

**Séminaire
Vie des Affaires**

*organisé grâce aux parrains
de l'École de Paris :*

Accenture
Air Liquide*
Algoé**
ANRT
AtoFina
Caisse des Dépôts et Consignations
Caisse Nationale des Caisses
d'Épargne et de Prévoyance
CEA
Centre de Recherche en gestion
de l'École polytechnique
Chambre de Commerce
et d'Industrie de Paris
Chambre de Commerce et d'Industrie
de Reims et d'Épernay***
CNRS
Cogema
Conseil Supérieur de l'Ordre
des Experts Comptables
Danone
Deloitte & Touche
École des mines de Paris
EDF & GDF
Entreprise et Personnel
Fondation Charles Léopold Mayer
pour le Progrès de l'Homme
FVA Management
IBM
IDRH
IdVectoR*
Lafarge
PSA Peugeot Citroën
Reims Management School
Renault
Royal Canin
Saint-Gobain
SNCF
Socomine*
THALES
TotalFinaElf
Usinor

*pour le séminaire
Ressources Technologiques et Innovation
**pour le séminaire Vie des Affaires
***pour le séminaire
Entrepreneurs, Villes et Territoires

(liste au 1^{er} avril 2002)

**REGARD D'UN JUGE
SUR LA VIE DES AFFAIRES**

par

Alain PRACHE

Sous-directeur des affaires juridiques
du ministère de l'Équipement

Séance du 31 mars 2000

Compte rendu rédigé par Sylvie Chevrier

En bref

Le droit est souvent transgressé dans la vie des affaires y compris dans l'Administration. Une minorité d'agents publics mis en cause commettent à dessein des actes frauduleux, mais la plupart se placent hors la loi sans en avoir conscience, animés par un souci d'efficacité. Le respect des règles irait-il à l'encontre de l'efficacité ? Il n'en est rien pour Alain Prache qui soutient au contraire qu'une meilleure connaissance des règles et de ses responsabilités permet au décideur public de gagner en professionnalisme et d'éviter les catastrophes. Sensibilisation et pédagogie sont les maîtres mots de la démarche de progrès entreprise au ministère de l'Équipement pour faire évoluer les pratiques des acteurs exposés aux risques judiciaires.

*L'Association des Amis de l'École de Paris du Management organise des débats et en diffuse
des comptes rendus ; les idées restant de la seule responsabilité de leurs auteurs.
Elle peut également diffuser les commentaires que suscitent ces documents.*

EXPOSÉ d'Alain PRACHE

Mon témoignage découle d'une idée simpliste : pas de certitudes mais quelques solides convictions. Comme je me plais à le répéter à mes jeunes collègues, un juge d'instruction est un technicien du doute et le premier doute qui doit l'animer est un doute par rapport à lui-même.

Service public d'abord

Je suis un travailleur immigré et saisonnier au ministère de l'Équipement ; j'y suis détaché dans le corps des Administrateurs civils depuis cinq ans et j'ai la charge de la sous-direction des Affaires juridiques. Ma mission est d'animer la fonction juridique au sein du ministère, c'est une mission de conseil, d'assistance, de gestion de contentieux s'inscrivant dans une démarche de progrès. Auparavant et pendant onze ans, j'ai servi en juridiction à Boulogne-sur-Mer puis à Nanterre comme juge d'instruction, assesseur puis président de formations correctionnelles et de cour d'assises. J'avais à Nanterre un cabinet spécialisé dans les affaires criminelles, la lutte contre les organisations criminelles et les infractions financières liées (blanchiment d'argent et corruption). Avant l'École nationale de la magistrature, j'étais fonctionnaire de police, officier d'une compagnie républicaine de sécurité (j'ai commandé une CRS) et commissaire de police. Je suis tombé dans la marmite des valeurs de la République et du service public quand j'étais petit... Mon action s'inscrit aujourd'hui dans cette perspective.

La sécurité juridique

Que peut-on faire pour progresser dans le champ de la sécurité juridique ? Celle-ci recouvre deux définitions très différentes. La première, héritée du droit communautaire et entrée en droit français à la suite d'une décision du Conseil constitutionnel de décembre 1998, peut être ainsi résumée : relative permanence de la règle, lisibilité de celle-ci, et absence d'effets rétroactifs en cas de modification de cette règle. En d'autres termes, il s'agit d'éviter les aléas normatifs qui créent un climat d'insécurité juridique. Cette approche de la sécurité juridique dans les services de l'État est surtout celle de l'administration centrale.

La seconde approche est illustrée par la formule suivante : “ *si l'on veut faire la guerre, essayons de la gagner* ”. Pour les agents des ministères opérationnels, cela signifie avoir une démarche professionnelle et rigoureuse qui consiste, pour toutes les opérations, à identifier les règles juridiques qui s'y appliquent et, ceci étant fait, à déployer leur énergie non pas à contourner la règle mais à la respecter. Si le litige survient, peut-être auront-ils alors des arguments qui permettront de le régler facilement et d'éviter le recours au juge.

Toutes les opérations sont concernées car l'idée que l'on pourrait bénéficier de vides juridiques n'est pas sérieuse dans une société démocratique fortement développée. En outre, la question n'est pas tant un problème de vide juridique qu'un problème de conflits éventuels ou de manque de lisibilité des textes. Ce point a été développé, voilà trois ans, par le chef de l'État lors de la cérémonie des vœux pendant laquelle il a fixé un objectif de codification tous azimuts pour garantir la permanence, la lisibilité, et l'accessibilité des textes.

Des progrès à faire

En travaillant sur la sécurité des opérations, on améliore la sécurité des acteurs publics auxquels on demande des comptes. Soulignons que les décideurs publics sont les

derniers atteints, bien après les chefs d'entreprises privées dont certains ont été placés en détention provisoire suite à des accidents mortels de travail. Depuis trente ans, le secteur privé a beaucoup progressé dans la prise en compte des règles de droit en développant notamment la culture du conseil juridique en amont des opérations. Le secteur public, à l'exception des ministères en charge de la force publique et de la sécurité civile, en est aux balbutiements. Dans l'Administration, le juriste est soit celui qui produit les normes, soit celui qui intervient tel un pompier lorsque le contentieux est déjà là. Culturellement, l'agent appelle le pompier le plus tard possible sans l'informer de la localisation précise et la nature exacte du sinistre... C'est pourquoi j'insiste sur la nécessité de vendre la fonction conseil le plus en amont possible. Aujourd'hui le juriste est trop souvent un technicien du contentieux qui ne peut rien dire d'autre que "*tu ne pouvais pas faire ça !*". Ce qui ne donne pas envie de le revoir... et le cercle vicieux s'installe. Le juriste qui gère le contentieux doit aussi être un conseiller en amont.

L'efficacité et la règle

Dans les ministères opérationnels, on prône l'efficacité sans toutefois donner à ce dernier terme le sens fourni par le dictionnaire. Est-ce être efficace que de terminer un chantier dans les délais, même si le contentieux qui survient après coûte trois fois le prix de l'opération ? En outre, cette culture de l'efficacité, conduit souvent tout droit à celle de l'arrangement.

Durant mes premiers mois de présence au ministère dans les instances territoriales, j'ai noté que l'expression fréquente est : "*on va s'arranger*". Qu'il s'agisse de délais d'obtention de permis de construire ou de la conduite de chantiers, il était question de s'arranger. L'arrangement est prévu par la règle : les circulaires "Balladur" de 1995 organisent la transaction. Il faut, par exemple, que l'État soit fautif pour engager une transaction. Et pourtant, pour satisfaire le bénéficiaire ou le client, des transactions sont proposées alors qu'à l'évidence l'État ne saurait être mis en cause. Sans même parler des formes pathologiques les plus aiguës de la culture de l'arrangement qui prennent la forme de délits intentionnels.

Séparation des pouvoirs et des autorités

Ce qui est frappant parmi la population des agents publics, c'est l'inculture citoyenne. Par exemple, à l'École nationale des ponts et chaussées comme à l'École nationale des travaux publics de l'État, la population des ingénieurs ignore souvent tout du fonctionnement de l'État et de la nation dans laquelle elle est appelée à jouer un rôle : la séparation des pouvoirs et des autorités comme élément fondamental de la démocratie ainsi que l'identification des pouvoirs exécutif, législatif et de l'autorité judiciaire. Connaître ces principes de base est fondamental pour ces hussards de la République. Cela leur éviterait de poser la question que posent inévitablement les agents du ministère de l'Équipement, tous grades et corps confondus : "*qui suis-je ? quel est mon domicile ? quel pourrait être mon devenir ?*".

Le fonctionnaire de l'État a pour credo l'intérêt général et le bien public. Sa mission est d'exécuter les ordres légaux du gouvernement légal de la République. Depuis Napoléon, le principe fondamental de l'administration de la République est la pyramide hiérarchique ; tout agent public a un chef. Cela participe au malentendu entre les décideurs et agents publics et leur juge qui, lui, n'a jamais de chef. La loi étant l'émanation de la souveraineté populaire, le devoir fondamental de l'agent public est de la respecter. Le juge, "bouche de la loi", s'assure de son application avec la marge d'interprétation que représente la jurisprudence. À ce propos, ne craignons pas le gouvernement des juges puisque le législateur a toujours le dernier mot. S'il estime que la jurisprudence s'écarte de l'esprit de la loi, il lui suffit de voter un nouveau texte pour remettre le juge sur les rails.

La responsabilité des fonctionnaires

Le mot même de responsabilité a pris un sens marqué au sein du corps social. Lorsqu'une équipe sportive gagne, personne ne demande qui est responsable de la victoire car toutes les mains se lèveraient, mais quand elle perd, on cherche le responsable de la défaite. Pourtant, être responsable, selon le Petit Robert, c'est d'abord décider ou participer à la décision et ensuite rendre des comptes, en particulier si ladite décision a débouché sur un dommage.

Rendre des comptes

Si le sens que l'on donne depuis quelques années au mot responsable est péjoratif, la signification fondamentale n'est peut-être pas là. Le décideur public ne doit surtout pas revendiquer une forme d'irresponsabilité mais au contraire revendiquer sa responsabilité, c'est-à-dire son espace de liberté. Je suis hostile à la discrimination positive qui consiste à demander, du fait de sa qualité de maire ou préfet par exemple, d'être exempté de rendre des comptes à un juge pénal en cas d'accident ou de catastrophe. Le préfet rappelle qu'il n'est pas dans la même situation que le chef d'entreprise ; en cas d'accident du travail, il semble légitime que l'on demande des comptes à ce dernier car il a le choix de ses collaborateurs et de ses moyens. Le préfet qui n'est pas libre de ces choix demanderait à être exclu de la responsabilité pénale. Cette exemption n'est pas légitime puisque la proposition de loi du sénateur Fauchon votée en mai 1996 sur les diligences normales tient compte de cette spécificité en exonérant celui qui a fait ce qu'il a pu avec les moyens dont il disposait.

Liberté et responsabilité

Dans la fonction publique territoriale, davantage que dans l'administration publique d'État, il y a un risque d'instrumentalisation de l'agent public ; le hussard de la République qu'il devrait être se mue en mercenaire. Dans un grand nombre d'affaires, des ordres illégaux et susceptibles de compromettre gravement un intérêt public ont pourtant été exécutés. La liberté implique la responsabilité. Toute démarche visant à échapper à la responsabilité représente un risque majeur. La zone de liberté est à géométrie variable selon la mission et la fonction ; il s'agit parfois d'appliquer simplement la règle sans réelle possibilité de réflexion. Cette zone de liberté sur le terrain n'est d'ailleurs pas liée au grade ou au corps. L'agent d'exploitation, autrefois appelé cantonnier, jouit d'un espace de liberté plus grand lorsqu'il est seul sur le bord de la route que son directeur départemental en réunion pour traiter d'un problème de logement social.

La question de la responsabilité des décideurs publics trouve son origine dans l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : “ *la société a droit de demander compte à tout agent public de son administration* ”. L'usager, citoyen, appelé autrefois l'assujetti par la direction générale des Impôts, est aujourd'hui le contribuable et sera peut-être demain le client avant de devenir le bénéficiaire ! Ce citoyen est exigeant ; même s'il ignore l'article 15, il entend le décliner. C'est souvent mal supporté par les agents publics, mais plutôt que de se plaindre de cette exigence, il convient de respecter l'esprit démocratique et de s'organiser pour répondre à cette légitime attente du corps social. Dans le champ de l'exécutif, la ligne hiérarchique et les corps d'inspection jouent ce rôle. Dans le champ législatif, ce sont les questions écrites ou orales au gouvernement, les débats parlementaires ou les commissions d'enquête. Dans le champ judiciaire, les juges sont au cœur de la question en tant qu'instruments du corps social pour obtenir des comptes.

Quatre régimes de responsabilité

L'article 15 déroule l'architecture en quatre régimes de responsabilité qui s'imposent à tous les agents publics sans exception. Le premier - la responsabilité civile et administrative - correspond à la réparation du dommage. Le juge administratif et le juge judiciaire statuant au civil y veillent. Le deuxième - la responsabilité disciplinaire - se définit par rapport aux règles et à l'organisation qui en découle. La ligne hiérarchique, le ministre et le juge administratif en sont les garants. Le troisième, qui touche l'agent public au même titre que tout citoyen, est celui de la responsabilité pénale. À l'exception de quelques ambassadeurs et du chef de l'État qui bénéficient d'une immunité actuellement débattue, l'immense majorité des résidents du territoire de la République sont assujettis à la responsabilité pénale selon un régime institué le 29 septembre 1870. Ce régime a succédé à un régime très protecteur pour l'agent public qui trouvait son origine dans la nécessité impérieuse de rétablir l'autorité de l'État et l'ordre et se traduisait par l'impossibilité de mise en cause pénale sans feu vert préalable du Conseil d'État. Ce dispositif a bien fonctionné et, par un mouvement de balancier dont l'histoire est coutumière, l'agent public est revenu dans le lot commun en 1870. La responsabilité pénale, pour être correctement appréhendée, doit être mesurée d'abord et avant tout à l'aune du compte à rendre, avant de raisonner sur l'éventuelle déclaration de culpabilité et sa conséquence : la sanction. Pourtant, dans les esprits et les médias, les deux phases se mélangent. C'est le juge judiciaire statuant au pénal qui est en charge du régime pénal. Enfin, le quatrième régime est celui de la responsabilité financière ; il s'agit de connaître l'usage qu'il est fait des deniers publics. Ce régime concerne la Cour des comptes, les Chambres régionales des comptes et la Cour de discipline budgétaire et financière. Les trois derniers régimes sont clairement des régimes de responsabilité personnelle sans substitution de la collectivité publique à l'acteur public.

Le régime de la responsabilité civile et administrative est celui qui pèse le plus lourd au ministère de l'Équipement. Certains contentieux, au nom de la pseudo efficacité, pourraient dépasser la capacité budgétaire du ministère. En ce qui concerne le disciplinaire, la loi de la République est précise. S'il apparaît naturel au plus grand nombre que le salarié du privé ait connaissance de son contrat de travail, il apparaît tout aussi naturel au fonctionnaire de l'État de ne pas être en possession de la loi portant droits et obligations ! On ne distribue pas le statut général dans les écoles de cadres de la République à de rares exceptions près. Parfois il n'y a pas non plus dans le programme une seule heure consacrée à sa présentation.

Les quatre régimes de responsabilité sont indépendants les uns des autres, ce qui signifie que l'on peut être appelé à concourir dans trois catégories en même temps pour un même fait. C'est l'exemple du contrôleur des travaux publics de l'État qui signe les bons de commande à la place du maire, ce qui est interdit. Il se situe en position de gestion ou comptabilité de fait, ce qui lui vaut d'être épinglé par le juge financier. Il peut être épinglé par le procureur de la République sur le terrain pénal pour escroquerie ou autre. Et il le sera aussi, évidemment, sur le terrain disciplinaire puisqu'il n'a pas respecté les règles de fonctionnement du service.

La responsabilité pénale

Au ministère, nous sommes engagés dans un plan ministériel visant une meilleure sécurité juridique depuis 1996.

La loi avant la déontologie

Nous avons commis un guide sur la responsabilité et la déontologie et sommes engagés dans la refondation de l'ingénierie publique et donc de sa déontologie. Certains souhaiteraient que ce corps de règles qu'une profession se donne soit premier par

rapport aux lois de la République, alors qu'il ne peut être que second. La loi étant respectée, on peut débattre du fait que l'usager doit être au centre de notre profession, de ce qu'on ne saurait être totalement aux ordres d'un maître d'ouvrage qui veut réaliser un giratoire dangereux pour l'usager, etc.

Le catalogue du droit pénal

Le droit pénal est un droit correctif. L'immense majorité des fonctionnaires a été nourrie essentiellement au sein du droit public qui constitue un droit facilitateur. Le hiatus est majeur avec le droit correctif ; on ne peut imaginer "discuter" avec le droit pénal. Pour caricaturer, le droit administratif évolue vers une plus grande protection de l'administré par rapport à l'Administration, le droit civil glisse vers l'indemnisation presque systématique des dommages même sans faute, le droit pénal est un catalogue de produits dangereux pour le corps social et donc assortis d'un tarif. L'agent public, sans doute par perte de repères, pensait que le droit pénal ne lui était pas opposable sauf cas caractérisés de détournement intentionnel de fonds...

Le fonctionnaire et l'exhibitionniste

Certes, le droit pénal s'adresse d'abord aux voyous et quand un cadre fonctionnaire est assis dans la salle d'attente d'un juge d'instruction entre un exhibitionniste qui fait la sortie des maternelles, un escroc à la petite semaine et un mari violent et qu'il croise en entrant dans le bureau du juge un individu entravé et sous escorte armée, il se demande ce qu'il fait là. Ce droit repose sur le fait que l'on a volontairement enfreint la loi. Il y a là de mon point de vue une réelle question. Le fait d'avoir été inattentif, distrait, maladroit, ce qui a conduit à un accident, mérite-t-il vraiment d'aller dans le champ pénal ? Est-ce comparable avec l'acte volontaire de vol ? On peut d'autant plus se poser la question que ce champ est entré dans le domaine pénal en 1792 sans qu'il y ait un véritable débat sur la nature des faits mais parce qu'on organisait en faisant des lots. L'outil pénal est-il adapté à certaines fautes ? Ne faudrait-il pas arrêter le tout pénal ? Ne peut-on imaginer d'autre réponse à un manquement que la sanction pénale ? De même que trop d'impôt tue l'impôt, trop de pénal est en train de tuer le pénal. Or, tuer le pénal, c'est tuer l'outil qui permet de protéger le corps social. Je reprends à mon compte la formule de Régis Debray¹ : " *le droit est le seul rempart du faible face au fort* ".

Le pénal est pavé de bonnes intentions

L'une des difficultés s'articule autour de la notion d'intention qui correspond à la volonté de commettre une infraction. Cette notion étant mal comprise puisque des délits non intentionnels conduisent tout de même au pénal, on privilégie le mobile, c'est-à-dire le motif. C'est une question omniprésente dans la commande publique avec le délit d'octroi d'avantages injustifiés, délit dit de favoritisme. On m'explique toutes les semaines que l'on a pratiqué le localisme pour la bonne cause et qu'on ne saurait se voir reprocher une infraction pénale intentionnelle : " *C'est un accident, ce n'est pas la même démarche que le voyou* ". Si ! Le législateur en a décidé autrement, mais la confusion est dans les esprits et pas seulement ceux des agents publics. On peut faire deux lots distinguant l'intentionnel et le non intentionnel. Sur le non intentionnel, on peut rester calé sur les accidents et au pire les catastrophes. L'intentionnel comprend les manquements à l'administration publique commis par les personnes exerçant une fonction publique - les traîtres - ; il s'agit des abus d'autorité et des manquements au devoir de probité. L'intentionnel recouvre aussi les atteintes à la confiance publique.

¹ Régis Debray, *La République expliquée à ma fille*, Point Seuil, 1998.

Le citoyen se plaint

Au ministère de l'Équipement, nous avons eu en 1999, deux cent trente-trois mises en cause pénales identifiées avec demande d'assistance, ce qui signifie qu'il y en a bien davantage... Un tiers d'entre elles ont lieu à la suite d'accidents et deux tiers relèvent de l'intentionnel. Le nombre de mises en cause pénales ne cesse de croître tandis que le nombre de condamnations ne cesse de décroître. Les mises en cause pénales sur le champ non intentionnel sont dans 90 % des cas la conséquence de la seule démarche de citoyens, usagers, qui contournent le procureur de la République et saisissent directement le juge : citation directe devant le tribunal correctionnel et plainte avec constitution de partie civile entre les mains du doyen des juges d'instruction. À Paris, en 1976, les juges spécialisés dans ce secteur étaient saisis dans 80 % des cas par le procureur de la République, itinéraire naturel, et dans 20 % par la démarche directe du justiciable (plainte avec constitution de partie civile). Vingt ans plus tard, c'est l'inverse. Bien faire la séparation entre mise en cause et résultat de cette mise en cause. Sur le champ intentionnel, les mises en cause continuent de croître, tout comme les condamnations. Les affaires anciennes, prescrites, vont progressivement disparaître mais les affaires récentes sont préoccupantes. Si malgré les efforts de formation et de professionnalisation de l'inspection générale, ce qui donne un signal clair, des agents n'acceptent pas le principe initial selon lequel leur devoir est d'abord de respecter et de faire respecter les lois de la République, c'est le signe d'une profonde crise du corps social.

Manque de professionnalisme

Dans le champ des infractions intentionnelles, il faut distinguer le manque de professionnalisme et de rigueur (75 % des mises en cause) et la zone pathologique. On peut l'illustrer : marché public comprenant trois phases distinctes, conception d'un produit, réalisation et maintenance. Il est évident a priori que celui qui est retenu pour la conception est mieux placé sur la phase II voire la phase III, donc il faut être prudent. Au lieu de faire attention, l'équipe choisie est hébergée au sein du service sans que cela ait été formalisé en amont. Par souci d'osmose entre l'équipe retenue et celle du service pour que le produit conçu réponde bien à la commande du maître d'ouvrage, des transferts peuvent avoir lieu. De ce fait, lorsque l'on aborde la phase II, il existe un problème d'égalité des candidats, qui certes préexistait, mais que l'on a considérablement aggravé par un manque de rigueur professionnelle.

Zones à risques

Autre exemple. Les contrôleurs des transports terrestres peuvent être confrontés à la situation suivante : un semi-remorque est arrêté pour un contrôle et le chauffeur remet les papiers du véhicule en y glissant un billet. C'est clairement une zone à risques ! Certains pourraient réagir méchamment en rendant le billet et en renforçant l'intensité du contrôle, d'autres sans rendre le billet, d'autres enfin déclarer : " *c'est tout !* ". Sur ce champ, en aval, l'action est simple, c'est la sanction. Mais il est plus important d'agir en amont, ce qui signifie former et sensibiliser le personnel, mettre en place un contrôle hiérarchique interne et éviter le travail en solo. La confiance est indispensable au bon fonctionnement d'un service, mais elle n'exclut jamais le contrôle. Il existe aussi une zone à risques sur les faux. Dans le cadre des commandes publiques, c'est la fausse certification de services faits. On mélange deux choses : le principe de l'annualité budgétaire et la situation de négociation. Si on n'a pas consommé ce qu'on avait et qu'on demande davantage de budget, la réponse est inmanquablement et logiquement négative. Donc, le 15 novembre, on se met d'accord avec le fournisseur pour qu'il nous ménage un avoir et l'on certifie un service fait alors qu'il n'est pas exécuté. Là commencent les scénarios catastrophe : celui avec qui l'on a traité dépose son bilan. Lorsque des fournisseurs cassent régulièrement les prix, il faut y regarder de près,

même si l'entrepreneur fait du bon travail... Les agents font dans ces affaires preuve de "naïveté" mais ne cherchent en aucune manière à obtenir un avantage personnel. Pourtant certaines de ces affaires peuvent déboucher sur des condamnations pénales. Ces documents mensongers correspondent à des compensations pour éviter les bordereaux supplémentaires et les avenants, parce que la ligne hiérarchique pourrait trouver à y redire. Mais la compensation entre chantiers débouche sur de fausses factures.

Dernier exemple : un beau chantier - maîtrise d'ouvrage du département pour une deux fois deux voies à la périphérie du chef-lieu - l'équipe a omis de prévoir des talus anti-bruits alors que la voie longe sur trois cents mètres une cité de transit. Les agents décident de faire de la compensation avec le groupement d'entreprises. Mais juste au-dessus de l'endroit où ils vont réaliser les talus se trouve une ligne à haute tension, ce qui appelle à une grande vigilance sur la sécurité. Selon un compte rendu de réunion de chantier, le subdivisionnaire est chargé de régler ce problème, mais il ne le fait pas. Un contrôleur voit un camion en action sous la ligne et s'inquiète. Il interpelle un salarié de l'entreprise et le somme de guider les conducteurs et de faire attention. Un court instant, le salarié en question, qui doit satisfaire un besoin naturel, s'éclipse. Un camion arrive, monte sur le talus, lève la benne, accroche un câble avec le bec de la benne et arrache le câble en descendant la benne. Le câble tombe dans des flaques d'eau alors que des enfants de la cité jouaient par là : un mort. C'est l'exemple type de l'absence de professionnalisme et de la nécessité d'agir en amont. L'un des vecteurs est sans doute la démarche qualité.

État de droit et droit de l'État

Mon propos ne vise pas à faire du juridisme. Comme l'écrit Norbert Rouland² : “ *Plus le droit s'amplifie et s'uniformise, plus la société se démocratise, plus l'État se civilise. Ces idées, cependant, présentent des risques, dont le principal résulte de l'identification du droit à l'État. Cette opération amène à ce que l'État de droit s'efface devant le droit de l'État* ”. L'État de droit est susceptible, par une déviance que l'on perçoit dans un certain nombre de circonstances, de se commuer en droit de l'État, ce qui revient presque à “ *la force prime le droit* ”. C'est peut-être ce qui explique le comportement de certains décideurs publics qui semblent estimer que le droit leur appartient ; il est d'abord conçu pour leur permettre de remplir leur mission et les protéger. Il y a là un problème démocratique de fond. Le droit se juge sur pièce. Il faut vérifier que le droit promu modifie effectivement les réalités dans le sens souhaité ; il ne suffit pas de prôner des valeurs. Le droit est autant un discours qu'une pratique ; il faut être vigilant sur les deux aspects.

² Norbert Rouland, *Aux confins du Droit*, Odile Jacob, 1991.

DÉBAT

La loi contre l'efficacité ?

Intervenant : *Votre exposé met en évidence le conflit entre la logique des commandes de l'État et celle de l'efficacité industrielle. La recherche d'efficacité incite les entreprises à développer une familiarité avec leurs fournisseurs, à récuser la différence entre maître d'ouvrage et maître d'œuvre, à développer des partenariats... ce qui semble aller à l'encontre de la loi.*

Alain Prache : Non, dans le cas que j'ai cité il suffisait de formaliser en amont, lors de l'appel d'offre, le dispositif concret que l'on allait mettre en place. La transparence permet ensuite de mettre en place des mécanismes de compensation de l'inégalité entre les candidats.

Int. : *Dans le secteur automobile, les études développaient les spécifications, un service achat consultait les fournisseurs et jugeait les offres à leur prix et à l'aune de leur conformité aux spécifications. Mais aujourd'hui, les compétences des fournisseurs sont telles qu'il est nécessaire de les intégrer dès la conception. Les procédures internes de passation des marchés ont été transformées de telle sorte que l'on dispose d'un système ouvert à différents cas de figure. Beaucoup d'entreprises privées externalisent 50 % à 70 % de leur production, elles sont donc confrontées aux problèmes de sécurité juridique, de passation des marchés, de corruption des acheteurs, etc. Observez-vous le fonctionnement de ces entreprises pour en tirer des enseignements ?*

A. P. : La comparaison avec les groupes privés reste modeste faute de moyens ; nous l'avons fait, par exemple, pour nourrir les débats sur la déontologie. Les jeux du pantouflage contribuent également au croisement d'expériences. Il reste que l'essentiel des problèmes du ministère ne se joue pas là.

Quant aux commandes publiques, les choses sont aujourd'hui très lisibles. La première référence est le Code des marchés français et la seconde l'approche par "conflits d'intérêts" des pays de *Common Law*. Dans la culture latine, le conflit d'intérêts n'est pas traité. Un collègue allemand nous a récemment déclaré : "vous êtes cartésiens donc vous n'êtes pas logiques" ! La question des cumuls de mandats est la démonstration parfaite de la non-prise en compte de l'hypothèse des conflits d'intérêts. Le raisonnement français a probablement été le suivant : "qui mieux que le maire connaît sa commune et a vocation à présider le conseil d'administration de l'hôpital, de l'Office HLM, etc. ?" Comme le disait Pierre Dac, quand les bornes sont franchies, il n'y a plus de limites ! Quand cela passe les bornes une fois, puis une seconde, on n'arrête plus les canaux de dérivation. C'est ce que l'on a observé pour le financement des campagnes des partis politiques.

Int. : *Au début de votre exposé, vous avez discuté de la notion d'efficacité en citant des cas où pour gagner trois sous, on perd des sommes folles en contentieux. Les cas où l'arbitrage se fait entre le confort personnel de l'individu et la loi sont également clairs. Il y a encore Socrate qui se résigne à mourir car il juge que le respect de la loi est plus important que la conviction de son innocence. Mais quand le chef de service d'un hôpital décide de laisser mourir des gens parce que la seule manière qu'il a de se procurer un équipement dont l'absence provoquera une augmentation de la mortalité dans son service, c'est de contourner d'une manière ou d'une autre les règles des marchés publics, l'intérêt général est-il le respect absolu du code des marchés publics ? Si l'on viole les règles, on a toutes les chances de se faire sanctionner et pourtant, tous les observateurs des organisations - non-juristes - constatent qu'une marge de manœuvre et du mou sont nécessaires à l'efficacité car la règle n'a jamais anticipé tous les cas de figure. Il en résulte un arbitrage à faire entre le mou financier*

et le mou juridique : l'État est pur et dispendieux du fait de toutes les procédures de contrôle de la pureté ou bien il est impur mais rend service efficacement.

A. P. : Ma préoccupation pratique est de dire : “ *si vous mettez un pied sur ce terrain, sachez-le* ”.

En 1995, le Premier ministre demande au Conseil d'État la mise sur pied d'un groupe de travail sur la responsabilité pénale des décideurs publics, ce qui aboutit, entre autres à la loi sur les diligences normales. En août 1999, la garde des Sceaux charge Jean Massot, président de la section des finances du Conseil d'État, d'un nouveau groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics. Je ne rappelle pas le contexte politique, les pressions de l'association des maires de France, etc. Le groupe d'étude rédige un rapport qui met en évidence la nécessité d'interrompre la logorrhée normative, entre autres dans le code pénal. Dans le cadre d'un fonctionnement adéquat des pouvoirs, il est indispensable de se poser la question de la production normative. La nécessité de “ mou ” me paraît évidente et l'une des voies est d'ailleurs l'exercice de la responsabilité. Une solution proposée par le rapport Massot est de faire un moratoire : aucune production pénale pendant un an, pas de nouveau texte. Mais encore faut-il que la volonté politique soit présente... On sait à la fois que trop de droit tue le droit et que plus la société se développe, plus on a besoin de règles. Ainsi, le gouvernement chinois qui avait proclamé qu'au jour de la rétrocession de Hongkong, le droit de la Chine continentale serait appliqué, a reculé. Le droit continental était trop rustique comparé au niveau de développement de la société de Hongkong ; il aurait tué la poule aux œufs d'or.

Dans mon secteur, le développement de la fonction conseil en amont permet de faire évoluer les choses mais il faut également arrêter de produire de la ligne. J'espère beaucoup, en la matière, du projet SOLON (Suivi et organisation en ligne des opérations normatives) et des nouvelles technologies. Le projet prévoit que ceux qui préparent les textes soient mis en ligne avec leurs partenaires grâce aux nouvelles technologies, de sorte qu'il puisse y avoir un suivi et des échanges. Ceci freinera peut-être la frénésie normative.

Quant aux directeurs des hôpitaux, j'ai animé auprès d'eux plusieurs séminaires. Ils étaient obnubilés par les questions de sécurité, voulaient évacuer la responsabilité financière et réduisaient le pénal aux cas d'homicides et blessures involontaires. Je leur ai rappelé qu'outre la réelle importance de la responsabilité pénale médicale, la principale zone à risques est celle de la commande publique. Les questions de sécurité sont facilement résolues par le respect des textes. Il s'agit de :

- définir la zone de compétences, ce qui n'est généralement pas bien identifié dans l'administration comme en témoignent les confusions entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre ;
- identifier la mission et le missionnaire ;
- définir les moyens que l'on y consacre.

Le vrai problème ne porte pas essentiellement sur ce point de la générale inadéquation entre une mission et des moyens : car celui qui a fait ce qu'il a pu avec les moyens dont il disposait ne peut pas être déclaré fautif. L'application de ce texte donne la prime au fonctionnement naturel d'un service dans lequel l'information circule de manière descendante, ascendante et transversale. Le raisonnement du juge est le suivant : celui qui était sur le terrain n'avait pas les moyens : a-t-il analysé la situation et en a-t-il rendu compte ? Si oui, pourquoi l'échelon supérieur a-t-il pris cette décision ? Son investigation peut remonter jusqu'à l'administration centrale ou le cabinet d'un ministre. Avec ce système, on ne diminue pas les mises en cause mais, et c'est l'essentiel, le nombre de condamnations. Quant au délit d'octroi d'avantages injustifiés, la notion n'est pas neuve. En droit administratif, c'est une classique infraction disciplinaire. Il existe aussi en droit boursier, en droit de la concurrence et en droit pénal avec la corruption.

Ce qui m'intéresse, c'est le préventif. La sanction pénale n'attrape que la poussière de la partie émergée de l'iceberg et c'est sans doute mieux comme cela... La répression

ne peut pas être un objectif, c'est un moyen pour atteindre l'objectif majeur de déclinaison des valeurs de la République dans le cadre strict de ses lois.

L'urgence dans les affaires

Int. : *Il se passe aujourd'hui plus de choses en une semaine que jadis en un an. Pour parvenir à surmonter l'adversité, il faut faire vite, ce qui a probablement inspiré à Alain Peyrefitte son dernier ouvrage intitulé La société de confiance. La société de confiance est toute proche de la société de la délinquance : " on s'arrange par téléphone et on régularise après ", " je ne fais pas d'appel d'offres car j'ai confiance en ce que tu feras bien ", etc. On en arrive à une situation où nous sommes tous délinquants et le juge épingle qui il veut. En ce qui me concerne, pour servir la République, je reste tard au bureau et téléphone à mon épouse pour lui dire que je vais rentrer tard avec un téléphone de l'administration, ce qui est répréhensible...*

A. P. : Détournement de bien public : articles 432.15 et 432.16 !

Int. : *... Les règlements n'étant pas adaptés à l'urgence des affaires, on est obligé de les outrepasser pour être efficace. L'urgence, mise à part la procédure de référé, a-t-elle pénétré le monde du droit ?*

A. P. : Je ne me sens pas décalé par rapport au paysage que vous décrivez et que j'observe depuis quelques années. Mais il y a un paradoxe que l'on ne sait pas gérer. Nous sommes engagés depuis 1991 dans une démarche de moralisation de la vie publique. Il s'agissait de construire un barrage avant l'autoroute de la corruption que représentait la commande publique en France. C'était aussi une situation d'urgence, même si l'urgence était d'une autre nature. Et il y a eu un retour de balancier, peut-être excessif, pour rompre avec la pratique précédente. Il faut préciser que l'on a identifié en France des mécanismes de corruption que même les mafias italiennes n'avaient pas mis au point.

C'est vrai que l'on a tendance en juridiction à considérer qu'il n'y a pas d'urgence mais seulement des gens pressés, qui, de plus, le sont parce qu'ils ont laissé traîner des dossiers.

Il est vrai qu'il est inquiétant que le droit soit toujours en retard, en particulier le droit correctif. On voit mal comment il pourrait en être autrement comme en témoigne, dans un autre domaine, la difficulté pour le droit à suivre le développement de l'internet. Il n'y a pas pléthore de spécialistes de ces questions en juridictions ou en cabinets, surtout en province.

Enfin, ce qui complique les choses est la présence d'intérêts divergents. L'agent public a pour perspective l'intérêt général et le bien public. Il s'adresse à un entrepreneur qui a pour intérêt, et même pour condition de survie, le profit. L' élu devrait partager l'intérêt de l'agent public, mais doit gagner les élections. Quant à l'usager, exigeant, il veut tout et tout de suite, en particulier plus de règles... pour les autres. Un sondage réalisé par la mairie de Paris montre que 80 % des Parisiens veulent réserver la place de la Concorde aux piétons, mais presque autant veulent des dérogations !

Au sein d'une structure comme la nôtre, on essaie malgré tout de progresser. La spécificité de l'argent public est qu'il n'est pas mortel. Quand une opération se termine mal avec un montant de contentieux qui dépasse la capacité budgétaire du ministère, il n'arrive rien à personne... sauf au contribuable.

Démarche qualité

Int. : *Les services de l'État ne pourraient-ils pas être certifiés à l'image des entreprises certifiées ISO (Organisation internationale de normalisation), ce qui d'une part, dissuaderait certains comportements et d'autre part, valoriserait ces services aux yeux du citoyen ?*

A. P. : La certification existe et est en développement, notamment au niveau des parcs départementaux d'équipement qui fonctionnent comme des entreprises. Ils fournissent des prestations, entre autres, aux collectivités territoriales et utilisent la comptabilité commerciale. Une dizaine de structures sont certifiées ou dans la phase ultime de certification.

Sanction pénale et pédagogie

Int. : *Le pénal sert à faire de la pédagogie, mais la formation en matière civile est très difficile à faire passer alors que cette responsabilité a un impact infiniment plus grave sur les deniers publics.*

A. P. : Sans compter la détérioration de l'image du service public.

Int. : *Que signifie le fait que la sanction n'est pas automatique par rapport à la faute ?*

A. P. : Un juge pénal est saisi de faits. Il lui est interdit de raisonner en termes d'opportunité (c'est l'apanage du procureur de la République qui ne peut être contourné que par le justiciable qui agit directement auprès du juge). Le juge étant saisi, il établit les faits et compare les faits au droit. Il s'inscrit dans un système très contraint. À la fin de son raisonnement, le juge jugeant, par opposition au juge d'instruction, soit déclare la relaxe car les faits sont insuffisamment établis, prescrits ou ne correspondent pas à une infraction pénale, soit déclare Monsieur X coupable des faits qui lui sont reprochés. Dans ce dernier cas, il peut prononcer une dispense de peine ou une peine se situant entre zéro et le maximum prévu par la loi. Quand j'étais en juridiction, nous faisons souvent des jugements à double détente : on déclarait la personne coupable et on lui demandait de se représenter auprès de nous plus tard en apportant la preuve de l'indemnisation de la victime. Dans le cas d'assistance aux agents publics, neuf fois sur dix, il n'y a aucune ambiguïté sur le fait qu'ils ont commis une faute. On essaie d'apporter au tribunal, avec l'appui de l'inspection générale, la preuve de "l'honnêteté" du coupable qui n'a pas cherché à en tirer de bénéfiques personnels. Le coupable est condamné à une peine juste en dessous du seuil de l'amnistie de sorte que la peine n'apparaît pas dans son casier judiciaire. La hiérarchie doit remplir son rôle de sensibilisation en plus des séminaires que nous faisons dans toutes les régions. Il faut également être présent lors de la mise en cause en assistant les agents.

Présentation de l'orateur :

Alain Prache : magistrat détaché au ministère de l'Équipement, des Transports et du Logement, sous-directeur des affaires juridiques ; il a été juge d'instruction et est coauteur d'un ouvrage *Responsabilité et déontologie - guide de références pour les chefs de service et l'encadrement*, Presses de l'ENPC, 1998.
E-mail : alain.prache@equipement.gouv.fr

Diffusion septembre 2000