste en droit de l'urbanisme (manuel aux Presses universitaires de France) et en droit de la commande publique, directeur du Master 2 droit public général et du MBA Juriste commande publique, directeur de l'Institut Maurice Hauriou.
- **Xavier MAGNON**, consultant, est Professeur agrégé de droit public à l'Université Toulouse I Capitole et enseigne le droit constitutionnel, les libertés fondamentales et la théorie du droit.
- **Francesco MARTUCCI**, consultant, est Professeur agrégé de Droit public. Il apporte son expertise comme consultant de la société Lysias Partners sur les questions de droit de l'Union européenne et de Finances publiques.
- **Maurice KAMTO**, consultant, est avocat au barreau de Paris, Professeur agrégé de droit public, ancien Ministre délégué à la justice du Cameroun, membre de la société française de droit international et de la commission de droit international des Nations Unies. Il intervient dans des dossiers d'arbitrage international.

- **Maurice KAMTO**, consultant, est Professeur agrégé de droit public, ancien Ministre délégué à la justice du Cameroun, membre de la société française de droit international et membre de la commission de droit international des Nations Unies. Il intervient dans des dossiers d'arbitrage international.
- **Beligh NABLI**, consultant, est Professeur de droit public à l'UPEC-Paris XII et enseignant à l'Ecole des Mines de Paris. Il apporte son expertise en droit public, droit européen et droit international.

OMONIA PARTNERS – Groupement d'Intérêt Economique (GIE) :

En partenariat avec le cabinet d'avocats SYGNA PARTNERS

DIKAIOMA – Groupement transnational d'avocats :

- **Panagiotis CHRISTOPOULOS**, *Avocat au barreau d'Athènes*
- **Luca d'AMBROSIO**, *Avocat au barreau de Rome*

Lysias Partners s'attache à la construction de relations de partenariats solides et durables avec ses clients.

Liste des Cahiers Lysias parus

- [Discours de Me Jean-Pierre Mignard au « Legal Business Forum 2023 » d'Alger](#)
- [La loi Sapin II – Prolégomènes d'une justice négocié](#)
- [Intelligence Artificielle, un nouvel horizon](#)
- [Les enjeux de la compensation écologique](#)
- [Climats et numérique, droits humains et économie - L'indispensable résilience de l'Afrique](#)
- [Le droit des drones](#)
- Géopolitique du droit : l'Europe face au repli national

Ethique & affaires

Janvier 2024 ©

LES CAHIERS LYSIAS SOCIETE D'EDITION ELECTRONIQUE

Société à responsabilité limitée au capital de 100,00 €

Siège social :

20, quai de la Mégisserie

75001 Paris

532 825 114 R.C.S. Paris

Directeur de la publication : Bélih NABLI

www.lysias-avocats.com