

**LE RÔLE ET LA PROTECTION
DES « DÉNONCIATEURS ÉTHIQUES » (*WHISTLEBLOWERS*)
DANS LA LUTTE
CONTRE LES COMPORTEMENTS FAUTIFS
LORS DES MARCHÉS PUBLICS**

Avis produit pour la Commission d'enquête sur l'industrie de la construction

par

**Pierre BERNIER
Professeur associé à l'ENAP**

JUILLET 2014

TABLE DES MATIÈRES

<i>Avant-propos</i>	<i>4</i>
INTRODUCTION.....	6
PARTIE I : CADRE NOTIONNEL.....	7
1.0 Concept de « dénonciation » à caractère éthique	7
1.1 Une notion qui relève de l'éthique appliquée.....	7
1.2 Une institutionnalisation en développement	8
1.3 Une fonction instrumentale associée au cadre de gestion de l'Éthique	9
1.4 Des exigences de clarté et de rigueur.....	10
1.5 Un dispositif qui requiert l'adoption de règles de « droit nouveau ».....	11
1.5.1 Conditions favorables pour l'implantation d'un dispositif approprié	11
1.5.2 Cadre procédural pour une « dénonciation éthique »	12
1.5.2.1 Étapes usuelles pour une « dénonciation éthique » en milieu organisationnel.....	13
1.5.2.2 Illustration du processus standardisé pour une « dénonciation éthique »	14
2.0 Clarifications sémantiques.....	15
2.1 Des acceptions nombreuses pour les termes « dénonciation » et « alerte »	15
2.2 Le vocabulaire juridique.....	16
Remarques conclusives	17
3.0 « Dénonciation éthique » : un instrument adapté à la lutte contre la corruption ou la collusion à l'occasion des marchés publics.....	18
3.1 Un constat de vulnérabilité chronique des marchés publics.....	19
3.2 Un dispositif mobilisateur qui tend à devenir universel	20
3.3 Une recommandation unanime des organisations internationales engagées dans la lutte contre la corruption dans les marchés publics	21
3.4 Balises d'un dispositif jugé approprié et complet	23
3.5 Quelle appréciation porter sur ces contributions internationales?.....	24
3.5.1 Des convergences fortes.....	24
3.5.2 Des limites intrinsèques convenues	24
Remarques conclusives	25
PARTIE II : PRINCIPES SUPPORTANT L'ADOPTION D'UN DISPOSITIF POUR ENCADRER LA DÉNONCIATION ÉTHIQUE EN MILIEU ORGANISATIONNEL	26
4.0 Assises de la dénonciation éthique en milieu organisationnel.....	26
4.1 Un fondement moral en lien avec la « citoyenneté responsable ».....	27
4.2 Argumentaires incitant à l'adoption d'une législation sur la « dénonciation éthique » en milieu organisationnel, public et privé	28
4.2.1 Dans le secteur public.....	30
4.2.2 Dans le secteur privé.....	32
4.3 Pertinence d'une facilitation de l'alerte éthique dans le cadre des marchés publics.....	34
Un enjeu d'ordre instrumental pour la Commission ?	35
PARTIE III: ARCHITECTURE DES DISPOSITIFS ÉTATIQUES POUR LA DÉNONCIATION ÉTHIQUE ET LA PROTECTION DES ALERTEURS.....	36
5.0 Structures des dispositifs	36
5.1 Le champ d'application des dispositifs.....	36
5.1.1 Les lois spécifiques sur la dénonciation	36
5.1.2 Les lois sectorielles	38
5.1.3 Un choix stratégique ou d'opportunité	39
5.2 Les procédures et modalités de divulgation	40
5.2.1 La définition des comportements justifiant un signalement.....	40
5.2.2 Le signalement	41
5.2.3 La bonne foi et les « motifs raisonnables »	41
5.2.4 Les canaux du signalement.....	42
5.2.4.1 Les signalements transmis à l'interne d'une structure organisationnelle	42
5.2.4.2 Les signalements transmis à l'externe de la structure	43

5.3 Le recours à des mécanismes destinés à encourager le signalement	45
5.4 Les mécanismes de suivi et de supervision d'un dispositif d'alerte éthique	45
6.0 Composantes d'un programme de protection des dénonciateurs	47
6.1 Les personnes susceptibles de bénéficier d'une protection	47
6.2 La détermination des actes contre lesquels cette protection est établie	48
6.3 La responsabilité pénale ou civile du lanceur d'alerte	48
6.4 La confidentialité et l'anonymat.....	48
6.5 La charge de la preuve de représailles	49
6.6 La réparation des préjudices subis par le lanceur d'alerte.....	50
6.7 Les mécanismes de suivi des plaintes pour représailles	50
Observations conclusives	53
PARTIE IV : VULNÉRABILITÉ CHRONIQUE DES MARCHÉS PUBLICS.....	56
7.0 Pourquoi s'intéresser à l'institutionnalisation du « whistleblowing » dans le cadre des marchés publics?.....	56
7.1 Porosité des marchés publics à diverses formes de malversation.....	57
7.1.1 Les distorsions innées dont sont porteurs les marchés publics.....	57
7.1.2 Des rapports d'interface chargés	58
7.2 Vulnérabilité structurelle du marché public aux pressions corruptrices	59
7.2.1 Le défi de la fixation du pouvoir discrétionnaire de l'agent public.....	59
7.2.2 Le défi de l'asymétrie d'information	59
7.2.3 Le défi de la rentabilité de la corruption.....	60
7.2.4 Le défi de la corruption associé à l'existence d'une sanction	60
7.2.5 Le défi lié à l'état de l'offre et de la demande	61
7.2.6 Le défi découlant de l'objet du marché public	61
7.3 Vulnérabilité fonctionnelle du marché public.....	62
7.3.1 La faiblesse des coûts de transaction de l'action corruptrice.....	62
7.3.2 L'importance des coûts de surveillance des marchés publics.....	63
Remarques conclusives	64
PARTIE V : PRINCIPAUX ÉCUEILS À L'INSTAURATION D'UN CADRE LÉGAL VISANT LA DÉNONCIATION ÉTHIQUE DES COMPORTEMENTS FAUTIFS EN MILIEU ORGANISATIONNEL.....	65
8.0 Écueils d'ordre institutionnel et instrumental	65
8.1 Sur le plan institutionnel	65
8.2 Sur le plan des instruments et des pratiques	67
8.2.1 Le champ du dispositif	67
8.2.2 Les mécanismes.....	67
8.2.3 La protection du dénonciateur éthique	68
8.2.4 Des incitatifs supplémentaires ?	69
8.2.5 La nécessaire simplicité du cadre normatif et procédural	69
Remarques conclusives	70
CONCLUSION	71
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE	72

AVANT-PROPOS

Préoccupations de la CEIC à l'origine de cette réflexion

« La Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction a le mandat de décrire des stratagèmes de collusion et de corruption dans cette industrie de même que des liens avec le financement de l'activité politique. Elle doit également dresser le portrait de possibles activités d'infiltration de l'industrie de la construction par le crime organisé. Elle doit enfin formuler des recommandations sur les mesures à prendre pour diminuer ou éliminer l'occurrence de ces phénomènes.

Dans le cadre de son mandat, la Commission se penche notamment sur la question des dénonciateurs (whistleblowers), qu'ils agissent au sein même de l'administration publique ou à l'extérieur de celle-ci. En effet, certains observateurs estiment que la présence de dénonciateurs, et l'établissement de programmes assurant leur protection, sont des composantes essentielles de tout système visant à faire la lutte aux comportements fautifs dans l'octroi et la gestion des contrats publics.

Ces comportements fautifs incluent la contravention, par les pouvoirs publics ou des personnes privées, à des normes législatives et réglementaires de même qu'à des directives et des politiques applicables dans le contexte général des marchés publics. »

La Commission sollicite avis sur les questions suivantes :

Question 1.

- Quels principes (moraux, économiques, démocratiques, etc.) justifient l'action des dénonciateurs?**
- Quelles sont les conditions à remplir pour éviter de verser dans la délation ou le règlement de comptes?**

Question 2.

- Quels types de comportements peuvent être légitimement dénoncés?**
- Que signifie un « comportement fautif » dans le contexte des marchés publics?**

Question 3.

- Quelles sont les principales composantes d'un programme efficace de protection des dénonciateurs?**

Question 4.

Les caractéristiques des marchés publics impliquent-elles des défis particuliers pour l'instauration de programmes d'incitation à la dénonciation et de protection des dénonciateurs?

Des expériences étrangères peuvent-elles servir de modèle en la matière, notamment celles de la ville de New York, des Pays-Bas, de la Grande-Bretagne, d'Australie et de Nouvelle-Zélande? »

Actions posées pour répondre à la Commission

Conduite aux fins de la Commission, la présente analyse s'appuie sur une revue des expériences, principalement étrangères, quant aux principes, rouages et aboutissants des procédés d'alerte en milieu organisationnel, nommé ici dispositif de « dénonciation éthique ».

Le rapport décortique les notions ou concepts en cause et met en lumière l'intérêt vu de recourir à un tel dispositif face à diverses formes de concussion (fraude, corruption, collusion...) susceptibles de menacer l'action publique.

L'approche comparative permet notamment de dégager les principales composantes des dispositifs d'alerte éthique adoptés dans les États de droit pour lutter contre diverses prévarications, principalement à l'occasion de la tenue de marchés publics.

Limites du document

Le présent avis ne souhaite pas présenter un caractère fondamentalement juridique, mais s'inscrit, comme le sujet le justifie, dans le registre englobant des pratiques de gouvernance de l'action dans la sphère publique.

L'analyse réfère donc à diverses disciplines : la philosophie, la science politique, les principes et les pratiques contemporaines qui façonnent les sciences administratives et au droit.

Ce rapport s'inspire également des faits présentés publiquement par la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction connus au moment de la rédaction de ce document.

INTRODUCTION

Les travaux de la Commission mettent en lumière que la « corruption » et la « collusion » entourant les marchés publics sont des transgressions complexes, souvent difficiles à repérer, caractériser, démontrer et sanctionner. Sans l'apport d'un acte de divulgation de faits répréhensibles par des personnes détenant des informations de première main tous les systèmes de vérification et d'investigation, internes et externes aux organisations, privées ou publiques, peinent à combattre de telles pratiques illégales.

Le sujet du présent avis est la « dénonciation éthique » en tant qu'instrument de lutte contre la corruption dans le cadre des marchés publics.

Relevant de l'éthique appliquée, un tel dispositif est planifié pour intervenir en amont des systèmes administratif et judiciaire. Sa fonction est la production d'une information susceptible d'alerter et d'orienter les mécanismes institutionnels de contrôle responsables de limiter l'occurrence de ces fléaux.

Le rapport analyse l'outil institutionnel sous cinq aspects.

- **La première partie** du rapport vise à définir les concepts, la terminologie utilisée et fait le point sur l'intérêt récent manifesté par les organisations internationales à l'égard d'initiatives publiques visant à supporter la dénonciation à des fins d'alerte éthique.
- **La deuxième partie** traite des raisons invoquées en soutien à l'implantation d'un tel dispositif ainsi que des conditions à réunir pour assurer son fonctionnement dans les sociétés de droit.
- **La troisième partie** de l'analyse s'intéresse à la diversité des dispositifs implantés sous l'égide de la puissance publique et aborde la question centrale de la protection des personnes dénonciatrices de faits illicites à des fins d'alerte.
- **La quatrième partie** porte spécifiquement sur les marchés publics en tant que contexte propice au développement de dynamiques illicites justifiant l'implantation d'un dispositif de dénonciation éthique pour en réduire les risques de répétition.
- **En cinquième partie**, il est apparu opportun de passer en revue les principaux écueils susceptibles d'être rencontrés lors de l'examen de l'opportunité de mise en œuvre d'un tel dispositif.

Une telle revue des paramètres essentiels qui caractérisent la substance et les limites tant du concept que de l'instrumentation associée à la « dénonciation éthique en milieu organisationnel » est appropriée dans un contexte où la Commission en est au stade de la réflexion sur les voies et moyens pouvant compléter l'outillage des pouvoirs publics pour limiter l'occurrence des fléaux soumis à son examen.

PARTIE I : CADRE NOTIONNEL

1.0 CONCEPT DE « DÉNONCIATION » À CARACTÈRE ÉTHIQUE

Dans le domaine des sciences administratives, mais pas seulement, l'emploi du terme **DÉNONCIATION**¹ tend aujourd'hui à servir pour nommer une procédure d'alerte à caractère éthique ou déontologique. Les organisations publiques ou privées réservent en effet de plus en plus fréquemment ce vocable pour désigner l'acte de divulgation d'une infraction ou d'un dysfonctionnement que constate un collaborateur soucieux d'éviter, prodiguant un tel avertissement, une malversation ou une dérive aggravée.

1.1 Une notion qui relève de l'éthique appliquée

La « dénonciation éthique », expression générique proposée ici, suit la logique de la locution anglaise *whistleblowing*, formule métaphorique décrivant une pratique d'alerte civique. Le qualificatif « éthique » accolé au substantif « dénonciation » caractérise à la fois les matières objet de la communication, le motif attribué au protagoniste, la procédure suivie et l'utilisation des informations ainsi divulguées.

L'ambition de la « dénonciation éthique » est en effet de l'ordre de la communication conçue et émise dans l'intérêt supérieur d'une structure organisationnelle, voire de la société dans son ensemble, pour déclencher une « alarme » sur un aspect dont l'intégrité est vue menacée.

Le fait mis en lumière par le « dénonciateur éthique » (le *whistleblower*)² est perçu par celui-ci comme contraire aux valeurs ou aux normes de conduite proclamées légitimement par l'organisation, ou encore déviant de celles qui régissent la collectivité où cette entité évolue en tant que personne morale de droit public ou privé.

La substance du message émis porte alors sur un phénomène, une démarche, une pratique ou un agissement, actuel, en préparation ou appartenant à un passé récent, jugé illicite, immoral, ou illégal.

Le dénonciateur éthique : une contribution délimitée. Dans ce cadre le « dénonciateur éthique » est la personne physique ou morale qui, déterminée par un sens approprié de la responsabilité que le statut de collaborateur et/ou de citoyen lui confère, déclenche une alarme.

¹ Sens générique : « l'action de faire connaître une chose, généralement désagréable » (Centre de Recherche Inter-langues sur la Signification en Contexte, Université de Caen)

² Littéralement « celui qui souffle dans le sifflet pour donner l'alerte » : expression courante dans la culture anglo-saxonne pour désigner l'« alerteur », c'est-à-dire tout individu mettant en pratique son droit ou son devoir d'alerte.

Aux fins du présent avis, nous proposons de retenir la définition extensive suivante³ pour désigner cet acteur central du dispositif d'alerte à des fins éthiques ou déontologiques.

Le « dénonciateur éthique » est la personne qui, ayant connaissance d'informations constituant des indices sérieux qu'un acte contraire aux lois et règlements ou aux normes professionnelles promues par la déontologie d'un secteur d'activité a été commis ou est sur le point d'être commis, prend de bonne foi l'initiative d'alerter de manière responsable les autorités compétentes de l'organisation en cause, ou, lorsque cette alerte n'est pas envisageable ou qu'elle est de nature à l'exposer à un risque sérieux de représailles indues, prévient les autorités publiques de régulation ou les autorités judiciaires, ou, en cas d'absence d'une rétroaction raisonnable, saisit l'opinion publique dans le respect des lois.

1.2 Une institutionnalisation en développement

Sous la pression de divers facteurs internes et externes aux organisations publiques et privées le recours à l'institutionnalisation d'un dispositif pour la divulgation des manquements à caractère éthique ou déontologique – connue également dans la francophonie sous l'appellation de dispositif d'« *alerte éthique* » ou d'« *alerte professionnelle* » – est en net développement depuis le début du présent siècle.

Cette période marque en effet l'apparition d'une effervescence nouvelle (***phénomène sur lequel nous reviendrons au chapitre 4***) chez la plupart des gouvernements des sociétés développées, généralement soutenus en cela par leur population, visant à moderniser les actions conduites pour lutter contre la corruption et autres prévarications qui perturbent le bon fonctionnement des entités publiques et privées, affectant les rapports, obligatoires ou facultatifs, qu'ils entretiennent entre eux.

En milieu organisationnel, l'instauration d'un dispositif ayant pour objet une « dénonciation » respectant des standards éthiques est alors envisagée comme mesure subsidiaire aux trois piliers de l'éthique appliquée; à savoir :

- **La « DECLARATION DES VALEURS »** (charte éthique) de l'organisation ou de la discipline professionnelle;
- **Le « CODE DEONTOLOGIQUE »** à caractère professionnel et/ou sectoriel qui incarne ces convictions;
- **Le « CADRE DE GESTION »** des enjeux et dilemmes que soulèvent les normes éthiques et déontologiques proclamées.

³ Synthèse d'éléments caractéristiques retenus généralement par les organisations ou organismes internationaux, notamment par Transparency International (TI, 2004), et de conditions analysées par divers auteurs, dont plusieurs sont cités ci-après.

1.3 Une fonction instrumentale associée au cadre de gestion de l'Éthique

Aspect souvent négligé, la composition et l'articulation adéquate du « cadre de gestion » de l'éthique appliquée est un élément indispensable de l'infrastructure nécessaire au support de l'Éthique en milieu organisationnel.

Le rôle de cet instrument structurant de la gestion est non seulement de prévoir une diffusion des valeurs et des normes édictées, mais également organiser leur maîtrise, appropriation et respect par toutes les parties prenantes. En outre, un cadre de gestion complet détermine l'exercice de la fonction « contrôle » que ces énoncés commandent et prévoit un régime de reddition compte sur la dimension déontologique des activités et comportements retenus, par les services ou les individus, pour l'atteinte des résultats.

Or, traditionnellement les deux premiers appareils (*charte éthique* et *code déontologique*) visaient strictement les aspects liés aux standards professionnels des relations, activités ou contributions au sein des organisations dans le cadre des attributions ou mandats conférés.

Mais la panoplie des normes codifiées, surtout celles édictées depuis le tournant des années 2000 constatent les analystes⁴, s'intéressent aussi à la manière de se comporter et d'agir à l'extérieur de l'organisation. Ainsi, de plus en plus de *Déclaration* des valeurs organisationnelles et de *Code* à visée normative distinguent très clairement « comportements à l'intérieur » et « comportements à l'extérieur » de l'organisation.

En plus du cadre normatif portant sur l'accomplissement des activités et tâches opérationnelles inhérentes aux fonctions et responsabilités dévolues on constate donc aujourd'hui la présence de stipulations sur des aspects autrefois occultés. Citons à cet égard les thématiques recensées le plus fréquemment :

- **Respect des lois et règlements en vigueur sur le territoire où s'exerce l'activité (notamment l'application des normes légales concernant le travail, la sécurité, le droit administratif ou corporatif structurant, la concurrence, etc.);**
- **Conflits d'intérêts, directs ou indirects;**
- **Détention et usage d'informations confidentielles ou privilégiées, durant et après le mandat;**
- **Pertinence, transparence et exactitude des informations transmises à l'interne et à l'externe;**
- **Protection des données et de la propriété intellectuelle;**
- **Utilisation du matériel ou des actifs de l'organisation;**
- **Liens de dépendance avec les fournisseurs de biens ou services, notamment l'offre ou l'acceptation de cadeaux, invitations... et autres privilèges;**
- **Exposition aux concussions, particulièrement dans les relations avec la sphère politique au regard du financement des organisations partisans ou les implications et le soutien aux courants sociopolitiques;**
- **Corruption dans les relations, obligatoires ou entretenues à titre privé, avec les agents des administrations publiques.**

⁴ Exemples : Jubb P.B. (1999); Davis, M. (2003); Brown, A. J. et P. Latimer (2008).

Ainsi au sein des organisations, tant du secteur public que du secteur privé, les prescriptions normatives, de nature légale ou déontologique, peuvent aujourd'hui viser un large spectre de situations et de comportements. Conduites dont l'instrumentation du contrôle approprié est vu incomplète ou lacunaire si celui-ci ne peut disposer que des orientations, méthodes et outillages classiques de la vérification de conformité et de légalité des pièces ou l'audit bureaucratique entreprise *a posteriori*.

1.4 Des exigences de clarté et de rigueur

On peut deviner que tout dispositif de « dénonciation éthique » instauré pour favoriser le respect des textes structurants d'un régime d'éthique appliqué – énoncées non uniquement déclaratoire ou informative mais d'abord normative, précisons-le de nouveau –, se doit de rencontrer des exigences rigoureuses de clarté, et de précision.

Pour être reçus comme outil « légitime », « efficace » et « robuste » tant pour la détection que la prévention d'activités frauduleuses, la corruption ou la collusion par exemple, les procédés retenus officiellement pour encadrer la « dénonciation éthique à des fins d'alerte » doivent être clairs pour toutes les parties prenantes. Notamment les procédures et modalités du dispositif pour la divulgation et celles de la protection des personnes en cause, dénonciateurs et dénoncés, doivent contenir des lignes directrices précises, les vides ne devant pas l'emporter sur le contenu.

Dans cette perspective, une réflexion judicieuse précédant l'adoption par une autorité, publique ou privée, de tout dispositif qui vise l'instauration de cette pratique doit avoir pour résultat de fournir une réponse claire, lisible et compréhensible à chacune des questions structurantes suivantes.

Questionnement préalable à l'adoption d'un dispositif pour encadrer la dénonciation éthique.

- Le dispositif repose-t-il sur un principe d'anonymat ou de confidentialité ?
- Quel est le caractère de l'action de divulgation : obligatoire ou facultatif ?
- Quel est le périmètre des faits acceptables aux fins d'alerte ?
- Quelle est la portée de la protection du dénonciateur éthique, mais aussi quels sont ses devoirs ?
- Quelle est la légitimité de l'instance, ou de la fonction, qui est saisie de l'alerte et a charge de l'examiner ?
- Quelles obligations cette entité doit-elle avoir à l'égard de l'alerteur éthique ?

Dans le cas de la puissance publique s'ajoute à la réflexion une dimension déterminante concernant le champ d'application et les acteurs :

- Le dispositif doit-il être établi par une loi dans le secteur public, dans le secteur privé, ou au sein des organisations qui composent les deux secteurs ?

On conçoit facilement qu'aucun de ces choix n'est neutre. Chacun d'entre eux peut générer des comportements spécifiques au plan fonctionnel et systémique. Notamment, lorsque la dynamique visée – les « marchés publics » pour la Commission – implique dans la durée des relations intersectorielles et des rapports d'interface nombreux.

1.5 Un dispositif qui requiert l'adoption de règles de « droit nouveau »

Dans un État de droit, l'instauration d'un tel dispositif pour les administrations publiques ou les entreprises privées peut s'inspirer de modèles normatifs établis.

En effet, les législateurs favorables à la finalité d'un tel dispositif mais préoccupés d'assurer à la fois une protection adéquate au dénonciateur éthique et soucieux de limiter les risques de détournement des pratiques de dénonciation autorisées peuvent aujourd'hui bénéficier de repères et de balises issus de la comparaison d'initiatives menées dans divers types d'organisation privée ou appareil public.

1.5.1 Conditions favorables pour l'implantation d'un dispositif approprié

La première condition à rencontrer réside dans l'expression d'une volonté affirmée des pouvoirs publics de voir instaurer un droit nouveau spécifique qui repose sur des assises juridiques solides.

De même le dispositif législatif envisagé pour supporter la dénonciation éthique doit être complet. Notamment, celui-ci doit, à sa face même, se montrer à l'abri des aléas politiques ou administratifs conjoncturels. À cette fin il doit impérativement prévoir un mécanisme de supervision neutre, crédible et transparent.

Dans cette perspective, le législateur doit être saisi d'une proposition de mesure qui rencontre les conditions suivantes.

Paramètres d'un dispositif complet pour la dénonciation éthique

- **Un statut affirmé.** Adéquatement réfléchi, le dispositif porteur de la « dénonciation éthique » doit explicitement se montrer axé sur la défense inconditionnelle de l'intérêt public ; et la supervision de son bon fonctionnement relever des critères de la loi.
- **Une fonction non équivoque.** La « dénonciation éthique » axée sur la probité doit être présentée et justifiée comme instrumentale à la déontologie en milieu professionnel. Servant à orienter les contrôles institutionnels, dits internes et externes, le dispositif doit obtenir l'appui explicite de toutes les parties prenantes de l'organisation, parce que conscientes des limites intrinsèques des seules méthodes classiques de vérification et contrôle en matière de probité.
- **Une portée circonscrite.** Instrument au service de l'éthique appliquée, la finalité de la dénonciation éthique que le dispositif supporte doit se limiter à l'adresse d'un « signalement », formulé de bonne foi.
- **Une procédure précise.** La procédure de réception et de traitement du signalement d'un acte perçu répréhensible – contravention à une « loi » (*hard law*, *soft law*) ou sanction induite à l'égard du dénonciateur éthique – doit être formulée de façon claire et comporter des modalités précises, afin d'éviter les dérives de divers ordres que peut générer l'encouragement de cette pratique responsable.

Reste que la question cruciale de la protection du dénonciateur éthique est partout un enjeu décisif pour le bon fonctionnement d'un tel dispositif.

Protection du dénonciateur éthique

Les conditions de l'efficacité de cette protection constituent une thématique centrale dans diverses enceintes.

Intimement liées à la culture sociétale ambiante et aux systèmes juridiques, et souvent tributaires des mesures déjà en vigueur pour la protection des témoins dans les affaires judiciaires, les mesures législatives recommandées aujourd'hui portent sur divers aspects.

Prescriptions pour une législation adéquate visant à assurer la protection des « dénonciateurs éthiques »⁵ en milieu organisationnel

- Une législation claire et un cadre d'action efficace doivent être institués pour protéger contre les mesures discriminatoires et disciplinaires les employés qui signalent de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables les pratiques illégales ou de corruption aux autorités compétentes;
- Le texte de loi doit prévoir une définition des pratiques dont la révélation est protégée et celle des personnes bénéficiant d'une protection légale;
- La législation garantit que la protection dont bénéficient les déclencheurs d'alerte est robuste et les stipulations lisibles et compréhensibles;
- La loi définit clairement les procédures et les circuits à suivre pour le signalement de soupçons de corruption, et encourage l'utilisation de circuits protecteurs et aisément accessibles;
- La loi prévoit que des mécanismes de protection efficaces sont instaurés, confiant à un organe spécifique disposant de la compétence et du pouvoir de recevoir et de traiter les plaintes liées à des actions de représailles et/ou de mener des enquêtes sans restrictions, et de proposer des solutions;
- L'implantation d'une protection législative du dénonciateur éthique est assortie d'actions de sensibilisation, de communication et de formation adaptées aux enjeux des personnes concernées;
- Une législation dont le texte est abouti prévoit une évaluation périodique de l'efficacité des divers volets du dispositif d'assistance promulguée.

1.5.2 Cadre procédural pour une « dénonciation éthique »

Dans le secteur public comme dans le secteur privé, le modèle le plus répandu repose sur un dispositif pour la dénonciation éthique qui prévoit 3 paliers de signalement :

- 1) Le signalement à l'intérieur de l'organisation,**
- 2) Le signalement à l'autorité publique,**
- 3) Le signalement au public.**

Le dénonciateur qui se veut reconnaître « éthique » en milieu organisationnel est tenu, normalement, de suivre cet ordre et ne peut s'adresser au palier suivant que si le précédent s'est révélé vain, ou que le protagoniste est en mesure de le justifier.

⁵ Énumération du *Compendium* des meilleures pratiques prévues aux législations sur la protection des *whistleblowers*, préparé par l'OCDE à la demande du G20 en prévision de tenue de sa rencontre de 2013.

1.5.2.1 Étapes usuelles pour une « dénonciation éthique » en milieu organisationnel

1er palier, le signalement interne :

Pourvu qu'il ait un soupçon raisonnable, notion qui renvoie à sa bonne foi et à sa connaissance appropriée du cadre légal ou déontologique en cause, le dénonciateur peut théoriquement signaler toute irrégularité, à savoir n'importe quelle violation d'une loi ou d'une règle interne à l'organisation.

Il doit s'adresser aux personnes désignées comme compétentes par l'organisation. À cette fin on peut soit mettre en place un service indépendant dédié aux signalements, soit décider de traiter les alertes au cas par cas par une procédure *ad hoc*, au sein ou à l'extérieur de la ligne de gestion (ex. : services spécialisés désignés par l'organisation⁶). Si l'organisation souhaite éviter le passage au 2e palier, elle doit réagir au signalement dans un délai bref selon les modalités prévues au dispositif.

2° palier, le signalement à l'autorité publique concernée :

Habituellement, le dénonciateur ne peut signaler à l'externe de son organisation que des actes contraires au droit pénal ou au droit administratif.

Il peut néanmoins s'adresser directement à l'autorité publique concernée par la régulation en cause si l'urgence l'exige ou si la pratique antérieure de l'organisation donne à penser qu'un signalement interne restera vain ou sera indûment sanctionné.

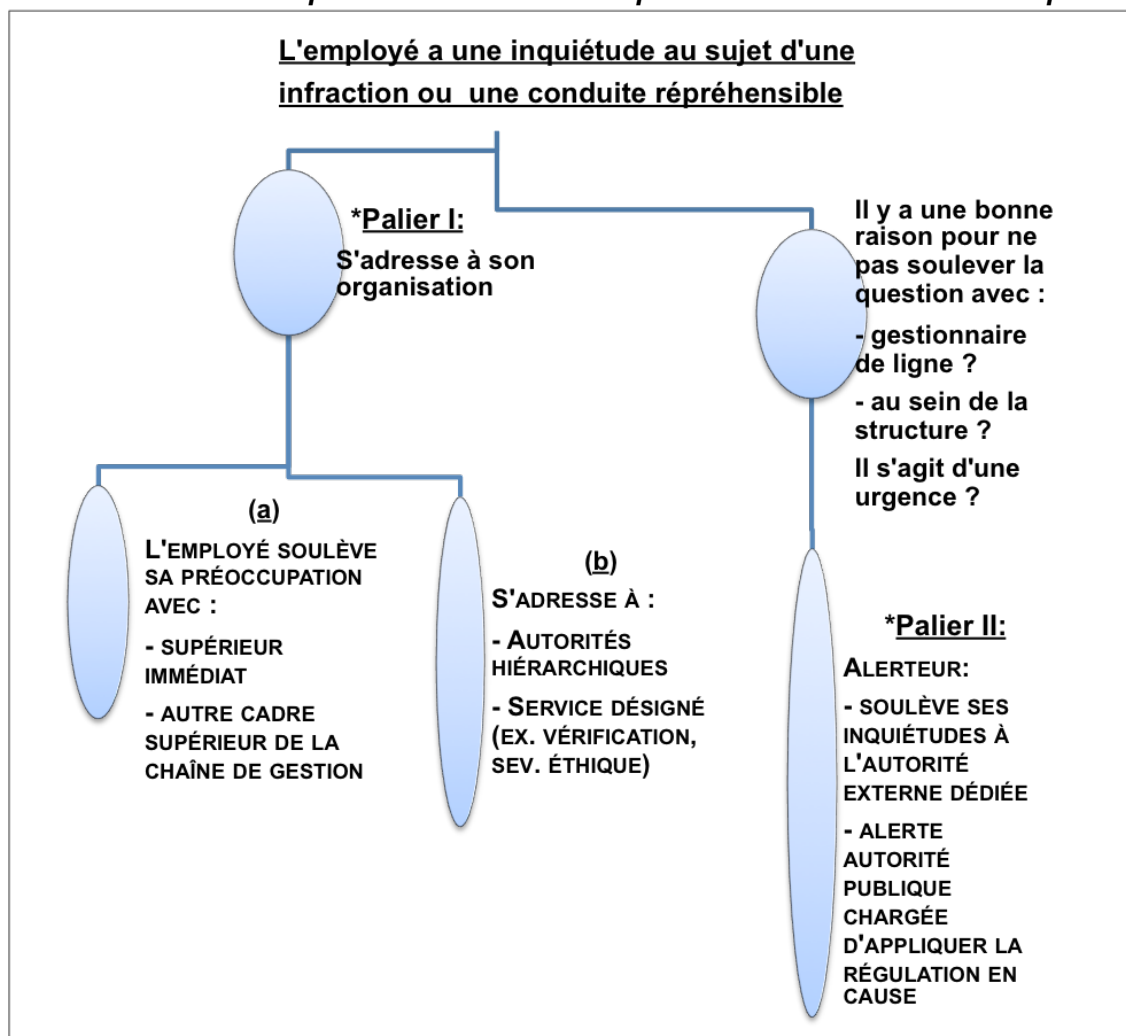
3° palier, le signalement au public :

Le signalement direct au public est ordinairement licite si l'autorité publique saisie de la dénonciation ne rétroagit pas auprès de l'alerteur dans un délai précis, normalement prescrit par la loi.

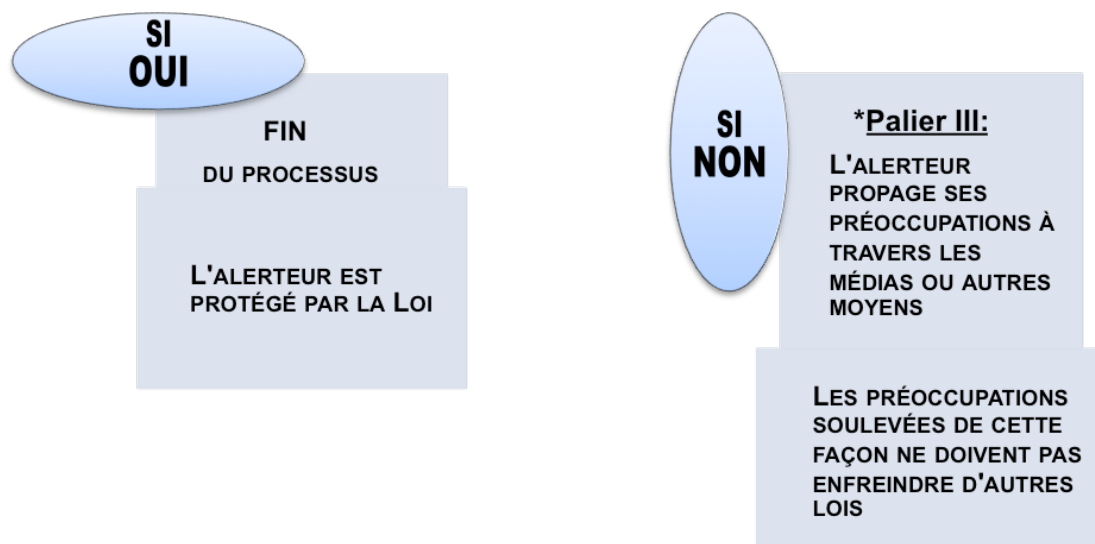
Aussi pour que ce scénario ne soit pas que théorique, une loi qui se veut claire spécifie que la réponse ne peut se borner à indiquer que la dénonciation est en cours de traitement. Par contre, la réponse peut indiquer que le signalement ne justifie pas des mesures d'enquête.

⁶ Généralement, les législations recensées incitent à la mise en place d'un système interne à l'organisation que toutes les parties prenantes jugeront « crédible » pour recueillir directement les signalements.

1.5.2.2 Illustration du processus standardisé pour une « dénonciation éthique »



L'ALERTEUR OBTIENT UNE REPONSE ADEQUATE ?



2.0 CLARIFICATIONS SÉMANTIQUES

Pour camper le propos tenu ici sur la substance et la finalité de la « dénonciation éthique » visant des actes répréhensibles en milieu organisationnel et les conditions qui la déterminent et la supportent, il est utile de convenir de quelques repères sémantiques afin d'éviter les malentendus.

En effet, présents dans divers niveaux de langage, coutumiers ou spécialisés, les termes « dénonciation » et « éthique » peuvent soulever l'ambiguïté. Le champ sémantique des substantifs « dénonciation », « dénonciateur », et celui du qualificatif « éthique » qui leur est joint, ainsi que la portée des expressions « *alerte*, *alerteur*, *lanceur d'alerte* », etc. qui réfèrent à l'intention ou au résultat escompté, mérite ici d'être délimité.

2.1 Des acceptions nombreuses pour les termes « dénonciation » et « alerte »

On trouve, au quotidien, des emplois nombreux des termes associés à l'idée de « dénonciation » ou « alerte », mais ceux-ci ne sont pas nécessairement liés directement aux atteintes à la probité ou à l'intégrité. Tel est le cas de l'emploi de ces vocables dans les situations suivantes :

- **Discours d'opposition radicale.** Le terme « dénonciation » désigne depuis longtemps un mode rhétorique utilisant un argumentaire aux accents souvent doctrinaux dans le but d'exprimer un désaccord catégorique.
- **Révélation d'implications dangereuses.** Le terme dénonciateur est également pris comme synonyme d'alerteur sur des dangers objectifs divers, par exemple des procédés ou expositions à une substance ou des pratiques considérées dangereux. Généralement, le fait d'un scientifique ou d'un simple citoyen confronté à un phénomène constituant un péril pour la vie, voire l'humanité, cette communication vise à informer directement les composantes de la société civile, et par ricochet les pouvoirs publics.

Par ailleurs, ces termes peuvent également se voir conférer un sens essentiellement péjoratif :

- **Collaboration insupportable.** Dans certaines sociétés, ou certains milieux inconfortables avec le rapport à l'autorité, l'histoire ou la culture dominante attribue spontanément un sens négatif aux termes dénonciation et dénonciateur. Le langage courant associe alors ces termes aux pratiques de délation : « cafter », « stooler », voire « bavasser » dans le sens de rapportage ou colportage dans le but de nuire... et/ou de « se faire bien voir! ».
- **Inflation langagière.** Signalons également qu'une communication s'autoproclamant de l'ordre de la dénonciation ou de l'alerte se retrouve occasionnellement sur les plateformes médiatiques, classiques ou nouvelles, pour donner abusivement de l'aura à une information de sensibilisation sur des actions ou procédés mis en oeuvre légitimement dans la discrétion. Traitant de faits simplement méconnus du grand public, (ou du « messenger » candide, assoiffé de notoriété?) ce propos est habituellement étayé de questions insidieuses ou accompagné d'images du même ordre.

La panoplie des acceptions, souvent négatives, présente dans le langage courant ne doit pas faire obstacle à une appréciation juste de la nature et de la portée d'un dispositif respectable qui supporte légitimement l'alerte éthique justifiée.

Le concept de « dénonciation éthique » en milieu organisationnel présenté ici est un instrument dont l'assise et la portée sont balisées. En effet, il fait appel au sens de la « citoyenneté responsable », a pour finalité la protection de l'intégrité institutionnelle dans le respect des droits et son terrain d'application est celui des « marchés publics » : thématiques au cœur du mandat confié à la Commission.

Examen qui doit déboucher sur des recommandations concernant les mesures (voies et moyens) à prendre pour diminuer ou éliminer sur le territoire du Québec l'occurrence des phénomènes concussionnaires. Malversations qui, partout dans le monde et sous tous les régimes politiques, menacent ce mode d'action publique.

2.2 Le vocabulaire juridique

Les juristes n'emploient pas couramment le terme « dénonciation » associé à l'idée de l'émission d'une « alerte ».

D'ailleurs plusieurs évoquent, à juste titre, la nécessité d'entretenir, dans l'état actuel du droit en vigueur dans la plupart des sociétés démocratiques, une distinction entre la dénonciation synonyme de « plainte » et la « délation ». Ainsi, selon le contexte, le vocable « dénonciateur » peut désigner un *plaignant*, un *témoin*, ou un *informateur*⁷. Rappelons également que le terme dénonciation, lorsque présent dans les textes de loi, revêt souvent qu'un caractère strictement technique lié à la procédure⁸.

Certes l'idée d'« alerte », y compris celle dont l'objet ou l'ambition est éthique ou déontologique, n'est pas inconnue du droit en vigueur dans divers États, mais le législateur semble souvent peu à l'aise lorsqu'il faut l'aborder en dehors de situation où il en est fait obligation⁹. Ordinairement, dans les textes législatifs en vigueur au Québec par exemple, on recourt à des expressions composites pour évoquer cette réalité qui n'est pas de l'ordre d'une plainte comme dans le cas d'un préjudice personnel. En effet, on utilise plutôt des périphrases comme : « donner avis »¹⁰, « porter à connaissance »¹¹, « communiquer pour révéler... »¹², etc.

⁷ David Banisar (2011), dans une analyse comparée des dispositifs de *whistleblowing* et des nomenclatures qui y sont associées, établit les distinctions essentielles entre ces concepts utilisés dans la plupart des systèmes judiciaires.

⁸ Dans le Code criminel canadien, l'expression « dénonciation » est de nature essentiellement technique. Elle désigne l'acte (document) considéré par le ministère public pour constituer, éventuellement, le « chef d'accusation » qui sera soumis à l'examen du tribunal. Souvent pris comme équivalent d'« acte d'accusation » les différents paragraphes du texte de la dénonciation énumèrent et imputent des infractions à quelqu'un.

⁹ Exemple : article 260 de la *Loi sur la police*.

¹⁰ Exemple : divers articles du *Code civil du Québec*.

¹¹ Exemple : article 81.19, ou 122 de la *Loi des normes du travail*.

¹² Exemple : art. 51 de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*.

Globalement, au vocable « dénonciation » pris dans le sens de l'émission d'une « alerte », la plupart des légistes favorisent plutôt celui – plus neutre – de « signalement ». Et celui-ci porte habituellement sur des faits et non sur des personnes.

Par ailleurs, – il est opportun de le rappeler à la suite du constat de la majorité des spécialistes du *droit administratif comparé* – les distinctions traditionnelles entre les lois des pays de *common law* et les pays dits de *droit romain* ou *civiliste* tendent à s'atténuer.

En effet, si la plupart des lois contemporaines sur le déclenchement de l'alerte éthique ont, à l'origine, été élaborées dans des pays ayant une tradition de *common law*, les différences entre ces deux systèmes juridiques se sont fortement atténuées ces dernières années et continueront sans doute dans cette voie en raison du développement du droit international. Aussi, si la plupart des pays qui ont déjà des lois spécifiques visant la dénonciation éthique sont de la tradition de la *common law*, l'existence de ces dispositifs s'explique peut-être davantage par l'expérience plus longue dans ces sociétés d'une légitimation sociale du *whistleblowing*?

Remarques conclusives

Bref, en dernière analyse, la question pertinente – parce que structurante – à ce stade-ci n'est-elle de voir décider si au Québec, la « dénonciation éthique » est condamnée à rester une pratique qui tait son nom, ou si, au contraire, sous l'influence (la poussée pourrait-on dire !) d'un droit de portée internationale¹³, l'expression a vocation à prendre place dans le droit positif promulgué par l'Assemblée nationale du Québec ?

¹³ Non seulement le Droit international public, mais également le Droit international privé comme en font l'expérience (aussi imprévue que pénible parfois!) des entreprises qui opèrent dans un certain nombre de pays. La Grande-Bretagne et les États-Unis ont en effet promulgué des lois de portée extraterritoriale en matière de sanction de la corruption, et d'autres États s'apprêtent à faire de même.

3.0 « DÉNONCIATION ÉTHIQUE » : UN INSTRUMENT ADAPTÉ À LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION OU LA COLLUSION À L'OCCASION DES MARCHÉS PUBLICS

Dans tous les systèmes de droit, la **corruption** (*petite* ou *grande* comme on aime parfois à distinguer ces prévarications, peut-être pour en justifier certaines?) et la **collusion** (connivence induite) dans le cadre des marchés publics sont des phénomènes répréhensibles. Prenant diverses formes ou modalités ces pratiques frauduleuses sont dans tous les pays intimement liées aux caractéristiques sociales, économiques et politiques de chaque société, et à leur gouvernance.

Des manigances ordinairement camouflées par nature, engendrant souvent peu ou pas de « victimes » immédiatement conscientes d'effets perturbateurs directs ou tangibles, le repérage de telles pratiques dans les sociétés de droit est problématique aux dispositifs institutionnels de contrôle, de vérification ou d'audit classiques.

Les protagonistes sont en effet liés dans un pacte forcément masqué parce que les termes de l'échange en cause sont transgressifs par rapport aux normes proclamées (droit positif) ou aux standards éthiques coutumiers du traitement des « affaires » dans l'économie de marché. De plus les modalités de ce troc illicite ne sont pas nécessairement immédiates et matérielles. Par exemple, les avantages illégaux peuvent être différés ou prendre la forme de rétributions indirectes, atténuant encore de ce fait la visibilité des agissements prohibés qui les génèrent.

Autre caractéristique marquante, au plan social¹⁴ celle-là, les acteurs s'évertuent souvent à se montrer totalement discrets. Ou, au contraire, ils s'efforcent d'être particulièrement bien insérés et valorisés socialement afin de disposer ainsi davantage de ressources et de savoir-faire spécifiques pour assurer la réussite de leurs connivences. La notoriété d'un statut ou d'une charge dans la sphère publique ou encore celle d'un mécénat stratégiquement affiché pouvant offrir peu de prise aux pressions désapprouvées.

Prenant acte de la substance et logique de tels stratagèmes, on peut deviner facilement que les « marchés publics » et la « commande publique » dont ils découlent offrent une cible de choix pour un tel type de pratiques frauduleuses.

¹⁴ Il est éclairant de consulter sur cet aspect de la problématique « **Les réactions sociales à la corruption : divulgation et système répressif** », dans *Favoritisme et corruption à la française*, sous la direction de Pierre Lascombes, Paris, Les Presses de Science Po, 2011.

3.1 Un constat de vulnérabilité chronique des marchés publics

Dans un contexte de « marché public », les comportements fautifs peuvent être de divers ordres et niveaux.

Comme nous le verrons plus en détail à la **PARTIE IV**, la nature même des marchés publics, le nombre des intervenants aux divers stades de la procédure et la diversité des intérêts licites, ou éventuellement illicites, mis en présence dans le cadre de ces transactions tenues sous l'égide de la puissance publique, exposent plus que toute autre application de régulation à des risques de comportements fautifs.

En langage juridique, l'énumération des variantes de ces malversations encourant le statut de crime, de délit ou d'infraction constitue dorénavant une longue liste. Les intitulés des « arrêts » de tribunaux sont effectivement de plus en plus nombreux et explicites comparativement à la situation qui prévalait il y a à peine une décennie¹⁵.

Aperçu de la nomenclature contemporaine de faits répréhensibles associés aux marchés publics :

- **Corruption active commise par une personne physique ou morale envers un agent public**
- **Collusion active et trafic d'influence envers un agent public;**
- **Corruption ou collusion passive et trafic d'influence commis par un titulaire d'une charge publique (*élu ou nommé*);**
- **Collusion ou trafic d'influence actif et passif entre particuliers visant une autorité nationale ou territoriale;**
- **Corruption active et passive de personnel judiciaire;**
- **Trafic d'influence actif ou passif en direction du personnel judiciaire;**
- **Corruption active de personne n'exerçant pas une charge publique;**
- **Corruption passive par une personne n'exerçant pas une fonction publique;**
- **Corruption passive d'un agent public ou d'un élu d'un État étranger ou d'une organisation internationale;**
- **Trafic d'influence passif commis en direction d'un agent public international ou d'un élu d'une organisation internationale;**
- **Corruption active d'un agent public ou d'un élu d'État étranger responsable d'une organisation internationale;**
- **Trafic d'influence actif commis en direction d'un agent public international ou d'un élu d'une organisation internationale;**
- **Corruption passive par un personnel judiciaire, étranger ou international;**
- **Trafic d'influence passif du personnel judiciaire international;**
- **Corruption active de personnel judiciaire étranger et international;**
- **Complot et trafic d'influence actif en direction du personnel judiciaire international.**

¹⁵ Pour comparaison on peut retrouver une énumération détaillée de cet ordre réalisée au début du siècle dans Caillaud. B. (2002).

On comprend facilement que par rapport aux composantes et imbrications que suppose la nomenclature de tels stratagèmes « le risque de corruption augmente significativement dans les environnements dans lesquels le signalement de méfaits n'est pas encouragé ou protégé »¹⁶.

S'agissant plus particulièrement de la corruption et de la collusion, actives ou passives, dans le cadre des marchés publics, la présence d'un dispositif approprié à des fins d'alerte se voit désormais reconnu un rôle clé dans la détection de ces actes répréhensibles, condition première, bien sûr, à toute investigation ou tout contrôle efficace dans le but de mettre fin à ces actions frauduleuses.

3.2 Un dispositif mobilisateur qui tend à devenir universel

À l'échelle internationale, la prise de conscience des dangers de la corruption ou des pratiques de collusion et la mesure de leurs impacts négatifs sur le terrain économique et démocratique ont émergé progressivement. Si bien que depuis plus d'un quart de siècle maintenant, l'identification de l'ampleur des variantes, l'évaluation du coût de ces pratiques frauduleuses, de leurs liens fréquents avec d'autres formes de criminalité organisée, a amené la communauté internationale à réagir.

Dans un contexte de la globalisation des économies et des marchés, cette réplique a pris la voie de concertations internationales qui ont débouché sur l'adoption d'un certain nombre de conventions spécialisées en matière de lutte contre la corruption. Conventions quelques fois assorties d'actions coordonnées s'inscrivant dans la durée : instauration d'une structure commune dédiée pour superviser la mise en application des préconisations, diffusion de recueils de bonnes pratiques, recensements périodiques des progrès réalisés, leur évaluation et une large diffusion (publique) des « recommandations » de redressement destinées aux États concernés.

Or force est de constater que dans la plupart des enceintes internationales qui s'intéressent à ces questions, il est acquis que le « dénonciateur éthique » – souvent désigné dans les textes francophones par l'appellation « *lanceur d'alerte* » – et plus particulièrement son statut protecteur doivent constituer une priorité pour tous les États engagés dans la lutte contre ces fléaux.

Cela a pour conséquence que dans un nombre croissant d'États de droit, le « dénonciateur éthique » est reconnu comme exerçant un rôle déterminant, voire irremplaçable, qu'on s'applique à structurer et encadrer par l'adoption d'un droit nouveau spécifique. La reconnaissance de son action et de ses droits est vue comme une des mesures nécessaires à tout plan d'action efficace visant à endiguer la corruption (active ou passive), malversation dont le risque est singulièrement présent dans tous les pays à l'occasion des marchés publics.

¹⁶ Constat étayé dans la *Note de l'OCDE sur les principes directeurs et les bonnes pratiques de lutte contre la corruption* soumise à la réunion du Groupe anticorruption du G20 (Bali, mai 2011).

3.3 Une recommandation unanime des organisations internationales engagées dans la lutte contre la corruption dans les marchés publics

Toutes les stratégies et instruments internationaux relatifs à la lutte contre la corruption comportent aujourd'hui des dispositions qui incitent les États à adopter des mesures destinées à conférer à la « dénonciation éthique » un statut juridique afin notamment d'assurer la protection de leur auteur.

Les instances internationales.

C'est le cas de la Convention des Nations Unies contre la corruption (2003)¹⁷ qui comprend un ensemble de dispositions relatives au signalement des faits de corruption.

De même, les deux *Conventions contre la corruption* (1999) adoptées par le Conseil de l'Europe¹⁸ comportent des dispositions spécifiques sur les donneurs d'alerte.

Notons que pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme, qui, dans le cadre de contentieux portant sur le respect de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (CESDH), a progressivement élaboré une jurisprudence favorable à la protection des donneurs d'alerte¹⁹.

Le G20 emprunte le même sillage. La dernière initiative majeure en liste – inattendue de maints observateurs ? – est celle prise par le G20 en 2010. Les États membres ont en effet approuvé, lors du sommet de Séoul, un *Plan d'action de lutte contre la corruption*²⁰ dont l'un des axes (le point n° 7) soutient spécifiquement la protection des déclencheurs d'alerte.

Les organisations internationales.

L'OCDE dont le champ d'expertise porte notamment sur la bonne gouvernance est l'entité qui s'est sans doute le plus fortement engagée dans la promotion du déclenchement d'alerte dans le secteur public comme dans le secteur privé.

Dès 2003, les États membres ont adopté des *Lignes directrices sur la gestion des conflits d'intérêts dans le secteur public*.

¹⁷ *Convention des Nations Unies*, dite de Mérida, signée par 149 États, dont l'article 33 précise que : « Chaque État [...] envisage d'incorporer dans son système juridique interne des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à la présente convention ».

¹⁸ La *Convention civile sur la corruption* et la *Convention pénale sur la corruption* (48 pays) comportent des dispositions relatives à la protection des collaborateurs de justice. L'article 9 de la *Convention civile* stipule : « Chaque partie prévoit dans son droit interne une protection adéquate contre toute sanction injustifiée à l'égard des employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables. »

¹⁹ Dans l'une des affaires récemment jugées (2011), cette Cour estime « que la dénonciation par des agents de conduite ou d'actes illicites constatés sur leur lieu de travail doit être protégée dans certaines circonstances ».

²⁰ <http://www.g20.utoronto.ca/2010/g20seoul-anticorruption.html>

Celles-ci préconisent le traitement des divulgations par la mise en place d'un « mécanisme de signalement destiné à recueillir les signaux de non-conformité ».

À l'égard du secteur privé, les *Principes directeurs de l'OCDE destinés aux multinationales* (2000) prévoient que celles-ci devraient (section II, art 9) « se dispenser d'adopter des mesures discriminatoires ou disciplinaires à l'encontre des salariés qui rapportent de bonne foi à l'encadrement ou, si cela est approprié, aux autorités publiques compétentes, les pratiques contraires à la loi, aux lignes directrices ou au règlement intérieur de l'entreprise ».

En outre, cette organisation – qui regroupe aujourd'hui 32 pays dont l'économie est développée – est à l'initiative de la *Convention sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* (38 États signataires). Texte complété en 2009 par une résolution de son Conseil recommandant aux États signataires de mettre en place des dispositifs assortis de mesures de protection pour les employés du secteur public et du secteur privé (section IX).

Mentionnons finalement que des instruments régionaux, tels que la Convention interaméricaine contre la corruption²¹, la Convention anticorruption de l'Union africaine²² ou l'Initiative anticorruption pour l'Asie-Pacifique²³, comportent également des préconisations invitant les États parties à adopter des dispositions sur le déclenchement d'alerte éthique et sur la protection des whistleblowers.

Des supports éclairants d'organismes non gouvernementaux.

Des organisations non gouvernementales (ONG) ont pour leur part engagé des réflexions, souvent de portée plus concrète, ou mènent des actions tangibles de déclenchement d'alerte visant la corruption.

Par exemple, signalons d'entrée de jeu que, dès 1999, s'est tenue une rencontre d'experts des milieux syndicaux (*Trade Union Advisory Committee*) et patronaux (*Business and Industry Advisory Committee*). Les deux regroupements se sont alors accordés sur l'importance du déclenchement d'alerte pour dissuader et détecter la corruption, et sur la nécessité d'assurer une protection des déclencheurs d'alerte, en particulier dans les pays dans lesquels il n'existe pas une culture encourageant ce type de pratique, et de privilégier les mécanismes internes de détection. De même *Political Risk Services*, organisation autonome depuis 1999, produit depuis cette période des informations documentées sur les indices de la corruption dans près de 150 pays.

Reste que parmi les organisations internationales non gouvernementale *Transparency International* (TI) est l'organisme la plus actif en cette matière.

²¹ Convention entrée en vigueur en 1997 et ratifiée au cours des années suivantes par la plupart des États parties à l'Organisation des États américains.

²² Convention, adoptée en juin 2003, et signée par 43 des 53 États membres de l'Union africaine. Elle est entrée en application en 2006.

²³ Initiative conduite par la Banque asiatique de développement et l'OCDE et approuvée par 25 États, mais sans mécanisme endogène de suivi.

Depuis sa création cette ONG conduit en effet une réflexion pragmatique qui a débouché rapidement sur la promotion de mécanismes visant à encourager et protéger le déclencheur d'une alerte éthique. En plus d'avoir été le premier à proposer (2004) une définition pour une notion articulée du « déclencheur d'alerte éthique » – définition à laquelle nous faisons référence plus haut – et produit régulièrement une analyse fouillée sur les indices de corruption couvrant maintenant près de 100 pays, TI a fourni également des réflexions éclairantes sur le cadre législatif qui paraît le mieux approprié. Ses instances ont d'ailleurs adopté (2009) une résolution spécifique qui invite les institutions publiques à établir un cadre spécifique pour protéger les déclencheurs d'alerte éthique contre les représailles. À cet effet TI insiste pour que soient déterminés des canaux appropriés pour le signalement de ce qui est perçu comme des gestes de représailles, prône une évaluation indépendante des plaintes et suggère des mécanismes de suivi efficaces, dignes de la confiance des alerteurs.

En outre, à l'occasion d'un projet sur le renforcement de la protection des déclencheurs d'alerte dans l'Union européenne, cette ONG a proposé en 2010 une liste de principes pour une réglementation sur le déclenchement d'alerte. Quatre préconisations – rapportées ci-après – qui peuvent aussi bien guider l'élaboration des initiatives nationales que servir à en apprécier la rigueur d'application.

3.4 Balises d'un dispositif jugé approprié et complet

Les paramètres ou critères préconisés par *Transparency International* pour un dispositif approprié et complet à des fins de dénonciation éthique font aujourd'hui l'objet d'un large consensus.

1) Un cadre législatif unique est plus efficace. Cette législation devrait s'appliquer au secteur public et privé, ainsi qu'aux secteurs non concurrentiels et prévoir des chaînes de signalement dignes de confiance susceptibles de recueillir les plaintes.

2) La protection des déclencheurs d'alerte doit être assurée. Les employés du secteur public comme du secteur privé ainsi que ceux qui ne font pas partie de la relation de travail traditionnelle (consultants, emplois temporaires, formateurs,...) devraient être protégés des représailles lorsqu'ils signalent des problèmes de bonne foi. Ils devraient recevoir une reconnaissance professionnelle pour avoir empêché un préjudice excessif pour l'organisation ou la société. Un système de récompense, prenant en compte le contexte particulier national et légal, pourrait être instauré.

3) Les signalements internes et externes doivent être protégés. Dans la mesure du possible, les signalements ou problèmes devraient d'abord être soulevés en interne et signalés au corps approprié instauré par l'organisation avec l'assurance que le déclencheur d'alerte dispose de garanties de confidentialité. Les déclencheurs d'alerte devraient également avoir la possibilité de rapporter à l'extérieur à une autorité de régulation, aux autorités de mise en oeuvre ou à d'autres corps externes compétents. En dernier ressort, la révélation aux médias devrait également être protégée.

4) Le respect de la réglementation est essentiel. Pour assurer une application adéquate des dispositions légales, un organe indépendant doté de suffisamment d'autonomie doit être érigé, ou désigné formellement s'il existe déjà, pour superviser l'application de la loi [sur la dénonciation éthique] et recevoir les éventuelle plaintes pour représailles.

3.5 Quelle appréciation porter sur ces contributions internationales?

Une analyse comparée des initiatives internationales de lutte contre la corruption met en lumière deux ordres de traits communs.

3.5.1 Des convergences fortes

Les différentes conventions internationales visant la lutte à la corruption mettent de l'avant divers moyens, notamment les indispensables collaborations interétatiques au plan judiciaire. Parallèlement, un large consensus s'en dégage concernant la nécessité d'une reconnaissance juridique de l'acte de « dénonciation éthique », identifiée généralement dans les textes sous le vocable générique « *whistleblowing* ». On y voit là un outil essentiel de lutte aux stratagèmes de ces concussions. Mais aussi un instrument structurant à l'exercice de la « citoyenneté responsable ».

En effet l'institutionnalisation d'un dispositif adapté à cette mission y est considérée simultanément :

- **Instrument essentiel de lutte à la corruption.** Pour les institutions internationales, le déclenchement d'alerte par la divulgation de faits répréhensibles est reconnu comme un instrument indispensable de la lutte efficace contre les pratiques corruptrices ou collusives. L'encouragement du *whistleblowing* est considéré contribuer à limiter les risques de corruption aussi bien au plan domestique que dans les transactions internationales.
- **Outil de la responsabilisation citoyenne.** Il est estimé que l'enjeu de cette pratique dépasse celui de la lutte contre la corruption. Ainsi, pour l'OCDE par exemple, il est le signe d'une « culture citoyenne ouverte et responsable ». On reconnaît ainsi qu'une institutionnalisation adéquate de la dénonciation éthique s'avère « indispensable pour sauvegarder l'intérêt public et la confiance accordée aux institutions publiques »²⁴.

Inspiré par de telles ambitions, le champ d'application préconisé pour le déclenchement d'alerte éthique a le potentiel de viser une panoplie de sujets et de s'adresser à palette d'acteurs très étendue. Ainsi, à titre d'illustration, plusieurs conventions internationales recommandent que la possibilité de déclenchement d'alerte s'applique indifféremment aux personnels du secteur public comme du secteur privé et qu'il en soit de même pour le régime de protection des dénonciateurs éthiques, personnes physiques ou morales.

3.5.2 Des limites intrinsèques convenues

Toutefois, la limite caractéristique de ces instruments internationaux tient pour l'essentiel à leur caractère non contraignant.

Les dispositions des textes « conventionnels » internationaux portant sur la lutte à la corruption, à l'instar d'autres initiatives prises à cette échelle sur des questions de régulation, se bornent, en effet, à formuler de orientations générales assorties de recommandations à l'endroit des parties signataires.

²⁴ OCDE, *Panorama des administrations publiques* 2009.

L'adoption d'un cadre juridique pour la « dénonciation éthique » et celui réservé à son auteur, de même que les dispositifs procéduraux afférents, leur gestion et le traitement des difficultés d'interprétation ou de mise en œuvre qu'ils peuvent soulever se déroulent donc essentiellement au niveau national.

Situations qui ne manquent pas de favoriser disparités, inégalités, voire incohérences de diverses natures. Ces limites favorisent l'entretien de porosités de divers ordres face aux pressions corruptrices, anciennes ou nouvelles. Une perméabilité accentuée lorsque sur un même territoire les normes et leur encadrement relèvent de systèmes juridiques différents ou de hiérarchies institutionnelles distinctes.

Ainsi, lorsque la détermination et l'encadrement de la dénonciation éthique sont laissés qu'à la prérogative des pouvoirs publics infranationaux, ou qu'à l'initiative non juridiquement encadrée de chacune des entreprises dans le secteur privé, confusion, disparité et inégalité de traitement sont observables. Une perception de désorganisation institutionnelle et de flous exposant à des risques de divers ordres s'installe, tant au plan domestique qu'à l'étranger.

Comme le mettent en lumière divers rapports ou analyses²⁵, la décentralisation ou délégation du pouvoir normatif dans ce domaine dessert l'ambition pourtant généralement affirmée « solennellement » par l'État tutélaire de la conduite d'actions déterminées et cohérentes – tant préventives que curatives – contre la corruption sur le territoire où s'exerce sa compétence. Actions au service de sa mission inaliénable de sauvegarde de l'intérêt public et de la probité qu'elle commande²⁶.

Remarques conclusives

Force est de constater que même dans les sociétés de droit, pourtant toutes « alertées », voire « officiellement » très mobilisées contre la corruption, l'instrumentation pour la dénonciation éthique, dispositif reconnu et promu dorénavant universellement, s'avère encore très imparfaitement ou inégalement implantée sur plusieurs territoires nationaux.

Territoires sous l'égide de gouvernements pourtant sensibilisés, notamment instruits des limites des outils de contrôles bureaucratiques, et qui disposent pleinement de la compétence constitutionnelle pour agir.

²⁵ Notamment, les études comparées des agences de supervision comme le GRECO du Conseil de l'Europe, celles de l'OCDE ou de l'ONU ou les analyses plus poussées conduites par des organisations nationales spécialisées telles que le *Service central de la prévention de la corruption* en France ou la *Federal Accountability Initiative for Reform* (FAIR) spécialisée sur les dispositifs canadiens.

²⁶ Parmi les États édifiés sur le modèle fédéral, plusieurs États fédérés compétents sous certains aspects en jeu (ex. : États-Unis, Canada, Australie) ont adopté des réglementations spécifiques sur le déclenchement d'alerte. Toutefois, phénomène paradoxal, dans plusieurs de ces États fédérés dont l'organisation interne des compétences suit pourtant le modèle unitaire, le pouvoir normatif et les contrôles quant à la probité en matière de marchés publics sont souvent laissés (abandonnés ?) à l'éclectisme des administrations locales.

PARTIE II : PRINCIPES SUPPORTANT L'ADOPTION D'UN DISPOSITIF POUR ENCADRER LA DÉNONCIATION ÉTHIQUE EN MILIEU ORGANISATIONNEL

La « dénonciation » en vue d'alerter l'autorité reconnue responsable de garantir tant l'intégrité de la mission institutionnelle que la protection des personnes et des biens, collectifs ou privés, est un mode d'action qui a toujours été présent dans les entités le moins organisées. Représentant un souci de cohésion et de perpétuation ce geste, vu relevé naturellement du sens commun, doit aujourd'hui dans divers domaines ou secteurs s'ajuster aux enjeux de l'heure dans le respect des droits et des devoirs reconnus.

Suivant cette logique, force est de reconnaître que tout dispositif qui supporte la « dénonciation éthique » (le *whistleblowing*) s'avère distinctement une composante instrumentale de l'éthique appliquée.

Pour se révéler pertinent, un appareillage de cet ordre – par définition ni unique ni statique – doit donc obligatoirement se montrer adapté aux diverses situations et tensions qui peuvent surgir entre d'une part les valeurs stables en cause (valeurs morales, sociétales, organisationnelles, professionnelles, etc.) et, d'autre part, les normes déontologiques ou procédurales retenues pour en assurer le respect ainsi que les pratiques concrètes que ces dernières autorisent. Des pratiques qui doivent se montrer utiles et efficaces aux éventuels utilisateurs eu égard au contexte sociopolitique et organisationnel dans lequel ils évoluent.

Or si on constate que le nombre des États démocratiques qui adoptent de tels procédés aux fins d'alerte organisationnelle est en croissance, les dispositifs sous leur égide sont à différents degrés. Les motifs nationaux à l'origine de ces réglementations peuvent être très variés et influencer sur la portée et la qualité de l'instrumentation retenue pour les secteurs public et privé.

Reste que pour les fins qui nous intéressent une typologie des paramètres essentiels des dispositifs adoptés par les États peut être établie – **chapitre 5.0** – au regard de l'objectif de détection et de lutte contre la corruption ou les fraudes de divers ordres qui y sont associées.

4.0 ASSISES DE LA DÉNONCIATION ÉTHIQUE EN MILIEU ORGANISATIONNEL

À l'instar des autres dispositifs ou procédés au service d'une déontologie, le cadre normatif d'un mécanisme de « dénonciation éthique », autant en milieu intra organisationnel que hors entité structurée d'ailleurs, y compris le vecteur de la communication proprement dite, doit s'appuyer sur une infrastructure conceptuelle qui assure des pratiques objectivement éthiques. Des modalités qui sont perçues justes et pertinentes par les utilisateurs parce que celles-ci se montrent adaptées aux enjeux, efficaces et, surtout, respectueuses des personnes.

Rendus à l'étape des réflexions sur les mesures concrètes à proposer pour diminuer l'occurrence des phénomènes de corruption et de collusion mises au jour, les Commissaires trouveront sans doute opportun que soit rappelé sommairement ici deux ordres de principes qui habilitent l'introduction d'un dispositif de dénonciation éthique.

Soit au titre des valeurs dites stables : le « **principe moral** » et le « **principe démocratique** », dimensions abordées dans divers travaux commandés par la Commission puisque ces facteurs sous-tendent l'ensemble de son mandat et ses recommandations à venir. Quant aux **principes de portée opérationnelle**, les fondements de l'idéal-type procédural pour la dénonciation éthique qui se dégage de diverses initiatives jugées concluantes méritent ici une attention particulière.

En effet, autant pour le secteur public que le secteur privé, les enjeux et implications diverses – sociétal, juridique, fonctionnel, opérationnel, voire sémantique – que soulève l'introduction d'un dispositif pour l'alerte éthique axé sur la probité ne peuvent se satisfaire d'une posture d'attentisme ou de « laisser-faire » de la part de la puissance publique.

4.1 Un fondement moral en lien avec la « citoyenneté responsable »

Divers témoignages, réflexions ou avis suscités par les travaux de la Commission sur les fondements de la probité de l'action publique relèvent de la philosophie morale contemporaine. L'articulation de cette pensée, souvent qualifiée d'éthique ou déontologique, affirme le principe de priorité du *juste* sur le *bien*²⁷. Conception qui conduit au constat que l'idéal moral s'accorde avec l'impératif du *devoir*.

Ainsi, le fondement moral d'une action de dénonciation dans un cadre éthique s'apprécie à l'aune du *devoir* qui s'impose rationnellement à la personne. En découle que l'ambition de quiétude fondée sur l'indifférence ou un relativisme inconditionnel, postures fréquemment justifiées dans les réflexions post-modernes sur le « bien-être », doit passer après le respect du devoir moral où le *juste* prime.

Or dans les sociétés démocratiques, le « *contrat social* » – réalité diffuse façonnée à la fois par les *idées* du libéralisme politique à l'origine de l'*État moderne* et celles qui, au fil du temps, ont déterminé l'aménagement d'un État de droit cohérent avec ces croyances ou convictions – prône l'exercice d'une « citoyenneté responsable ».

Conception qui suppose que la citoyenneté fondée sur l'égalité des personnes et des droits commande impérativement une équation égalitaire similaire quant aux devoirs.

²⁷ Henry Sidgwick (1907) a exposé le sens et la portée de cette différenciation dans un ouvrage qui a fait école : *The Methods of Ethics*. Il identifie notamment les philosophies morales qui considèrent que la valeur morale réside dans le « bien » (*good*) et celles, généralement plus contemporaines, qui considèrent que la valeur morale réside dans le « juste » (*right*).

Cette vision ouvre donc tout naturellement sur l'éthique des justes devoirs du citoyen. Des prescriptions qui s'appliquent aussi bien aux rapports des individus entre eux qu'aux rapports, volontaires ou obligatoires, entretenus avec les institutions qui incarnent la puissance collective, garante de l'intérêt général et du bien commun.

Cette responsabilité « citoyenne » (obligation de prévenir, agir à temps, réparer, rendre des comptes et s'exposer ainsi à une sanction, positive ou négative) est attendue des diverses composantes de la société : individus, groupes, entreprises. L'exercice s'en vérifie autant au travers des supports formels (participation, dans le respect des règles, aux processus démocratiques; versement de contributions obligatoires : impôts, charges diverses, tarifications, etc.) que par des actions d'assistance ponctuelle.

Ainsi, fournir spontanément une aide pour neutraliser ce qui a le potentiel de remettre en cause l'intégrité des missions conférées aux institutions collectives par une privation frauduleuse de leurs moyens ou d'entacher la probité dans l'utilisation des ressources communes, au même titre qu'agir pour éliminer les menaces à la sécurité des personnes et de leurs biens légitimes, sont des comportements congruents attendus.

Suivant cette logique, dans un contexte de marché public, le dénonciateur éthique est la personne soucieuse d'agir en citoyen responsable face à des abus de faiblesse dans le fonctionnement des institutions publiques, commis au profit d'intérêts étroits, voire criminels par l'utilisation de moyens illicites. L'ambition étant de mettre fin à une dynamique non conforme aux normes ou aux règles instaurées légitimement par la Puissance collective.

Dans ce contexte, la fonction du dénonciateur éthique (le whistleblower) est vue se limiter à la production d'un signal d'alerte en direction d'une autorité en situation d'agir. La finalité de la dénonciation éthique pouvant en l'état se comparer à celle de l'arbitre qui d'un coup de sifflet signale une infraction aux règles établies dans le but de mettre fin au jeu.

4.2 Argumentaires incitant à l'adoption d'une législation sur la « dénonciation éthique » en milieu organisationnel, public et privé

Depuis maintenant plus de vingt ans, l'affirmation de l'Éthique dans la sphère publique, comme cela est le cas, de plus en plus, dans la sphère privée, est spectaculaire.

Elle ne traduit pas vraiment une renaissance de l'éthique publique ou de la déontologie, mais une réaction à des dysfonctionnements mis au jour de manière répétée. Comportements qui manifestement s'en étaient éloignés dans diverses organisations de statut public ou privé. C'est lorsque l'Éthique est ainsi en danger qu'il est sans doute nécessaire d'en rappeler le rôle, ses propriétés et les conditions de son observance.

Ainsi, il est facile de constater que le recours à l'instrumentation de base de l'éthique appliquée (*charte éthique, code déontologique*) a été une réponse souvent rapide certes, mais fréquemment soporifique à la suite des dérives ou des scandales de divers ordres.

Un geste de riposte « vertueuse » pour alimenter une communication qui se voulait apaisante à l'endroit des parties prenantes des organisations touchées et, surtout peut-être, rassurante pour l'opinion publique.

Mais si décidées dans la précipitation et que pour des motifs d'image le résultat de ces initiatives se révèle généralement inconsistant ou superficiel.

Privées d'ancrages à la hauteur des enjeux – tels une action de socialisation spécifique (formation obligatoire) et de vulgarisation auprès des personnels et des collaborateurs externes, anciens et nouveaux, l'offre de supports aux acteurs face à l'évolution des risques et des dilemmes éthiques que ceux-ci engendrent, etc. – ces mesures s'avèrent inconsistantes ou essentiellement cosmétiques. Ne prévoyant pas non plus l'exercice d'un contrôle efficace du respect des standards édictés ces énoncées revêtent la facture d'une liste de vœux pieux aux yeux des personnels et collaborateurs concernés.

Aussi, en milieu organisationnel, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, l'éthique, même si elle se prête facilement à une expression normative souple, a besoin d'assises solides et résistantes pour son infrastructure et éclairantes pour son administration. L'instrumentation de l'éthique appliquée exige cette robustesse. Et dans les États de droit, une législation cadre à caractère organique remplit normalement ce rôle.

Apport irremplaçable du législateur. Les instruments « *Déclaration* – « *solennelle* » –, *des valeurs organisationnelles* » et « *Code de déontologie* » supporté par un « *Dispositif de dénonciation éthique* » visant le déclenchement, en temps utile, d'une alerte sur les dérogations aux normes de probité édictées sont complémentaires. Ils combinent trois des propriétés fondamentales à l'éthique des conduites et des comportements : l'information de ceux pour qui ils ont été élaborés, leur sensibilisation aux risques, par essence évolutifs, de malversations et leur responsabilisation.

Ces outils de gestion de l'éthique en milieu professionnel répondent incontestablement à une attente de toutes les parties prenantes.

Or, dans un État de droit, seul une loi adoptée par le Parlement peut garantir rendre ces instruments obligatoires – y compris les processus de gestion et de contrôle afférents – dans le respect de tous les droits et devoirs reconnus.

L'adoption d'une telle législation pour encadrer dispositifs et pratiques de la dénonciation éthique correspond certes à la détermination souhaitée par les organisations internationales mais, surtout, elle fournit les conditions favorables à la mobilisation réclamées par les populations pour lutter contre le fléau de la corruption. Aspiration hautement légitime et habituellement généralisée chez les citoyens (à la fois contribuables, destinataires de services publics de qualité au moindre coût et électeurs) quand les ressources collectives sont en jeu.

Des préoccupations certes présentes au Québec et dont témoigne dans une certaine mesure l'audience soutenue aux travaux de la Commission.

4.2.1 Dans le secteur public

Lors de sa plus récente édition du « Panorama des administrations publiques » qui aborde cette question, l'OCDE relève « *qu'en 2009, 29 pays membres contraignaient leurs fonctionnaires à dénoncer les fautes observées et/ou ont mis en place des procédures facilitant ces alertes, contre 21 pays en 2000* ».

Aujourd'hui, à l'échelle des pays membres de l'ONU, le recoupement de données provenant de diverses sources permet d'estimer ce nombre à plus d'une centaine d'États, indépendant, fédéré ou associé autrement, qui se réclament être dotés de ces dispositions.

Cependant dans les faits l'ampleur de telles statistiques ne doit pas faire illusion. La rigueur de la disposition annoncée contraste souvent avec la faiblesse des pratiques et donc celle des résultats.

Ainsi, lorsque s'applique que la logique bureaucratique traditionnelle, publique ou privée, limitant l'information d'alerte à la ligne hiérarchique – situation qui prévaut dans beaucoup de secteur public²⁸ –, il n'existe ordinairement pas de procédure de traitement particulier de cette communication, et l'absence de dénonciation, lorsqu'elle revêt que le caractère d'une obligation administrative, est rarement sanctionnée. De même il n'existe aucune protection spécifique du « signaleur » dans plusieurs administrations publiques, hors les dispositions générales du corps d'emploi auquel il appartient.

Constatons qu'à l'opposé de l'ambition limitée d'une telle simple prescription administrative – réparer et atténuer, faute de prévenir et de supprimer les risques de corruption et les fraudes apparentées – les conditions d'un dispositif de gestion moderne de l'éthique appliquée à la « dénonciation éthique » diffèrent au plan de la portée et des effets recherchés.

En effet, rares sont dans la bureaucratie traditionnelle (publique ou privée) les programmes de prévention par l'identification de l'évolution des risques éthiques et des nouvelles formes de pressions qu'ils génèrent avant que ne surviennent (à répétition ?) des manquements caractérisés aux normes légales; de même inexistante l'obligation pour les autorités de fournir une rétroaction au signalement administratif d'actes répréhensibles provenant des personnels du rang; et évidemment impossible le recours, même sous conditions restrictives, à une dénonciation externe.

²⁸ Situation qui prévaut toujours au Québec comme le précisait la ministre responsable de l'administration gouvernementale lors de propos rapportés par le journaliste Gilbert LEDUC, dans un article intitulé "Whistleblowers" À vos risques et périls, Le Soleil, samedi 6 mars 2004, p. D1.

Pourtant aujourd'hui, l'organisation, disons plus « commerciale », des productions et prestations du secteur public et ses liens étroits avec le secteur privé, marchand ou non marchand, multiplient potentiellement les formes nouvelles de conflit entre les intérêts personnels ou professionnels. Ceux, bien sûr, des fonctionnaires – ou autres titulaires d'un statut de charge publique – mais aussi ceux des agents de l'entreprise privée qui se retrouvent ainsi associés provisoirement à une mission de service public, et ses hauts standards éthiques attendus de la population.

Dans un contexte politique et économique, voire idéologique, qui favorise non seulement les décentralisations administratives accrues, mais également les délégations de la gestion publique dans divers domaines et devant la multiplication des marchés publics que ces orientations favorisent ou commandent, l'adoption d'une stratégie complète pour une gestion efficace des risques éthiques (anciens et nouveaux) est partout jugée nécessaire.

Pour se montrer complète et pertinente celle-ci doit prévoir non seulement une réglementation, fréquemment actualisée, qui interdit les intérêts privés inacceptables et prenant la forme d'un code normatif classique. Mais une telle stratégie doit également prévoir une méthode pérenne de repérage des risques et de sensibilisation des acteurs de tous les niveaux aux situations nouvelles de *conflit d'intérêts* – notion générique clef²⁹ pour désigner et traiter adéquatement de ces problématiques.

S'ajoute incontestablement la nécessité d'adopter une instrumentation (« *coffre à outils éthique* ») adaptée à la conduite d'une lutte efficace contre les diverses formes de concussion, celles de facture ancienne et les nouvelles.

Ainsi, un plan d'action moderne de lutte contre les conflits d'intérêts dans le cadre des marchés publics par exemple ne repose pas seulement sur le contrôle rigoureux des intérêts privés des individus qui y exerce des charges, mais aussi sur l'identification et la prévention des risques pesant sur l'intégrité de la prise de décision publique, tant au niveau politique qu'administratif, l'exercice de contrôles appropriés et l'application de sanctions proportionnées.

On peut de la sorte apprécier plus clairement pourquoi l'arsenal contemporain des mesures, complètes et efficaces, de lutte à la corruption exige pouvoir s'appuyer sur une volonté de doter tous les intervenants (agents publics et agents privés provisoirement associés) d'outils favorables à la pratique d'une constante transparence dans la gestion de ces « affaires » relevant du domaine public.

²⁹ Définition de portée générique : un conflit d'intérêts dans un cadre public implique une opposition entre la mission publique et les intérêts privés d'un titulaire d'une charge qui lui est associée. Situation où l'acteur public possède à titre privé des intérêts (matérielles ou immatérielles) qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités. (OCDE, 2006)

Un résultat certes favorisé par l'adoption d'un dispositif offrant une possibilité de « dénonciation éthique », à l'interne et/ou à l'externe, de malversations ou faits répréhensibles selon des conditions et modalités adaptées aux principes qui sous-tendent le service public dans les États de droit³⁰.

4.2.2 Dans le secteur privé

En général dans le secteur privé, les conflits d'intérêts ont été pareillement reconnus comme l'un des principaux facteurs qui expliquent les déficiences de ce qu'on nomme parfois la *gouvernance* d'entreprise. Le discours éthique a donc également gagné certaines entreprises, voire les milieux associatifs dédiés, et des syndicats conscients des enjeux et contraintes dont est porteur ce phénomène pour leurs membres.

Il est vrai que cette posture n'a souvent été qu'une riposte « communicationnelle » à des affaires fortement médiatisées de fraude, de corruption, ou de délits d'initiés. Mais, au-delà du sauvetage de l'image parfois rudement endommagée de l'entreprise privée notamment dans un contexte de mondialisation, peu compris ou occulté – en particulier par nombre de PME laissées sans repère quant aux conduites à tenir sur les marchés publics, nationaux et étrangers –, l'intérêt d'un discours minimal pérenne³¹ sur l'éthique s'est objectivement imposé.

Il est important de souligner ici que ce souci accru de lutte contre la corruption fait peser des menaces nouvelles sur les entreprises privées, semi-privées ou publiques, grandes ou petites qui s'ouvrent sans préparation adéquate aux marchés étrangers. Les possibilités de condamnation pour utilisation de méthodes « dorénavant » interdites par une législation nationale parce que jugées corruptrices, et les coûts afférents – coûts juridiques, coûts en conseil et coûts en communication « réparatrice » – se multiplient.³²

Ainsi, dans le cadre normatif anticorruption qui se développe, tant sur le plan international qu'aux niveaux nationaux, le rôle croissant des règles de *corporate governance* et d'une reconnaissance de la *responsabilité sociale* des entreprises a conduit à une généralisation – parfois spontanée, mais le plus souvent imposée par lois – de dispositifs d'alerte éthique ou professionnelle, sur le modèle du *whistleblowing* défini par la *Loi Sarbanes-Oxley*, dont la portée, il faut bien en prendre acte, est extraterritoriale.

³⁰ Ces principes interdépendants peuvent être présentés sous forme de 4 familles complémentaires: « Fiabilité - Prévisibilité », « Ouverture - Transparence », « Efficacité - Efficience » et « Responsabilité ». Pour plus de précisions on peut utilement consulter : Bernier, P. (2011). « **L'éthique et les services aux citoyens** » in *Éthique et gouvernance publique : principes, enjeux et défis*, Boisvert, Yves (éd.), Montréal, Liber, p. 69-103.

³¹ Une étude menée en 2010 auprès des membres du Collège des administrateurs du Québec est révélatrice du niveau des préoccupations éthiques qui animent les dirigeants de PME québécoises. (Résultats rapportés par le journal *Les Affaires*, semaine du 20 au 26 novembre 2010, vol. LXXXII, no 43)

³² Et ce parfois en raison, soupçonne-t-on, de stratégies défensives d'États ou d'entreprises officiellement partenaires, mais néanmoins toujours concurrents, visant la protection de leurs marchés intérieurs.

En outre, dans un contexte de multiplication des marchés publics et de leur ouverture aux entreprises étrangères, des législations comme la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) aux États-Unis et la *UK Bribery Act* (UKBA) en Grande-Bretagne³³ – lois dont la portée est également universelle ! – créent des risques importants dans d'autres pays, y compris bien sûr pour les entreprises québécoises. Les entités corporatives et leurs dirigeants, « indéliçats » ou aux méthodes jugées concussionnaires, peuvent être poursuivis pénalement ou administrativement dans ces deux États pour des actes de corruption commis ailleurs, c'est-à-dire tout pays.

Dans cet environnement nouveau et contraignant, l'éthique d'entreprise devient une source affichée de règles comportementales, de l'entreprise et dans l'entreprise. Celles-ci doivent alors être axées non seulement sur la réussite économique et la bonne gestion interne des ressources en tant que facteurs de production, mais également sur sa responsabilité sociale et sur l'entretien de son statut de citoyen corporatif responsable.

L'Éthique exprime donc aussi la « responsabilité sociale » de l'entreprise, présentée comme nouveau concept pilier du positionnement sociétal de l'entreprise et de ses parties prenantes. Quand ces convictions sont assorties de normes déontologiques congruentes, cette vision de l'éthique peut permettre de fédérer les personnels de l'entreprise autour de certaines valeurs qui déterminent et orientent les conduites et comportements, internes et externes. Depuis quelques années déjà, notamment aux États-Unis, cette vision est même (certains diront enfin !) l'objet d'enseignements universitaires, conduisant à un diplôme de management, véritablement complet, ou de programmes de formation continue pour praticiens.

On mesure ainsi mieux que l'Éthique dans le secteur privé ne consiste pas seulement à formuler des valeurs dites corporatives, sauf à vouloir rester dans un discours incantatoire. Présenté comme un instrument de régulation et de gestion de l'entreprise, l'énoncé des croyances organisationnelles prend une portée normative. L'objectif principal n'est certes pas de compléter un environnement juridique déjà dense et souvent complexe, mais de responsabiliser chacune des parties prenantes.

En effet, si l'Éthique se prête à un discours philosophique intéressant, elle mérite surtout une traduction comportementale concrète à tous les niveaux des structures organisationnelles.

De fait, la portée contraignante de simples déclarations sur les convictions défendues par l'organisation est bien faible lorsque ne sont exprimées que des valeurs destinées à rassurer les parties prenantes externes à l'entreprise, au moyen d'une communication institutionnelle qu'on souhaite voir relayer par des médias plus ou moins complaisants.

³³ L'UKBA est d'application récente et de portée étendue malgré les réticences et polémiques que ce texte a soulevées. On notera qu'il a été adopté par le Parlement britannique en avril 2010 et n'est entré en vigueur qu'en juillet 2011, soit 14 mois plus tard!

Plus nombreux sont donc désormais les codes déontologiques et les instruments facilitant le contrôle de la conduite et des comportements dans le cadre des missions conférées aux personnels et collaborateurs externes de l'entreprise, fonction première, comme on l'a vu, d'un dispositif de dénonciation éthique qui rejoint salariés, dirigeants et sous-traitants et invitent tout naturellement à leur vigilance.

Reste qu'aujourd'hui encore un très grand nombre d'entreprises (grandes et petites) ou organisations à but social (ONG, OSBL) semblent encore considérer (motifs culturels, idéologiques, insouciance affairiste, aveuglement volontaire...?) que le signalement éthique n'est en définitive, dans la panoplie anticorruption, qu'un remède ultime à considérer qu'après démêlés avec la justice.

C'est-à-dire un instrument de dernier recours, qui n'est à envisager (souvent par crainte du scandale, de l'atteinte à la réputation de l'organisation ou à celles de ses dirigeants) que lorsque les autres procédures internes, classiques et confidentielles (audits, mises en garde diverses) n'ont effectivement pas fonctionné correctement.

4.3 Pertinence d'une facilitation de l'alerte éthique dans le cadre des marchés publics

Rappelons que par sa nature, le dispositif de « marché public » est fondamentalement un mode d'action publique. Fondée et régulée selon les principes du service public, la commande publique se traduit alors en contrat ou convention d'achat de biens, services ou ouvrages ayant pour demandeur une personne de droit public et pour offrant une personne de droit privé, cette dernière agissant généralement dans un but lucratif.

Dans le cadre de ces tractations, les personnels, autant ceux du secteur public que du secteur privé – comme a pu le mettre en lumière les travaux de la Commission – se montrent souvent désorientés, voire dépourvus pour affronter diverses situations qui ont le potentiel d'entacher la probité dans l'action publique.

C'est évidemment le cas lorsque les décisions de divers ordres entourant la formulation et la gestion de la commande publique, tant au sein de l'administration centrale que des administrations territoriales, ne sont pas supportées par une procédure stable et transparente, connues de tous les personnels des organisations concernées, et que les agents en situation d'interface (partie publique et partie privée) sont incapables d'identifier ou de faire primer l'intérêt public.

Les conditions sont certes davantage périlleuses lorsqu'une organisation partenaire repose explicitement dans ses rouages stratégiques sur des pratiques illégales (ex. entité du crime organisé). Mais cela est également la situation lorsqu'il semble établi que l'employeur public ou privé (i.e. la « ligne hiérarchique ») n'adoptera pas de mesures efficaces et légales ou lorsqu'il n'existe pas de dispositif d'alerte externe digne de confiance et que de graves discriminations sont prévisibles.

Pour parer aux risques de dérive et, surtout, contribuer à résoudre les dilemmes éthiques engendrés par de telles situations, il est attendu aujourd'hui de la puissance publique qu'elle veille à l'établissement de dispositifs correctement orientés pour la dénonciation de tels dysfonctionnements et qu'elle octroie à cette fin une protection efficace aux lanceurs d'alerte, qui agissent de bonne foi.

Un enjeu d'ordre instrumental pour la Commission ?

Comme a pu le constater la Commission, le Québec accuse un important retard législatif à cet égard.

Elle aura notamment à évaluer si divers stratagèmes délictueux que ses travaux ont mis en lumière auraient été découverts et neutralisés plus rapidement si le cadre législatif avait été plus propice, et soutenant pour encourager une « dénonciation éthique » responsable?

Dans la dernière étape de ses travaux, à l'instar d'enquêtes marquantes contemporaines, tenues ici et à l'étranger, la Commission aura donc à décider de l'opportunité de recommander formellement la mise en place d'un dispositif pour l'alerte éthique centré sur les « marchés publics », mode d'action publique reconnu, par tous les observateurs attentifs de la gestion publique, hautement vulnérable à la corruption et à la collusion.

Une vulnérabilité tant au plan « structurel » que « fonctionnel » comme l'analyse qui suit le met en évidence³⁴.

³⁴ Problématique décortiquée à la **Partie IV** du présent avis.

PARTIE III: ARCHITECTURE DES DISPOSITIFS ÉTATIQUES POUR LA DÉNONCIATION ÉTHIQUE ET LA PROTECTION DES ALERTEURS

Dans des sociétés développées comparables à celle du Québec plusieurs États se réclament aujourd'hui être dotés de dispositifs normalisés pour la dénonciation dans le but du déclenchement d'une alerte à caractère éthique ou déontologique. Mais ceux-ci sont à différents degrés.

Même si les intentions ou les circonstances immédiates à l'origine de ces mesures peuvent être effectivement très variées, l'analyse comparée permet de dégager une typologie des composantes ou éléments structurants de ces mécanismes (**chapitre 5.0**). Cette approche analytique permet en plus d'identifier des lignes de force (idéaltypes) concernant les dispositions visant la protection des protagonistes (**chapitre 6.0**).

5.0 STRUCTURES DES DISPOSITIFS

Portant un regard croisé sur l'état des lieux à la suite des principales initiatives prises, la structure des dispositifs établis retient d'abord l'attention sous deux critères : le « **champ d'application** » (5.1) et les « **procédures ou modalités de divulgation** » (5.2).

5.1 Le champ d'application des dispositifs

D'entrée de jeu, une distinction doit être faite entre deux groupes d'États : ceux qui disposent de **lois spécifiques** sur la dénonciation éthique et ceux où le lancement d'alerte est traité dans le cadre de **lois sectorielles**.

5.1.1 Les lois spécifiques sur la dénonciation

Aujourd'hui une cinquantaine de pays se réclament disposer d'un texte législatif appartenant à la catégorie qui a la dénonciation en milieu organisationnel pour objet spécifique.

Principales caractéristiques. Ces lois portent exclusivement sur le lancement d'alerte dans le cadre d'une dénonciation répondant à des normes éthiques. Cette spécialisation est vue présenter l'avantage de rendre ces législations plus visibles et leurs mécanismes plus faciles à identifier par toutes les composantes d'une société.

En théorie, le champ d'application de telles législations est large. Habituellement, la réglementation qui en découle a vocation de s'appliquer à la fois au secteur public et au secteur privé.

De même, la liste des conduites ou comportements visés par un signalement est étendue. Ces réglementations prévoient ordinairement un périmètre de situations et des définitions de conduites ou de comportements selon lesquels les faits pouvant être signalés ne se limitent pas à un seul domaine comme la corruption, mais s'appliquent à une large gamme de conduites : la violation de toute loi, celle des normes déontologiques codifiées, des règles ou directives administratives édictées pour la mobilisation et la gestion des facteurs de production, voire la dérogation aux « bonnes pratiques » recommandées.

Autre élément important de ces lois dites spécifiques, le cadre normatif des procédures prévoit l'alerte interne et l'alerte externe à l'organisation en cause. Ces textes chargent un organe public d'exercer une responsabilité de supervision, le plus souvent assortie d'un rôle-conseil aux déclencheurs d'alerte, voire la fonction de recevoir les signalements. Enfin, ces lois instaurent des voies de recours devant des organes externes aux structures organisationnelles pour protéger les protagonistes. S'il s'agit le plus souvent de tribunaux ou cours de droit commun, certaines législations érigent de nouvelles autorités indépendantes, du moins en première instance. Mais la plupart des pays ont recours, à cette fin, à des organes existants, y compris à l'*Ombudsman*.

Exemples représentatifs.

Parmi les États susceptibles d'intéresser en priorité la Commission, précisons que les premiers, sous régime parlementaire comparable à celui du Québec, qui ont disposé d'une réglementation et de procédures complètes, sont la Grande-Bretagne avec la *United Kingdom's Public Interest Disclosure Act (UK PIDA)* adoptée en 1998, et la Nouvelle-Zélande et sa *Protected Disclosures Act* promulguée dès 2000.

Précisons néanmoins que les lois adoptées en Australie (entre 1990-2000) et la réglementation canadienne au palier fédéral (2005) (de même que celle prise aujourd'hui dans sept Provinces canadiennes) ne s'appliquent qu'au secteur public³⁵.

Le cas singulier des États-Unis. Pour ce qui est des réglementations américaines, dont certains aménagements – notamment ceux pour les recours des dénonciateurs lésés – ont inspiré les législatures canadiennes, il est important de savoir que la logique politico-juridique qui a mené à reconnaître et à réglementer la dénonciation d'actes frauduleux, a suivi historiquement une voie singulière dans ce pays.

Dès 1863, la *US False Claims Act* (également connue sous le nom emblématique de *Lincoln Law*) a autorisé et promu l'action de « *QUI TAM* » – procédure héritée de l'époque coloniale – par laquelle tout particulier peut engager directement une action au nom de la puissance publique, donc « dénoncer » au système judiciaire les cas de fraude à l'endroit de l'État et recevoir une récompense pour l'avoir fait. Ce type de procédé a été prévu dans un grand nombre de lois organiques aux XIX^e et XX^e siècles, tant à l'échelon fédéral qu'à celui des États fédérés ou dans les réglementations adoptées par les pouvoirs publics du niveau infra-étatique.

Or au tournant des années 1990 l'opinion publique s'est mobilisée, encore une fois, contre diverses formes de malversations présentes à répétition en milieu organisationnel, notamment dans le secteur privé.

³⁵ Par ailleurs, il peut servir, notamment pour les entreprises québécoises intéressées par les marchés publics à l'étranger, de savoir que plusieurs pays d'Afrique, emboitant le pas à l'Afrique du Sud et au Ghana, se sont également dotés au cours des dernières années d'une loi spécifique sur la dénonciation, et que la réglementation japonaise, pays souvent qualifié d'innovateur en la matière, ne vise que le secteur privé.

En effet, en réaction à des événements tragiques et des scandales retentissants dans divers domaines – dont celui des coûts et de la qualité des infrastructures publiques, notamment dans les villes ; celui du financement des entreprises ; et celui, vu récurrent, de l’armement – les exigences de la société américaine à l’égard de la transparence du fonctionnement, tant à l’interne des institutions publiques et des sociétés privées que dans leurs rapports réciproques, n’ont cessées de croître.

Aussi un concept parent à la procédure « *QUI TAM* », celui portant une possibilité de dénonciation citoyenne pour fin d’alerte des autorités responsables de faire respecter les réglementations, a été instauré, élargi, peaufiné³⁶ et largement promu dans le cadre de lois spécifiques sur le *whistleblowing*. Législations exigeant notamment l’adoption de dispositifs appropriés au sein même des entreprises privées³⁷.

5.1.2 Les lois sectorielles

Par contre, les États dans le monde ont opté, pour la plupart, pour des dispositifs d’alerte de façon graduelle en se limitant à des enjeux de société précis ou des problématiques sectorielles particulières. Les dispositifs visent alors certains types d’informations, s’appliquent à des catégories limitées de personnes et se rattachent à une régulation précise, qualifiable d’étroitement *sectorielle*.

Parmi ces lois sectorielles, certaines concernent à la fois les employés du secteur privé et ceux du secteur public, souvent des situations où les salariés exercent un métier réglementé ou une activité régie par un ordre professionnel. On peut regrouper ces lois sous les critères suivants.

Les lois anticorruption. De nombreuses lois anticorruption comportent quelques dispositions générales sur le recueil d’informations. Parfois elles annoncent une protection des personnes qui transmettent les informations concernant les pratiques corruptrices. Les protections peuvent alors s’appliquer à la fois aux agents de l’administration publique et à la population en général mais ces lois (prises souvent pour qu’énoncer les *orientations* qui guideront l’action) se limitent généralement à garantir l’anonymat du déclencheur d’alerte.

Les lois portant une régulation sectorielle. D’autres pièces législatives, comme les lois sur la fiscalité, la sécurité au travail, certaines lois relatives à l’environnement ou à la santé, prévoient une révélation obligatoire, alors que d’autres incitent au signalement³⁸.

³⁶ Uniquement à l’échelle fédérale, trois lois déterminantes qui réfèrent à ce dispositif ont été adoptées depuis cette époque :

- la *Whistleblower Protection Act* (1989) ;
- la Loi Sarbanes-Oxley, dite SOX (2002) ;
- la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (2010).

³⁷ Le *National Whistleblowers Center* (NWC) fournit une cartographie de ces initiatives :

http://www.whistleblowers.org/index.php?option=com_content&task=view&id=742&Itemid=161

³⁸ Ex. Les lois relatives à la conformité et au secret bancaire imposent généralement les signalements de méfaits en entreprises ou de la part d’individu (statut de client). Il en est parfois de même des lois en matière de droit de la concurrence.

Les lois sur la liberté d'expression. Notons au passage, même si cela déborde légèrement la frontière que s'impose notre propos, qu'en Suède la loi organique *sur la liberté de la presse* confère à tout individu, y compris aux agents publics, un droit fondamental d'alerter directement l'opinion publique et de critiquer anonymement les actions des organes du gouvernement.

5.1.3 Un choix stratégique ou d'opportunité

Les lois spécifiques supportant une dénonciation éthique sont généralement fondées sur l'hypothèse que le changement de culture destiné à développer les communications internes au sein des organisations, voire de la société dans son ensemble, pour prévenir certains problèmes ou dysfonctionnements est essentiel.

– **Principaux avantages.** L'instauration d'une loi spécifique, complète et de portée intersectorielle, présente l'intérêt d'accroître sa visibilité et de rendre plus facile sa promotion par les gouvernements, employeurs et regroupement d'employés. Une telle approche « uniforme » et « égalitaire » permet de prévoir les mêmes standards pour les agents du secteur public et du secteur privé. Situation qui favorise non seulement transparence et entendement mutuel dans les rapports intra et intersectoriels, puisque régis par des normes et procédures identiques, mais également une compréhension partagée des conditions qui ont pour fonction de garantir l'intérêt général et le bien commun.

– **Principaux inconvénients.** Les premiers inconvénients se manifestent dès l'étape de la rédaction et des débats entourant le projet de législation : complexité, opposition au caractère interventionniste de la puissance publique, volontarisme étatique vu excessif en sont les enjeux. La conception et l'ingénierie de l'infrastructure nécessaire à la surveillance de l'application « égalitaire » d'une telle mesure sont également considérées comme des obstacles.

Pour ces raisons, sans doute, les gouvernements qui ont retenu l'option de la loi spécifique sur la dénonciation éthique ont eu tendance jusqu'à aujourd'hui à préférer des lois qui, certes complètes en termes de procédures et de dispositifs, ne s'appliquent qu'à un des secteurs : le secteur public ou le secteur privé, ou vise qu'un aspect précis jugé structurant pour l'action publique (ex. les marchés publics, le lobbying entourant la prise de décision dans les instances publiques, et, bien sûr, le respect de la séparation des pouvoirs entre les organes de l'État).

Les lois sectorielles porteuses d'un dispositif de dénonciation aux fins d'alerte sont celles pour lesquelles tout fait de contravention revêt aux yeux du législateur une menace grave à l'effectivité de son intervention. Risques à l'égard desquels les moyens et ressources de l'administration publique sont jugés insuffisants ou lacunaires pour assurer, à des fins préventives ou curatives, l'identification certaine des actes de transgression en vue de les neutraliser, et procéder éventuellement leur sanction, ou même garantir un repérage minimal, approprié et pérenne, d'indices justifiant l'enclenchement d'investigations.

- **Principal avantage.** La complexité de conception et d'articulation du dispositif est réduite puisque l'objet des signalements est limité à la matière et/ou au champ d'application de la loi.
- **Principaux inconvénients.** Cette approche par la loi sectorielle comporte, néanmoins, des inconvénients intrinsèques.

En premier lieu, ces lois sont de portée parcellaire : elles ne s'appliquent qu'à un nombre limité de personnes, ne visent qu'une catégorie spécifique de comportements et ne couvrent généralement pas un grand nombre de dérives. De plus, ces dispositifs ne sont habituellement pas bien connus en dehors d'un domaine, voire d'un secteur étroit d'activités. Et ce, autant de la part des personnels, salariés du secteur privé ou agents publics, que de la part de la population en général, car leur champ d'application est circonscrit (ex. : environnement, santé publique, fiscalité) et les structures qui traitent ces informations, qualifiées de sensibles, opèrent généralement de façon hautement cloisonnée.

Finalement, sauf sur certains aspects de santé publique, notons que ces procédures sont habituellement centrées sur le signalement à des fins de sanctions (pénales ou administratives) et non le renforcement des dispositifs internes de contrôles ou de prévention. Le dispositif ne se montre pas un support pour des alertes sur les pressions indues générées par l'organisation ou le service dans l'exécution d'un travail régi par des normes professionnelles standardisées. Ni les informations rapportées devoir faire l'objet d'une coordination inter-organisationnelle, voire entre services d'une même organisation, y compris dans l'administration publique du niveau central (pourtant composée normalement de titulaires du statut de fonctionnaire de l'État, soumis aux normes déontologiques les plus exigeantes du service public).

5.2 Les procédures et modalités de divulgation

5.2.1 La définition des comportements justifiant un signalement

Les lois spécifiques sur le déclenchement d'alerte éthique retiennent généralement des définitions larges, voire ouvertes, des comportements fautifs.

Ces lois s'appliquent ainsi à des infractions de divers ordres. Aussi bien la corruption, le harcèlement, le détournement de pouvoir que les évaluations du personnel, les violations des procédures administratives internes, la gestion fausse ou frauduleuse de patrimoines publics ou privés ainsi que toute violation d'autres lois. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire abusif ou la mauvaise gestion administrative est souvent inclus dans les dispositifs. On relève fréquemment que ces mesures législatives comportent également des dispositions spécifiques qui ont un lien avec des scandales nationaux ou les conditions historiques qui ont conduit à l'adoption de la loi³⁹.

³⁹ Ainsi, le PDA d'Afrique du Sud s'applique aux discriminations injustifiées. La loi japonaise sur le déclencheur d'alerte vise explicitement les lois dans le domaine alimentaire et de la santé, les dispositifs sur la pureté de l'air et sur la disposition des déchets.

Dans les lois sectorielles, par contre, l'objet des signalements est strictement limité au champ d'application de la loi, voire, comme on l'a vu, à un aspect étroit de celle-ci. Dans ce cadre, plusieurs pays ont même instauré des standards sur le degré d'importance du comportement révélé avant que les protections prévues à la loi ne s'appliquent. Par exemple on exige que l'action signalée soit importante, et n'ait pas précédemment fait l'objet d'une révélation si une récompense est éventuellement en jeu.

5.2.2 Le signalement

Il n'existe pas de définition légale précise, dont l'emploi est généralisé, sur ce qui constitue, à proprement dit, un « signalement à des fins d'alerte éthique ».

Néanmoins, divers énoncés officiels convergent et permettent d'identifier les contours de la substance d'une telle communication, volontaire ou obligatoire.

- **L'Organisation internationale du travail** définit cette action comme le « signalement par des salariés ou anciens salariés de pratiques illégales, irrégulières, dangereuses ou contraires à l'éthique des employeurs ».
- **La recommandation du Conseil de l'OCDE** (2009) prévoit une protection contre toute action discriminatoire ou disciplinaire des employés du secteur public et privé qui « signalent de bonne foi et sur la base de motifs raisonnables des soupçons d'actes de corruption d'agents publics étrangers dans des transactions commerciales internationales aux autorités compétentes ».
- **La Convention des Nations Unies** fait référence à « toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à la présente convention ».
- **La Convention civile du Conseil de l'Europe** sur la corruption a pour définition « les employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables ».

5.2.3 La bonne foi et les « motifs raisonnables »

Une des principales exigences prévues dans la plupart des législations promulguées (loi spécifique ou loi sectorielle) est que le signalement soit fait « de bonne foi » et sur la base de « motifs raisonnables », une caractéristique justifiant le qualificatif « éthique » accolé à l'action dénonciatrice.

La protection est accordée à un individu qui fait un signalement fondé sur sa conviction que l'information révélée a satisfait une des conditions stipulées au texte de la loi ou de la réglementation promulguant la divulgation; et ce même si sa conviction est erronée. L'exigence vise à prévenir l'excès de révélations abusives ou liées à du harcèlement. Il en résulte que les individus qui font délibérément de faux signalements ne devraient pas, en principe, bénéficier d'une protection légale. Quelques lois prévoient d'ailleurs des sanctions pénales en cas de fausse déclaration.

Des tribunaux ont également subordonné la mise en oeuvre de la protection du lanceur d'alerte à sa bonne foi⁴⁰.

⁴⁰ Jurisprudence de certaines cours américaines par exemple.

Soulignons à cet effet que des analystes⁴¹ interrogent cette exigence dite « *de bonne foi* ». Ils considèrent qu'elle peut créer un frein au déclenchement d'alerte, en focalisant l'attention sur le lanceur d'alerte et ses motivations, davantage que sur la qualité et l'utilité de l'information révélée.

5.2.4 Les canaux du signalement

La question des voies que doit emprunter la communication du signalement est généralement un élément essentiel des dispositifs de dénonciation éthique (cf. le schéma générique, point 1.4.3). Le principal écueil étant l'adoption possible de procédures trop restrictives qui risquent, soit d'être dissuasives pour les lanceurs d'alerte, soit de favoriser les dénonciations anonymes superficielles.

La réglementation peut prévoir un ou plusieurs canaux (internes et externes) par lesquels les signalements peuvent être faits. Ce qui commande, pour être efficace, une instrumentation adaptée aux fins de coordination entre ces organes récepteurs.

Les lois spécifiques au lancement d'alerte prévoient en général le respect de procédures internes détaillées avant que le signalement puisse être effectué auprès d'une autorité externe voire à l'endroit du public en général.

La plupart des lois sectorielles relatives aux alertes à caractère éthique ou déontologique autorisent les signalements à un nombre très limité d'organes externes.

5.2.4.1 Les signalements transmis à l'interne d'une structure organisationnelle

Le premier et plus approprié canal de signalement dans la plupart des cas de déclenchement d'alerte est l'entité organisationnelle elle-même. Cela se fonde sur l'idée qu'une organisation qui fonctionne bien a la volonté d'être informée des dérives ou risques auxquels elle est soumise afin de prendre des mesures pour les corriger⁴².

S'agissant du secteur public, de nombreuses lois, telles que celles de la Grande-Bretagne, de la Nouvelle-Zélande et du Canada fédéral, encouragent ou contraignent chaque structure organisationnelle à adopter des procédures internes pour un premier traitement des signalements, sous forme de mesures administratives.

Ces processus sont conçus pour encourager les employés ou collaborateurs, qui ont eu connaissance des dysfonctionnements, d'être en mesure de les signaler et, pour les organes visés, de leur apporter une solution avant qu'ils ne prennent plus d'ampleur. Dans la plupart des cas, les personnels ou collaborateurs sous contrat (ex. sous-traitants) doivent suivre ces mêmes procédures avant de saisir un organe externe, s'ils désirent être toujours protégés par la loi.

⁴¹ Quelques uns sont cités par David Banisar (2011).

⁴² Idée que l'on retrouve exprimée par certaines jurisprudences relatives à la protection du lanceur d'alerte, notamment celles, précédemment citées, de la Cour européenne des droits de l'homme ou découlant de jugements comme l'arrêt Merck de la Cour suprême du Canada.

Par exemple, rappelons que la loi canadienne de protection du signalement par des agents publics prévoit que le responsable exécutif de toutes les organisations gouvernementales désigne un responsable senior pour recevoir et traiter ces signalements. Certaines administrations ont également recours de plus en plus à une instrumentation technologique (hotlines, sites Internet dédiés,...) qui présentent l'avantage de rendre impersonnelle la relation entre le lanceur d'alerte et son destinataire.

En ce qui concerne le secteur privé, habituellement il existe peu de dispositions normatives à proprement parler sur cet aspect, excepté dans certaines lois⁴³ codifiant le travail. La mise en place d'un dispositif d'alerte éthique intervient en principe dans le cadre du règlement intérieur de l'entreprise et les modalités sont essentiellement la prérogative des dirigeants.

Pour sa part, la Chambre de commerce internationale a proposé (2004) à cet égard des principes directeurs sommaires⁴⁴ destinés aux entreprises.

Faut dire, dans la foulée, que plusieurs sociétés américaines – modèle corporatif qui sert souvent de référence dans les économies de marchés – pour faire face rapidement aux obligations de la Loi *Sarbanes-Oxley* (2002) ou de la récente *Dodd-Frank Act*, ont mis en place des lignes de téléphone⁴⁵ ou des cellules d'alerte spécialisées pour le signalement d'actes de corruption ou autres méfaits à caractère financier au sein de leur organisation. Ces unités sont internes et opérées par des personnels spécialisés, ou externes et confiées à des agences privées, voire à des sociétés de consultants affichant une compétence comptable ou juridique adaptée aux défis que rencontre l'entreprise.

5.2.4.2 Les signalements transmis à l'externe de la structure

Généralement, les lois sur le déclenchement d'alerte prévoient également, comme alternative aux signalements internes, des signalements à une autorité externe à la structure publique ou à l'entreprise privée concernée.

Des lois spécifiques et quelques lois sectorielles identifient une autorité publique existante. Par exemple, en Nouvelle-Zélande, l'*ombudsman* peut recevoir certaines plaintes. Le *South Africa's Protected Disclosures Act* (PDA) autorise également les signalements au « protecteur public » et à l'« auditeur général ».

⁴³ Le cas au Royaume-Uni, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis (loi fédéral).

⁴⁴ Commission anticorruption d'ICC (2004), *Principes directeurs d'ICC sur les dispositifs d'alerte éthique*. <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2012/New-ICC-tool-responds-to-G20-anti-corruption-call/>

⁴⁵ Des experts du déclenchement d'alerte en milieu organisationnel considèrent que ce type de canal est peu productif. Aux États-Unis, une étude a montré que les employés utilisent les *hotlines* dans seulement 3 % du temps, alors que dans près de 80 % des cas, ils s'adressent directement à un directeur ou à l'encadrement supérieur (Childers, 2010)

On retrouve naturellement un type de dispositif semblable instauré dans l'administration fédérale canadienne.

Par ailleurs on notera que lorsqu'il existe une loi anticorruption – comme celle proclamée récemment au Québec par exemple : *Loi concernant la lutte contre la corruption*, chapitre L-6.1 – l'agence anticorruption alors instaurée (ex. ici le *Commissaire à la lutte contre la corruption*) est dans plusieurs pays expressément désignée le destinataire, ou récepteur externe principal, de droit commun. Pour sa part la Grande-Bretagne autorise de plus, et en termes explicites, les agents publics à soumettre les signalements à des conseillers externes ou représentants des syndicats reconnus pour obtenir un avis sur leurs droits.

La révélation aux médias. Les médias classiques (presse, télévision, radio) sont fréquemment une des voies privilégiées des alertes, a fortiori lorsque l'ensemble d'une chaîne hiérarchique, voire le personnel politique, est impliqué dans les comportements qui font l'objet du signalement. Les médias pouvant eux-mêmes, et de longue date – du moins dans les pays connaissant la liberté de la presse –, jouer un rôle actif dans le déclenchement des alertes, au moyen notamment des journalistes d'investigation⁴⁶.

Des lois reconnaissent et autorisent explicitement les agents publics à effectuer des signalements aux médias (ex. Canada, Grande-Bretagne), mais uniquement en dernier ressort et si une procédure ou une série de conditions sont satisfaites. Ces exigences supplémentaires ont pour effet (objectif ?) de décourager les signalements publics et d'encourager les signalements internes.

Reste que le rôle des médias dans le domaine du déclenchement d'alerte est naturellement d'autant plus important qu'ils disposent du privilège légal de protéger leurs sources (la situation aujourd'hui dans une centaine de pays). Cependant, les autorités publiques, comme les dirigeants dans le secteur privé, sont souvent réticentes à cette utilisation des médias. Pour leur part, les médias classiques sont également souvent sceptiques sur la complexité des procédures habituellement requises pour que s'appliquent les protections des lois en cause, craignant qu'elles ne soient un moyen de limiter la liberté d'expression et d'information.

Reprécisons que certaines catégories d'agents publics peuvent également, de par leurs fonctions, se voir impérativement limités à certains canaux de signalement (cas des agents des services de sécurité et/ou de renseignement, par exemple).

⁴⁶ Le *Service central de prévention de la corruption* (SCPC) français rapporte (en 2009) une étude sur plus de 200 cas de fraudes aux États-Unis entre 1996 et 2004 qui fait apparaître que les médias étaient à l'origine de la révélation des fraudes dans 13 % des cas, tandis que les employés étaient à l'origine de 17 % des investigations conduites. (Security Executive Council, Compliance Benchmark Report, 2007)

5.3 Le recours à des mécanismes destinés à encourager le signalement

Des dispositifs donnent la possibilité aux lanceurs d'alerte en matière éthique de recevoir une rétribution, y compris sous une forme pécuniaire, pour avoir signalé des manquements, en particulier dans le cas de la fraude ou de la corruption⁴⁷.

La mesure la plus « *extrême* » sur ce plan consiste à permettre aux particuliers de se substituer au gouvernement pour recouvrer l'argent perdu ou gaspillé. C'est typiquement, rappelons-le, le cas de la *False Claims Act* (FCA) américaine qui autorise les citoyens à saisir le système judiciaire à la place du gouvernement pour recevoir jusqu'à 30 % des montants récupérés.

Il est également à souligner que cette loi interdit aussi les sanctions contre ceux qui déposent des dossiers et autorise le versement d'une compensation, additionnelle aux frais de cour, sur les montants récupérés. Plus récemment, la Loi *Dodd-Frank* a également autorisé l'autorité américaine des marchés financiers, la *Securities and Exchange Commission* (SEC), à payer des récompenses aux particuliers qui lui fournissent une information lui permettant de mener à bien ses investigations. Les récompenses peuvent dans ce cas représenter de 10 à 20 % des montants recouvrés.

Suivant cet exemple, signalons, à l'intention notamment des entreprises québécoises exportatrices de biens ou de services, parfois incitées, de l'interne ou de l'externe, à utiliser des méthodes « indécrites », que des pays d'Asie consentent aujourd'hui des récompenses fort généreuses à ceux (personne physique ou morale) qui dénoncent des cas de corruption, voire des tentatives avérées⁴⁸.

5.4 Les mécanismes de suivi et de supervision d'un dispositif d'alerte éthique

Selon les pays, un organe spécifique peut être chargé de recevoir les signalements, de les traiter et, également, de recevoir et d'instruire les plaintes pour représailles, mesures discriminatoires ou disciplinaires prises contre les lanceurs d'alerte.

Plusieurs modèles sont utilisés actuellement dans le monde.

- **L'option de l'organe indépendant.** Une solution consiste à créer un organe indépendant unique. Lequel bien souvent peut recevoir les signalements et examiner les plaintes quant aux représailles.

Le système récent parmi les plus complets sous cet aspect, et aujourd'hui souvent cité notamment à cause du caractère intégré de ses pouvoirs et fonctions, se trouve au Canada (fédéral). En 2005, la loi de *protection du signalement des fonctionnaires* a instauré un *Commissaire à l'éthique du secteur public* qui se rapporte au Parlement.

⁴⁷ Certains spécialistes sont réticents à de telles mesures, considérant qu'ils portent atteinte aux principes de l'intérêt public. D'autres considèrent qu'elles présentent l'avantage de renforcer le statut des lanceurs d'alerte en soutenant un rôle actif des citoyens dans la lutte contre les comportements répréhensibles.

⁴⁸ L'exemple de la Corée du Sud est emblématique : l'*Anti-Corruption Act* permet aux particuliers qui révèlent des affaires de corruption de percevoir jusqu'à 30 % des montants récupérés, à concurrence de 2 millions de dollars US.

Ce commissaire peut recevoir des signalements, enquêter sur ces cas – ainsi que sur les plaintes de représailles venant des lanceurs d’alerte – et publier des recommandations adressées aux autorités publiques.

Aux États-Unis, la *Whistleblower Protection Act* a érigé dès 1989 l’Office du conseil spécial (OSC) en qualité d’organe indépendant d’enquête et de supervision. Il peut enquêter sur les pratiques interdites y compris l’adoption de mesures ou la carence à prendre des mesures à la suite d’un déclenchement d’alerte.

L’OSC peut aussi recevoir des rapports de la part des lanceurs d’alerte pour violation de la loi, gaspillage d’argent public, mauvaise gestion, abus d’autorité et danger pour la santé et la sécurité publique et les adresser – dans un délai de 15 jours si cela est justifié – à l’administration concernée ou au procureur général. Cet organe rapporte également devant le Congrès et le Président en tant que chef de l’exécutif.

- **L’option de l’Ombudsman** (nommé aussi « médiateur » ou « protecteur du citoyen »). Une autre possibilité est de conférer la responsabilité de supervision des éléments du dispositif visant une dénonciation éthique à l’ombudsman, lequel dispose habituellement d’une assise parlementaire⁴⁹.

Dans quelques pays, l’ombudsman reçoit les plaintes pour représailles (comme nous y reviendrons plus loin) et instruit les enquêtes. C’est le cas en Nouvelle-Zélande, comme en Irlande, où l’ombudsman a été également désigné pour conseiller les lanceurs d’alerte.

Par contre cette institution est vue souvent avoir une compétence juridique (pouvoirs) et des modes d’actions limités.

- **L’option du système judiciaire.** Une autre voie pour l’adresse de plaintes sur un dysfonctionnement du dispositif prévu pour l’alerte éthique est de s’adresser directement au système judiciaire.

Mais il s’agit d’une voie partout considérée complexe, lourde et coûteuse.

En effet, des pays qui ne disposent pas d’organe de supervision dédié s’appuient seulement sur les tribunaux de droit commun pour apporter des solutions.

L’inconvénient de cette approche est l’absence d’un lieu spécialisé apte à recevoir et à traiter des informations de ce type. Faute d’une maîtrise suffisante de l’économie générale des dispositifs de dénonciation éthique les tribunaux de droit commun, notamment en première instance, se montrent souvent limités en termes de temps et d’expertise propre pour analyser certains types d’enjeux.

⁴⁹ Signalons qu’environ 120 pays ont instauré la fonction d’ombudsman. Et plus de 30 ont déjà confié à cet « officier » du Parlement la responsabilité de vérifier l’application des prescriptions législatives sur la liberté d’information.

6.0 COMPOSANTES D'UN PROGRAMME DE PROTECTION DES DÉNONCIATEURS

La question de la protection des lanceurs d'alerte est considérée comme un élément essentiel de tout dispositif de dénonciation éthique qui se veut juste et efficace. Au demeurant, cette protection est l'objet d'attentions répétées de la plupart des stratégies internationales anticorruption.

Faut dire que la mise en place d'une protection concrète et effective soulève en pratique de nombreuses difficultés, tant au plan conceptuel et culturel, que celui des modalités opérationnelles. Phénomènes qui expliquent que les solutions retenues varient fortement d'un pays à l'autre en fonction de l'environnement réglementaire mais aussi culturel et professionnel. Les solutions institutionnelles retenues s'avèrent donc à géométrie variable.

Dans un rapport d'activités remis en 2012, le *Service central de prévention de la corruption*⁵⁰ a dressé pour les autorités françaises une liste de paramètres permettant de rendre compte de cette problématique. S'inspirant des travaux du Conseil de l'Europe, de l'OCDE sur les pays du G20 et de rapports d'évaluation ou de vérification des pratiques adoptées par les pays signataires des conventions internationales qui prônent l'adoption de mesures de protection des *whistleblowers*, il est possible d'en reconnaître sept paramètres structurants.

6.1 Les personnes susceptibles de bénéficier d'une protection

Si on regarde plus spécifiquement les pays du G20, le champ des personnes couvert est dans quelques cas très large. Ainsi, la Grande-Bretagne, de même que le Japon, la Corée, et l'Afrique du Sud ont adopté des législations de protection qui s'appliquent à la fois au secteur public et au secteur privé.

Cependant, beaucoup des dispositifs sont plus restrictifs. En général, les mesures de protection instaurées ne s'appliquent pas aux salariés du secteur privé. Sauf évidemment l'exception notoire de la loi américaine *Sarbanes-Oxley* (SOX), dont l'adoption s'est avérée l'épicentre d'un véritable *séisme* organisationnel d'ampleur internationale⁵¹.

Dans les cas nombreux, où le dispositif encadrant la dénonciation éthique se limite au secteur public, la protection couvre généralement non seulement les fonctionnaires et les divers statuts d'employés permanents, mais également les consultants, les contractuels, les employés temporaires et même les « volontaires »⁵².

⁵⁰ Ce service est un organe français relevant du premier ministre et du ministre de la Justice.

⁵¹ Une mesure d'« alerte comptable » devenant obligatoire, les sociétés américaines (y compris leurs filiales déterritorialisées) et les entreprises étrangères inscrites en Bourse aux États-Unis se sont vues dès lors imposées de se doter d'un dispositif permettant aux employés d'exercer un droit de dénonciation sur leurs pratiques financières et forcées à adopter des mesures réglementaires qui accordent une protection de confidentialité en cas de divulgations adressées par un *whistleblower* au comité de vérification de l'entreprise, instance dont l'instauration est également devenue obligatoire.

⁵² C'est-à-dire les personnes fournissant une prestation peu ou pas rémunérée, tels les bénévoles au sein d'une association en lien avec la production d'un service public.

Par ailleurs, il est important de le rappeler à nouveau, la plupart de ces lois de protection des dénonciateurs éthiques excluent expressément des catégories d'agents publics du régime de protection (services de renseignement, armée). Néanmoins dans quelques pays – le cas aux États-Unis pour les membres des agences fédérales de renseignement – les employés du secteur public qui sont impliqués dans des secteurs sensibles peuvent, en certaines circonstances, bénéficier d'un régime de protection spéciale.

6.2 La détermination des actes contre lesquels cette protection est établie

Certaines lois sont très complètes quant au champ de protection. Les définitions sont suffisamment larges pour couvrir n'importe quelle mesure de représailles. Ainsi des lois de protection peuvent aussi fournir une assistance contre les injures ou la diffamation, ces actions étant particulièrement dissuasives pour les lanceurs d'alerte.

Les plus importantes protections assurées par les lois relatives au lanceur d'alerte sont l'interdiction des discriminations et la garantie que les atteintes au statut professionnel de la personne seront réparées dans les plus brefs délais.

La législation peut également établir un champ de protection en matière professionnelle très large. La protection s'applique alors aux sanctions administratives ou financières. Par exemple aux États-Unis une protection des employés est assurée, y compris contre les sanctions disciplinaires les moins sévères, comme les avertissements ou les réprimandes.

6.3 La responsabilité pénale ou civile du lanceur d'alerte

Les législations sur le lancement d'alerte éthique, notamment à cause du caractère confidentiel généralement requis, traitent peu des motifs qui animent le dénonciateur. Ceux-ci étant éventuellement l'objet de législations autres (dénonciation calomnieuse, diffamation, etc.) si le fait devient public.

Par contre, les États écartent habituellement la responsabilité de protection pour les signalements sur les informations protégées, ou offrent seulement une protection si le signalement est fait à travers quelques canaux très précis, dûment pré-autorisés. De fait, la plupart des pays appliquent des sanctions pénales, spécifiques et généralement lourdes, si les employés révèlent des informations relatives aux « *secrets d'État* » ou à la sécurité nationale.

6.4 La confidentialité et l'anonymat

Généralement, les lois sur les déclencheurs d'alerte prévoient une protection de l'identité du lanceur d'alerte, qui est gardée confidentielle sauf si ce dernier a consenti à la révéler. Des pays du G20 prévoient d'ailleurs des sanctions pénales ou civiles en cas de révélation de l'identité du lanceur d'alerte.

Notons que la confidentialité peut également constituer une incitation forte dans le cas des dispositifs qui prévoient l'obtention possible d'une récompense.

Cependant, la confidentialité peut procurer un faux sentiment de sécurité. Dans la mesure où seul un petit nombre de personnes au sein d'une organisation est au courant des comportements signalés fautifs, il ne doit donc pas être difficile de les identifier. Les quelques études menées notent que beaucoup d'employés disent avoir rencontré des difficultés sur ce plan.

Par ailleurs, la confidentialité doit évidemment être distinguée de l'anonymat : il y a anonymat lorsque les signalements sont faits sans que le destinataire connaisse l'identité de l'émetteur. En général, la protection légale prévue par les lois, spécifiques ou sectorielles, s'applique seulement aux personnes qui s'identifient comme étant à l'origine du signalement.

De fait, l'anonymat peut être utile dans certains contextes, comme dans les systèmes juridiques dans lesquels l'État de droit n'est pas assez fort ou lorsqu'il y a des problèmes particuliers de menaces physiques ou de stigmatisation. Par contre, des lois excluent les signalements anonymes. En effet, des lois sur les lanceurs d'alerte autorisent l'organe qui reçoit les signalements anonymes à les ignorer, tandis que d'autres leur donnent une connotation négative ou interdisent leur utilisation dans le cas de démarches pour obtenir l'autorisation de recourir à certaines techniques d'enquête ou d'investigation.

Notons qu'aux États-Unis, la Loi *Sarbanes-Oxley* évoquée plus haut exige explicitement que les entreprises créent des *hotlines* « anonymes et confidentielles ». Certains dispositifs juridiques reconnaissent par ailleurs un droit constitutionnel à l'anonymat en tant que composante de la liberté d'expression⁵³.

Mais les lois, aussi complètes soient-elles, sont loin de régler tous les problèmes. Des obstacles à la protection de l'anonymat peuvent être de nature historique ou culturelle. Cela explique que le Conseil de l'Europe, par exemple, ait recommandé, avec une insistance répétée, que les pays membres assurent une plus grande protection des lanceurs d'alerte⁵⁴.

6.5 La charge de la preuve de représailles

Un important problème est la charge de la preuve des représailles. La question est de savoir si l'employé est obligé de faire la démonstration que les sanctions qu'il a subies avaient un lien avec le signalement qu'il a effectué ou de placer la charge de la preuve sur l'organisation qui devra démontrer que la décision était légalement justifiée et non pas fondée sur le fait de signalement.

Cet allègement est une réponse aux difficultés auxquelles doit faire face un employé pour prouver que les représailles étaient le résultat de sa dénonciation. Situation notamment lorsque les formes ou le caractère insidieux ou dissimulé des représailles peuvent être très difficiles à démontrer.

⁵³ C'est notamment le cas de la Suède et de la Norvège.

⁵⁴ Dernier rapport substantiel en liste, celui de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme remis en 2009 sous le titre *La protection des « donneurs d'alerte »* (Doc. 12006).

Pour neutraliser ces écueils, le PDA d'Afrique du Sud, par exemple, prévoit qu'un licenciement consécutif à un signalement reconnu conforme à la loi est présumé être un « licenciement automatiquement injuste ». Aux États-Unis, une structure publique doit apporter la démonstration « au moyen de preuves claires et convaincantes qu'elle aurait pris la même mesure d'ordre individuel en l'absence de signalement ». En Grande-Bretagne, la charge de la preuve est fonction de la durée des fonctions de l'employé.

6.6 La réparation des préjudices subis par le lanceur d'alerte

Les lois de protection des dénonciateurs éthiques prévoient, pour la plupart, un mécanisme de réparation pour les lanceurs d'alerte qui ont subi un préjudice. L'importance de telles dispositions est jugée essentielle.

Les solutions varient en fonction du préjudice. La plupart des lois prévoient un retour dans les fonctions lorsque la personne a été révoquée. Dans certains pays⁵⁵ les lanceurs d'alerte peuvent obtenir un transfert dans un poste équivalent s'il peut être démontré que des problèmes tels que du harcèlement peuvent survenir si la personne reste dans ses fonctions ou son environnement.

La plupart des lois sur le déclenchement d'alerte prévoient également une réparation au lanceur d'alerte dans les cas où il a subi un préjudice qui ne peut pas être réparé par une simple injonction. Cela inclut les salaires perdus, mais également parfois une réparation du préjudice subi (cas du PIDA anglais), voire un système de dommages et intérêts.

Sanctions pénales. Quelques dispositifs prévoient de plus des sanctions pénales pour les employeurs qui ont pris des mesures de représailles contre les personnes qui font des signalements. Ce type de solution, malgré ses avantages au plan de la responsabilisation des organisations, reste cependant encore peu répandu.

6.7 Les mécanismes de suivi des plaintes pour représailles

Selon les pays, un organe spécifique peut être chargé de recevoir les signalements, de les traiter et/ou de recevoir et d'instruire les plaintes pour représailles, mesures discriminatoires ou disciplinaires prises contre les lanceurs d'alerte⁵⁶. Sur ce plan également plusieurs systèmes ou pratiques coexistent dans le monde.

L'option de l'organe spécifique. Une solution consiste à créer un organe indépendant unique qui peut à la fois recevoir les signalements de représailles, procéder à leur examen et arrêter une décision, qui peut ou pas faire l'objet d'un appel ou référé.

⁵⁵ Ex. : États-Unis, Corée du Sud, Afrique du Sud.

⁵⁶ Ex. : Canada fédéral, Loi Sarbanes-Oxley aux États-Unis.

Les systèmes intégrés les plus complets se trouvent en Amérique du Nord. Dans le cas des États-Unis, comme mentionné plus haut, la *Whistleblower Protection Act* a érigé l'*Office du conseil spécial* (OSC) en qualité d'organe indépendant d'enquête sur les plaintes de représailles. Il peut également recommander des actions correctrices ou disciplinaires au sein de l'organe impliqué et apporter des cas devant le *Merit Systems Protection Board*. Il fait rapport de ses activités directement devant le Congrès et le président, ce qui contribue à fonder la crédibilité de l'institution et la transparence de son action.

Au Canada, palier fédéral, la *Loi de protection du signalement des fonctionnaires* (2005) a instauré un commissaire à l'éthique du secteur public qui rapporte directement au Parlement. Ce commissaire peut recevoir des plaintes venant des lanceurs d'alerte, enquêter sur les faits de représailles, et publier des recommandations adressées aux responsables des autorités publiques. Lorsque des violations aux droits du lanceur d'alerte sont trouvées, le tribunal peut également les réparer.

- **L'option de l'« ombudsman ».** Une autre voie empruntée est celle de confier cette responsabilité à l'« ombudsman ». Ainsi, dans quelques pays, cet « officier du Parlement » reçoit les plaintes et instruit les enquêtes sur diverses catégories de signalements, incluant ceux pour représailles, et, nommé directement par le Parlement, lui fait rapport publiquement de ses activités.

De la sorte, en Nouvelle-Zélande comme en Irlande, les ombudsmans se sont vus attribuer la compétence juridique pour recevoir des plaintes pour représailles indues et, comme cela est souvent nécessaire, conseiller les lanceurs d'alerte pour le respect de leur droit.

Reste que ces agents du Parlement n'ont généralement d'autorité que sur les organes publics et ne traitent habituellement pas des cas de sanctions à l'endroit des personnels.

En outre, ils ont des pouvoirs limités pour imposer des solutions alternatives. La plupart des fonctions d'ombudsman s'appuient sur l'autorité morale de l'institution et du titulaire pour contraindre les organes publics à suivre leurs recommandations. Cela peut constituer un handicap lorsque des organes « exécutifs » ont déjà pris une décision pour, par exemple, sanctionner un agent et ne veulent pas l'annuler.

Dans d'autres modèles, les signalements pour représailles sont prévus être faits auprès d'organes publics tels le contrôleur général ou les services responsables du secteur – service de santé publique, environnement, les services policiers, etc. – et l'ombudsman est mandaté pour n'intervenir qu'en support.

- **L'option des tribunaux administratifs spécialisés en relation de travail.** Les signalements de fautes à l'égard de lanceurs d'alerte sont fréquemment prévus auprès des organes spécialisés en relations de travail. Certains ayant implicitement, ou reçu d'une façon explicite, le pouvoir de protéger les lanceurs d'alerte et de sanctionner les discriminations.

- **L'option de l'Agence gouvernementale anticorruption.** Il s'agit alors généralement d'une composante dédiée au sein de l'agence anticorruption. Elle peut être centralisée à l'échelle nationale ou déployée au sein de services régionalisés.

Dans le cas d'une « loi spécifique » sur la dénonciation éthique, adoptée dans le cadre d'un plan de lutte intégré à la corruption par exemple, on peut trouver justification à développer une expertise pour gérer dans un tel cadre des situations qui habituellement mettent en cause une panoplie de droits individuels ou corporatifs spécifiques. Mais comme plusieurs pays répartissent les problématiques liées à la corruption, assorties d'un dispositif de dénonciation, entre divers organes de régulation et de contrôles chargés de l'application de lois sectorielles – ex. commissions de la concurrence, corporations professionnelles, inspecteur général des marchés publics, etc. – ceux-ci disposent généralement d'une expertise trop étroite pour enquêter et instruire des causes de cet ordre. Soit des matières qui ne sont pas des dérogations à la régulation sectorielle (souvent techniques) dont ils ont statutairement charge mais qui s'avèrent plutôt de l'ordre des comportements discriminatoires, malhonnêtes ou dangereux pour la sécurité des personnes ou le respect des droits individuels.

- **L'option quasi juridictionnelle.** Des plans d'action anticorruption spécifient parfois que les organes existants, tels une commission des droits, un tribunal du travail, voire un commissaire à la santé et à la sécurité au travail, soient dotés de pouvoirs très larges permettant de disposer des plaintes de différenciation induite que la victime présumée attribue au fait d'un signalement ou dénonciation éthique.

- **L'option juridictionnelle.** Une autre voie pour les signalements d'un harcèlement est de s'adresser directement aux tribunaux de droit commun. Il s'agit, encore une fois, d'une voie généralement coûteuse, voire prohibitive spécialement pour les salariés qui viennent d'être licenciés et qui n'ont plus de source de revenus pour engager une procédure. L'autre inconvénient de ce scénario tient au caractère hautement formel du processus judiciaire, directement axé sur la production d'un jugement et, le cas échéant, la formulation de sanctions. L'absence d'organe susceptible à la fois de recevoir des plaintes directes de citoyens, d'enquêter et d'analyser les faits recueillis en fonction d'un dispositif spécifique d'alerte, assurer un suivi approprié, etc. rend la solution du recours direct au tribunal de droit commun complexe.

Aux États-Unis, les salariés peuvent faire un recours auprès du *Merit Systems Protection Board* et ensuite, soutenus par l'évaluation produite, auprès de la Cour d'appel. Par contre, ce dernier dispositif ne semble pas fonctionner très bien (depuis 1999, seulement quelques cas de recours ont été rapportés). Au Canada-fédéral, la loi sur le signalement des agents publics permet d'intenter un recours contre les sanctions auprès du Bureau des relations de travail du service public et du Bureau canadien des relations industrielles.

Reste que comme la Grande-Bretagne, plusieurs pays s'appuient sur les tribunaux spécialisés en droit du travail pour apporter des solutions. Ainsi le PIDA britannique autorise en première instance les recours (environ 800 cas par an pour une centaine de décisions) devant l'équivalent des *Prud'hommes* qu'on retrouve en Europe continentale.

Observations conclusives

En conclusion de cette *Partie III*, il est important de signaler que très peu de travaux ont été réalisés jusqu'à présent pour mesurer les impacts ou effets structurants (préventifs ou curatifs) des dispositifs d'alerte éthique adoptés jusqu'à aujourd'hui dans les secteurs public ou privé. Le même constat s'impose quant à l'évaluation des régimes visant la protection des dénonciateurs éthiques d'actes répréhensibles.

Des évaluations incomplètes. La littérature « spécialisée » se borne le plus souvent à recenser et à analyser les textes existants, mais sans fournir une réponse complète à la question de la mesure de l'efficacité de leur fonctionnement ou celle de leurs effets.

Ces dispositifs sont peut-être trop récents pour qu'il soit possible d'établir un bilan ou mesurer leurs impacts réels par rapport aux résultats escomptés, notamment la réduction des malversations visées. En outre, comme il a été indiqué précédemment, ces dispositifs font généralement partie d'ensembles plus vastes : plan de lutte contre la corruption et/ou la fraude, lutte au harcèlement dans le milieu professionnel, opération de modernisation globale du droit du travail, etc.

De fait, les évaluer intrinsèquement, de façon cloisonnée, n'a peut-être pas, dans ces conditions, grande signification ? Des chercheurs dans diverses disciplines (criminologues, sociologues, éducateurs) estiment en effet que toute évaluation significative de dispositifs légaux qui visent à introduire ou modifier des comportements de portée sociale⁵⁷ doit pouvoir référer à une longue période et prendre en considération les modifications saillantes intervenues dans l'environnement – juridique, administratif, sociologique, culturel – qui ont pu également impacter ou avoir une influence significative sur le phénomène étudié.

Malgré tout, certains États du G20 affirment déployer des efforts en ce sens. Des pays ont en effet prévu dans les lois organiques instaurant ces dispositifs des dispositions obligatoires d'évaluation et de révision au terme de cinq ou dix ans. Quelques États, très peu nombreux, affirment avoir un souci identique pour l'appréciation de l'efficacité de leur système de protection des dénonciateurs.

Un bilan mitigé. À ce stade-ci, les quelques données disponibles⁵⁸ semblent suggérer une appréciation en demi-teinte. Les travaux des organes de suivis des conventions internationales montrent en effet que les lois existantes sur le lanceur d'alerte éthique ne fonctionnent pas aussi bien qu'espéré ou anticipé même s'il y a des preuves quantitatives que le déclenchement d'alerte éthique en milieu organisationnel a pris de l'importance et orientent bel et bien les dispositifs de contrôle classiques.

⁵⁷ Par exemple, « *Panorama des administrations publiques 2009* », étude déjà citée de l'OCDE, qui se borne à relever que l'existence de mécanismes de *whistleblowing* « est considérée comme le signe d'une culture ouverte ». Il en est de même de l'esprit du « *Premier rapport anticorruption* » de la Commission européenne, édité en janvier 2014.

⁵⁸ On s'appuie notamment ici sur les observations de David Banisar, op. cit.

Mais bien souvent, procédures et dispositifs sembleraient avoir été adoptées davantage pour se mettre en conformité avec une loi récemment adoptée, et souvent dans l'indifférence des opinions publiques ? Mesure davantage motivée par le souci de se voir reconnaître plutôt que suspecté dans les enceintes internationales, forcée par les conditions des grands bailleurs de fonds, initiative obligée pour donner droit aux nouvelles règles comptables internationales imposées aux entreprises,... plutôt qu'introduite dans l'optique d'apporter un changement muri à la culture sociétale ou favoriser une amélioration éthique indispensable aux façons de faire dans la gestion des affaires publiques, fondées sur l'exercice d'une « citoyenneté responsable » ?

S'agissant de la mise en place de procédures de déclenchements d'alerte, aussi bien les enquêtes de l'OCDE que celles des « revues de pairs » réalisées par les organisations internationales font apparaître certes, par exemple, que la plupart des pays du G20 disposent aujourd'hui de tels instruments, au moins dans le secteur public. Cependant, la simple existence d'une procédure officielle ne suffit pas évidemment à garantir qu'une bonne pratique a été adoptée⁵⁹.

Dans le secteur privé, une étude de 2007⁶⁰ portant sur plusieurs pays a trouvé que les lanceurs d'alerte ont rapporté les représailles dans près de 25 % des cas tandis que seulement 48 % parmi eux ont signalé avoir reçu des retours positifs. En Corée du Sud, 67 % des employés qui ont rapporté des irrégularités depuis que le dispositif est en vigueur ont indiqué avoir été victimes de représailles. La même année une étude du cabinet Ernst and Young⁶¹ a montré qu'il y avait en Europe des différences géographiques significatives dans la perception par les dirigeants des entreprises sur l'efficacité des lanceurs d'alerte dans la réduction de la corruption.

Des constats qui permettent de soutenir une perception généralement plus positive de ce procédé en Amérique du Nord et l'entretien d'une image de moins d'efficacité en Europe continentale ou en Asie ?

Si les employés interrogés semblent avoir partout une conscience plus développée de leur droit à une protection, une forte proportion d'entre eux resterait persuadée qu'ils seront sanctionnés s'ils révèlent des violations de la légalité.

De fait, si l'on considère les réactions de certaines administrations ou de certains gouvernements face aux signalements éthiques, aussi bien internes qu'externes, même lorsque justifiés en vertu de la procédure officielle, des progrès restent à venir.

⁵⁹ Comme le conclut FAIR – *Federal Accountability Initiative for Reform* – (2012) à l'occasion de la publication de sa première analyse d'ensemble du dispositif en vigueur au palier fédéral canadien.

⁶⁰ PricewaterhouseCoopers (2007), Services d'enquêtes et de *juri-comptabilité*, *Economic crime: people, culture and controls*, 4^e enquête mondiale biennale : « *Global Economic Crime Survey* ».

⁶¹ Ernst & Young (2007), *A Survey into Fraud Risk Mitigation in 13 European Countries*.

Des améliorations attendues. Au plan spécifique de l'application des textes sur la protection des lanceurs d'alerte, les parties prenantes semblent partout requérir un accompagnement, davantage soutenu.

Comme pour tous les autres instruments de l'éthique appliquée, ces supports doivent prendre une forme de supervision et de formation pour rassurer sur les modalités du dispositif. Informer les employés du secteur public ou privé de leurs droits et obligations lorsqu'ils exposent des méfaits est essentiel, comme cela a été maintes fois souligné, depuis 1998, dans les recommandations de l'OCDE portant sur le renforcement de l'éthique.

Certes, quelques États ont engagé de tels efforts. Des pays du G20 ont aussi prévu des dispositions dans leur législation à cet effet.

Des États, très peu nombreux, ont également pris des mesures pour recueillir et communiquer des données, dont la validité est vérifiables, afin de permettre la tenue d'analyses évaluatives rigoureuses, complètes et transparentes des diverses facettes du dispositif.

Finalement, une question à se poser est de savoir si les lois et les pratiques ont fait évoluer la perception souvent négative des lanceurs d'alerte. Une partie significative de la population persiste-t-elle à assimiler les « dénonciateurs éthiques » à des « fauteurs de troubles », des « mouchards »?

Reste que dans la plupart des sociétés démocratique, l'opinion publique, sans cesse à la recherche de repères pour justifier sa confiance dans le fonctionnement des organisations dispensatrices de biens ou de services et envers les personnes qui les composent, semblerait évoluer dans un sens positif. Du moins si sont retenues comme indicateurs l'attention soutenue suscitée par les révélations des « affaires » et l'attention⁶² qu'accordent généralement les médias à leur dénonciateur.

⁶² À titre d'illustration, le magazine américain *Time Magazine* a décerné le titre de « personnalités de l'année 2002 » à trois whistleblowers!

PARTIE IV : VULNÉRABILITÉ CHRONIQUE DES MARCHÉS PUBLICS

7.0 POURQUOI S'INTÉRESSER À L'INSTITUTIONNALISATION DU « WHISTLEBLOWING » DANS LE CADRE DES MARCHÉS PUBLICS?

Tel que précisé plus haut, le concept de « marché public » désigne un mode transactionnel qui relève essentiellement des critères normatifs de l'action publique.

On distingue généralement deux principaux scénarios quant au recours à un apport d'une entité de droit privé au service public. Premièrement, l'institution publique peut acheter des biens et services à une organisation du secteur privé dans le but de les utiliser comme intrants dans sa propre chaîne de production (situation que l'analyse micro-économique nomme « consommation intermédiaire »). C'est le cas, par exemple, lorsque l'État fait appel à des contractants privés pour lui proposer des services de soutien, accomplir des fonctions administratives ou lui fournir une infrastructure requise à l'exercice de l'une de ses missions.

Deuxièmement, l'entité publique peut décider de rétribuer une entreprise afin qu'elle fournisse elle-même un bien ou service directement à l'utilisateur final, c'est-à-dire aux personnes physiques ou morales dont le statut de citoyen leur confère le droit d'en disposer (cas par exemple de services de santé ou d'éducation, transferts sociaux ou encore distribution de permis). Le dispositif du marché public peut donc également porter sur l'externalisation de parties de fonctions essentielles, éventuellement assurées auparavant par la Puissance publique.

Aujourd'hui, l'ensemble de ces transactions liées aux services publics représentent une part importante du PIB : elles constituent en moyenne le tiers des dépenses publiques des pays développés, souvent plus en certaines circonstances ou contextes. Aussi, ces modes d'actions qui découlent de la commande publique ont un impact direct sur l'économie et l'emploi.

Perception succincte entretenue. Pourtant, malgré tous les principes de l'action publique en jeu et l'importance du poids sur les finances publiques que ce mode représente, la plupart des approches analytiques des « marchés publics », et singulièrement celle des économistes, font l'impasse sur divers aspects pourtant déterminants.

On s'y contente habituellement d'une description sommaire des modalités, sans porter attention à ce qui se trouve en amont ou en aval du mécanisme d'attribution. On considère le domaine d'activité et on distingue le type de contrats (acquisition de biens ou services, délégation, concession, contrat de partenariat public-privé...) en tant que seules données déterminantes. Et on concentre l'attention, voire les critiques, sur la préservation de la concurrence, parfois la priorité nationale ou régionale préservée, et sur les moyens de conformer l'attitude des agents économiques privés aux règles (souvent soupçonnées *a priori* d'excessives ou inutilement « tatillonnes ») prescrites par les pouvoirs publics.

Pour sa part, l'analyse étroitement économique ne s'attarde pas sur l'opportunité sociale d'un marché public ni les enjeux de probité qu'il soulève.

On ne s'intéresse pas non plus à des facteurs tels l'expertise et l'acuité des moyens dont dispose effectivement une administration publique pour conduire cette forme d'action publique, et encore moins aux risques à l'intégrité publique dont les carences sur ces aspects sont porteuses... ni aux coûts de surveillance que ce mode d'action exige.

7.1 Porosité des marchés publics à diverses formes de malversation

Cette vision, incomplète, conduit à faire l'impasse sur des facteurs cruciaux qui pourtant façonnent l'épaisseur du réel. Notamment la qualification professionnelle et technique des acteurs, leur maîtrise des principes du service public en général et ceux auxquels les circonstances les associent, de même que leurs motivations et leur situation organisationnelle et professionnelle. Des lacunes ou carences qui tendent à fausser la compréhension du phénomène de la corruption dans les marchés publics.

Des malversations dont les stratagèmes échappent facilement, et à répétition, aux élémentaires (primitifs?) contrôles classiques de la conformité, fondés sur la simple vérification *a posteriori* des pièces comme on la retrouve encore dans les institutions traditionnelles. Vérification dont se contentent fréquemment l'Autorité constituée, et au travers elle une population dont on espère entretenir la confiance, mais qui en découvre périodiquement les lacunes.

Afin de soutenir les réflexions de la Commission, une mise en perspective des enjeux et défis éthiques que soulèvent les marchés publics est considérée comme appropriée. Susceptible d'offrir des points d'ancrage justifiant l'utilité du dispositif de « dénonciation éthique », l'analyse s'appuie sur des paramètres qui mettent en lumière les différentes fonctions que la corruption peut remplir au sein des marchés publics⁶³.

7.1.1 Les distorsions innées dont sont porteurs les marchés publics.

D'emblée, il convient de préciser qu'un « marché public » est essentiellement un mode d'action de la Puissance publique. De fait, ses rouages ont pour finalité l'organisation d'une médiation efficace sous l'égide des pouvoirs publics et ses procédures relèvent du droit administratif.

Or force est de constater que cette ambition de médiation est source de différences, voire d'altérations, par rapport à une situation habituelle de marché.

⁶³ Sur cette thématique, paradoxale aux yeux de plusieurs, les travaux de Susan Rose-Ackerman (1998, 1999 et 2007) fournissent un éclairage fondamental.

Ces altérités tiennent à quatre catégories de facteurs :

- **La distance entre besoins réels et concrets à satisfaire et la demande exprimée par l'acheteur public;**
- **Les risques d'inadéquation entre le besoin perçu par l'offrant, l'articulation de l'offre et le produit final livré;**
- **La séparation entre le besoin convenu entre agents et caractère (statut) public de la décision finale d'acceptation du marché;**
- **La séparation de la décision d'accord sur le produit finalement livré et celle du versement des contributions de rétribution au producteur ou opérateur.**

Ce sont là des problèmes d'information caractéristiques de la « commande publique » et des marchés qu'elle engendre. Des questions qui doivent impérativement être appréhendées, intégrées et gérées par les parties prenantes.

De même il faut reconnaître que l'interprétation des résultats de ces médiations a potentiel de générer une zone de « pouvoir discrétionnaire » pour les « agents économiques de fait » que sont les intervenants, de statuts et niveaux divers, à ces procédures. C'est-à-dire aussi bien le titulaire de la charge publique qui a autorité pour décider de recourir, ou pas, à une demande de marché que l'acteur privé qui, directement ou indirectement, exerce un lobby pour défendre une offre et, surtout peut-être, les agents désignés pour négocier, convenir, appliquer et clôturer une telle transaction. Des dynamiques que la régulation publique et la déontologie professionnelle, disciplinaire ou organisationnelle, ont pour fonction de contenir dans le respect des lois et de l'éthique publique.

7.1.2 Des rapports d'interface chargés

Les rapports d'interface commandés aux agents, publics et privés, mettent en présence deux cultures organisationnelles, deux missions, deux conceptions du rapport à la loi, deux visions des droits du citoyen à satisfaire ultimement (notamment ses statuts d'utilisateur final du produit ou service public, de contribuable et d'électeur). Cette situation « condamne » naturellement les agents en « service commandé » à développer une relation de confiance sur une base autre que celle qui lie habituellement producteur et consommateur de droit privé, libre de leurs choix.

Les médiation de divers ordres évoquées – et, rappelons-le, innées aux procédures du marché public – causent des difficultés objectives, communes aux agents des parties. La menace la plus constante étant celle de l'apparence de « gaspillage » ou d'« inefficacité » dont les agents seront tenus responsables par leur mandant respectif. Risques que seule la qualité de leurs rapports pourra éventuellement permettre de neutraliser. Une telle ambiance peut altérer la rationalité et l'éthique des rapports, augmentant le risque du recours à une offre ou une demande de corruption.

Un tel contexte peut évidemment offrir à tout agent public mal instruit de ses responsabilités – institutionnelles, techniques, déontologiques – ou encore mal motivé, ou mal intentionné, la possibilité de ne pas promouvoir constamment (devoir éthique premier de sa charge) l'emploi le plus efficace et efficient possible des fonds publics.

7.2 Vulnérabilité structurelle du marché public aux pressions corruptrices

Par définition un dispositif de marché public comporte une série d'éléments constitutifs spécifiques qu'il est important d'identifier et de mesurer. Leurs interactions constituent des variables structurelles, soit par leur présence ou non, soit dans leur intensité, qui forgent des facteurs objectifs de risques à l'entretien de la probité.

Dans un tel contexte, les *défis*⁶⁴ du pouvoir de régulation de la puissance publique couvrent un large spectre. Dans le cadre des marchés publics, la fonction régulatrice assumée par les pouvoirs publics se voit confrontée non seulement aux principaux défis classiques de la gestion publique : fixation du pouvoir discrétionnaire de l'agent public et gestion de l'asymétrie des informations disponibles sur les activités menées et leurs résultats. S'ajoute dans tous les cas de figure d'un marché public une troisième dimension : la perception entretenue, ou pas, par les acteurs de la rentabilité d'une corruption, grande ou petite.

7.2.1 Le défi de la fixation du pouvoir discrétionnaire de l'agent public

Dans pareil contexte, le premier paramètre à considérer est le degré de pouvoir discrétionnaire accordé à l'agent public qui sera en relation d'interface avec l'agent privé.

Il est constaté que plus le pouvoir dont dispose la personne justifiée à incarner l'« acheteur public » est important, plus l'opportunité de corruption est grande. En effet, plus ce pouvoir est étendu, plus il est facile à un individu de couvrir l'illicéité de son comportement ou celui de son éventuel associé.

Ce degré de discrétion tient habituellement de plusieurs facteurs :

- **L'imprécision, voire l'incohérence, des règles d'attribution et de suivi des marchés;**
- **La part laissée à la subjectivité de l'agent public affecté à ces deux fonctions;**
- **Le cumul d'attributions (faute d'effectifs qualifiés?) dans les processus de décision et de contrôle d'un marché public (décision d'attribution, contrôle de qualité...);**
- **Les délais ou reports de décision de la ligne hiérarchique susceptible d'avoir lieu : ceux-ci peuvent provoquer un relâchement de vigilance des contrôles;**
- **La place que l'agent public décideur (acheteur ou contrôleur) occupe dans la hiérarchie administrative ou politique : plus elle est élevée, plus il peut être facile de s'affranchir des règles et des procédures (*soft law*) d'attribution ou de contrôle.**

7.2.2 Le défi de l'asymétrie d'information

Le deuxième paramètre déterminant est l'asymétrie d'information qui existe entre les différents intervenants concernés par un marché public.

⁶⁴ Le terme « défi », porteur de l'idée d'une obligation de résultat, est en la matière plus opportun qu'« enjeu », neutre et moins marqué d'une connotation contraignante, comme l'illustre l'analyse de Laffont et Tirole dans *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, dont la première version fut publiée en 1993.

Le premier cas d'asymétrie d'information est entre le mandant institutionnel et le mandaté. L'analyse politique présente le plus souvent la corruption comme une rupture de contrat entre le premier (en l'occurrence la personne morale de droit public) et l'agent qui la représente dans les rapports d'interface avec l'opérateur. Difficiles à prévenir, ces risques justifient les mesures de contrôles internes adéquatement orientés, notamment par l'alerte éthique, et de sévère sanction pour l'agent trouvé fautif.

Le deuxième cas d'asymétrie survient entre l'agent public et l'aspirant privés (ou les aspirants dans une figure de collusion) au marché.

Seul(s) à connaître les informations internes sur les véritables coûts de production, on est en mesure de proposer un prix élevé malgré leur faiblesse. Et ce sans que l'agent public, dépourvu par exemple de l'expertise d'un secteur témoin, s'en aperçoive. La mise en concurrence des candidatures et des offres est normalement destinée à provoquer la révélation de ces informations. Cependant dans un certain nombre de situations – Abusivement nombreuses ? Arbitraires ? – on justifie le fait d'opter plutôt pour l'entente de gré à gré, sans appel d'offre. On est alors en condition de mesurer les vides produits par l'absence d'un appareillage de contrôle, interne ou externe, informé convenablement.

On relève deux autres situations d'asymétrie d'information presque jamais évoquées comme telles par les analyses. Elles expliquent pourtant souvent le recours à des transactions corruptives.

- **L'asymétrie d'information entre le fournisseur ou l'opérateur** (l'ex-candidat, maintenant retenu) **et l'agent public** : le prestataire de service (ou maître d'ouvrage) n'est pas en mesure de savoir a priori si l'agent public dénoncera toute éventuelle inadéquation entre les prestations fournies et celles attendues.
- **L'aléa éthique d'une relation étroite entre ce fournisseur et un membre déterminant de la ligne hiérarchique** de l'agent chargé des rapports avec le prestataire. Dans l'hypothèse où il est recherché l'élimination de tout risque de sanction en cas de manquements on peut être tenté alors par l'établissement « préventif » d'une action de corruption sous le mode de ce que la microéconomie nomme « économie de réseau ».

7.2.3 Le défi de la rentabilité de la corruption

Un autre élément à prendre en considération est l'importance perçue du gain, la « rentabilité », de la corruption. Plus l'objet d'un marché public est considérable (exceptionnel) par rapport à ce qui est en demande sur les marchés ambiants, plus la « rente » attendue de la corruption – à titre d'assurances contre des aléas susceptibles de priver de l'obtention, de la non-conservation d'un contrat pour motifs de faute professionnelle ou de son éventuel impossibilité de renouvellement – est susceptible d'être conséquente.

7.2.4 Le défi de la corruption associé à l'existence d'une sanction

À ces facteurs circonstanciels, sommairement évoqués, s'ajoute un quatrième, celui-là habituellement documenté par le volet de la criminologie qui s'intéresse à l'économie du crime.

Introduite au milieu des années 1970 par les travaux de Becker et Stigler⁶⁵, l'analyse porte sur la présence, ou pas, d'une sanction effective en cas de non-observance des règles associées aux marchés publics. L'offreur ou le demandeur de corruption est généralement soucieux de s'assurer que le profit de l'acte corruptif excède le coût de la sanction éventuelle. Et ce coût est tributaire du risque d'être découvert et de celui d'être effectivement lourdement sanctionné.

7.2.5 Le défi lié à l'état de l'offre et de la demande

Il convient sous cet aspect de faire la distinction entre trois cas de figure⁶⁶ :

- **Lorsqu'il y a *atomicité de l'offre et de la demande***, c'est-à-dire que la personne publique n'est que l'un des « clients » potentiels d'un grand nombre de producteurs, le risque de corruption est faible. Sauf si une même demande publique prend une importance particulière du fait d'un regroupement des achats, par souci d'efficience par exemple.
- **Lorsque le marché public est le fait d'un *monopole public*** (un seul demandeur possible), le risque de corruption devient important, étant donné que la rente découlant d'une fidélisation dans le futur s'avère réalistement possible, le but de la corruption aura, du côté de l'agent public, alors plus de chance d'être personnel.
- **En cas de *monopole bilatéral***, le risque de fraude est encore beaucoup plus grand. Les agents de ces monopoles peuvent s'entendre pour confisquer (*voler* !) une partie des fonds publics affectés à la transaction. Cependant, dans certaines circonstances (si, par exemple, une des parties est tenue par des délais contraignants) il est possible qu'un marchandage s'engage pour ajouter une pratique corruptrice.

7.2.6 Le défi découlant de l'objet du marché public.

Le dernier facteur circonstanciel favorable à un risque de machination corruptrice est l'objet même de la transaction. La complexité et la taille du bien ou du service ou celle des opérations qui le supportent sont sources potentielles de corruption.

Plus la réalisation est complexe ou cruciale pour le demandeur, plus les contrôles classiques sont objectivement, et psychologiquement, difficiles et la probabilité de détection des actes illégaux faible sans système d'alerte crédible. Ce qui explique sans doute que les travaux publics en général ou l'acquisition de biens ou services sensibles, d'armement par exemple, n'est jamais des opérations de marchés publics simples, et comporte des risques importants de concussion.

En conclusion de ce tour d'horizon des facteurs principaux de « *vulnérabilité de la structure* » même de marché public, le moins que l'on puisse dire est que ce mode d'action publique n'offre certainement pas moins d'exposition à la corruption – voire, au contraire, lui fournit nettement davantage de points d'ancrage possible – que toute autre circonstance de l'exercice d'un pouvoir de régulation!

⁶⁵ G. Becker et G. Stigler (1974).

⁶⁶ Rose-Ackerman S. (2007).

7.3 Vulnérabilité fonctionnelle du marché public

Pour sa part, l'analyse interne du dispositif de marché public qui suit met en lumière que cet outil de l'action publique est de plus, en réalité, tout particulièrement vulnérable au plan fonctionnel à des pratiques de corruption.

Cette fragilité s'explique de deux manières : **1) la faiblesse des coûts unitaires de la transaction corruptive**, comme a pu maintes fois le révéler la Commission lors de son examen de cas en milieu municipal, et, en contrepartie, **2) l'importance des coûts de surveillance**, rigoureuse, fine et pérenne, des diverses étapes et composantes décisionnelles qu'implique ce dispositif. Conjuguées, ces deux catégories de phénomènes « facilitants » constituent autant d'aspects ou de moments d'incitations additionnels possibles pour les pratiques corruptives⁶⁷.

7.3.1 La faiblesse des coûts de transaction de l'action corruptrice

Les coûts d'information. Dans le cas des marchés publics, le coût d'information du corrupteur potentiel est faible par rapport à la situation qui prévaut sur les marchés libres ou autres lieux de corruption possible.

En effet, la documentation officielle fournit (elle-même!) :

- **Une définition claire de la nature des sujets pouvant faire l'objet d'une action corruptive : nature et qualité du bien ou service attendu, intrants ou facteurs de production essentiels, définition claire de la portée du droit d'exclusivité...**;
- **Les procédures et les modalités administratives entourant le marché, identifiant les parties au contrat et permettant une reconnaissance aisée des cibles stratégiques (objets, acteurs ou instances) d'une corruption éventuelle.**

Les coûts de dissimulation. Sans la pression exercée par un dispositif adéquat favorisant l'alerte éthique la seconde caractéristique déterminante est la faiblesse des coûts de dissimulation par rapport à d'autres lieux de corruption ou de collusion. Dans le cadre des marchés publics, ceux-ci sont réduits pour deux motifs:

- **D'abord, les parties à la transaction corruptive sont justifiées d'être en relations régulières : le simple fait qu'elles se rencontrent de façon régulière, dans un lieu ordinaire de travail, ne peut constituer une preuve d'infraction comme c'est le cas dans d'autres situations où le caractère exceptionnel d'une rencontre ou de communications peut servir à caractériser une infraction.**
- **En second lieu, prime habituellement une atmosphère exorbitante du secret des échanges transactionnels, même les plus banals – trait de la culture du monde des affaires privées, sous justification de préservation des intérêts particuliers dans un monde de concurrence – qui envahit (colonise ?) exagérément ce dispositif d' « action publique »⁶⁸.**

⁶⁷ Rose-Ackerman S. (1997), (1998)

⁶⁸ En effet, cette précaution est généralement non fondée dans le cadre des « marchés publics ». Rares étant les matières justifiées être marquées d'un secret, puisque processus, tenants et aboutissants sont naturellement sujets au contrôle parlementaire, et à celui des citoyens au travers eux, notamment si cet examen est adéquatement couvert par les médias.

Comme a pu le constater la Commission, ces phénomènes, ainsi que d'autres pratiques « liturgiques ou dites de bienséance » – ex. : cadeaux d'affaires, gratifications à caractère social ou privilèges « minimes » divers – qui ont cours dans la sphère privée, peuvent faciliter la corruption d'agents publics à bas coûts.

7.3.2 L'importance des coûts de surveillance des marchés publics

En contrepartie de la faiblesse des coûts de transaction de la corruption l'autre caractéristique qui marque la vulnérabilité des marchés publics est l'importance des coûts de « supervision-contrôle » du respect des normes légales et procédurales instaurées pour fin de conformité et les standards éthiques et déontologiques qui caractérisent le service public.

L'action publique, devant se conformer en tout temps aux lois et à l'éthique publique, fait face à des coûts de surveillance institutionnelle considérables. L'ampleur de ces coûts en est particulièrement élevée dans le cas des marchés publics. Cela est dû à leur profusion dans tous les domaines et à la multiplicité des composantes procédurales qui les caractérisent. Ces phénomènes exposent naturellement à différentes malversations sans que les mécanismes de contrôle (hiérarchiques et externes) ou ceux chargés du de suivi administratif ne puissent facilement les déceler.

Une faible probabilité de détection. La conséquence de ces difficultés que rencontrent les mécanismes d'encadrement classique de la probité est une probabilité particulièrement faible de détection de l'activité corruptive à des coûts financiers et sociaux non excessifs.

L'importance du coût d'élimination de l'offreur de corruption. L'importance des coûts (en temps et en efforts de vigilance et d'enquête) que commande une supervision préventive régulièrement efficace de tous les acteurs et la décision de sanctionner est souvent vue hors d'atteinte par l'autorité hiérarchique principale, pour qui le contrôle n'est qu'une des fonctions. Un peu à la manière dont l'élimination d'un fonctionnaire ou d'un élu corrompu peut être « rédhibitoire »! Et ce à cause de l'interdépendance des facteurs énumérés et dont les effets se nourrissent mutuellement : pouvoir discrétionnaire octroyé pour efficacité de gestion, faiblesse des coûts de transaction corruptive, importance des coûts de supervision préventive.

Remarques conclusives

Comme on peut le constater, **la structure et le mode de fonctionnement** des instruments du marché public se montrent sous divers aspects tout à fait faibles et déficients face aux risques concussionnaires.

Force est de reconnaître également que la sensibilité à ces phénomènes n'est pas toujours également partagée par les défenseurs du nouveau management public, philosophie de gestion axée sur la décentralisation et l'autonomie administrative accompagnée d'un accroissement du pouvoir discrétionnaire des titulaires (élus ou nommés) d'une charge publique, insuffisamment ou inadéquatement régulé.

À la suite de scandales retentissants (dont l'histoire de chacune des sociétés démocratiques est périodiquement marquée), l'opinion publique peut être amenée à réclamer et soutenir l'adoption des mesures nouvelles pour repérer, mieux maîtriser et contrôler ces risques.

Prises dans une logique de « *state building* », recherchant en quelque sorte à « sanctuariser » ces marchés sur l'ensemble du territoire du fait de leur appartenance non équivoque au service public, les stratégies récentes les plus porteuses sont certes celles qui visent à mobiliser toutes les parties prenantes et leur fournir des outils robustes et efficaces en vue de contrer les risques de corruption et de collusion. Et ce, faute de pouvoir définitivement en éradiquer les gisements possibles, notamment dans un contexte d'économie ouverte.

Le but recherché devient alors l'atteinte d'une mobilisation maximale dans la durée des diverses catégories d'acteurs pour neutraliser les facteurs de vulnérabilité⁶⁹ d'un mode d'action publique qui, en divers contextes ou circonstances, se montre essentiel.

⁶⁹ À titre d'exemple, les processus et interactions entre partie publique et partie privée se montrent souvent affublés abusivement d'un statut de « secret », dit d'affaires – à la manière des tractations entre acteurs strictement privés. Climat qui se montre favorable à une opacité sans fondement du fait que tractations et échanges qui s'y déroulent, tout comme leurs conclusions, sont pourtant soumises aux contrôles publics.

PARTIE V : PRINCIPAUX ÉCUEILS À L'INSTAURATION D'UN CADRE LÉGAL VISANT LA DÉNONCIATION ÉTHIQUE DES COMPORTEMENTS FAUTIFS EN MILIEU ORGANISATIONNEL

Au terme de ce panorama, il peut être utile de porter un regard succinct sur les écueils rencontrés lors de l'instauration d'un dispositif supportant la dénonciation éthique en milieu organisationnel. Écueils au plan institutionnel mais aussi au plan instrumental et celui des pratiques.

On constatera rapidement que ces entraves ne sont pas uniquement le reflet de l'acception sémantique courante des termes « dénonciation » et « dénonciateurs » auxquels l'ambition et les conditions du dispositif envisagé justifient d'accoler le qualificatif « éthique ».

On remarquera surtout que la première série de réticences à admettre pleinement la notion de dénonciateur éthique d'acte répréhensible, et à lui donner une existence juridique, est plutôt celle des idées reçues qui se substituent à l'analyse objective des phénomènes corruptifs et collusifs.

Des postures qui peuvent tenir à l'histoire, aux idéologies, notamment aux distinctions qu'elles entretiennent aujourd'hui entre secteurs d'activités, mais aussi reposer sur des stéréotypes abusivement entretenus concernant la « bonne » gestion, privée ou publique. Autant de conceptions et de visions qui peuvent générer des freins institutionnels ou des entraves pratiques l'égard des voies et moyens qu'exige un dispositif raisonnablement conçu sur la dénonciation éthique.

8.0 ECUEILS D'ORDRE INSTITUTIONNEL ET INSTRUMENTAL

8.1 Sur le plan institutionnel

Premier constat indéniable : l'approche des organisations internationales est toute entière construite autour du raisonnement suivant :

- **Le signalement est utile pour la détection et la lutte contre la corruption;**
- **Le lanceur d'alerte prend des risques personnels en signalant la corruption;**
- **Il est donc nécessaire de protéger le lanceur d'alerte.**

Or, en réaction à cet argumentaire pourtant simple et limpide, force est de constater qu'il n'est pas de pays où la mise en place d'un dispositif de signalement éthique n'ait pas soulevé hésitations et débats. Il n'est pas non plus d'appareil administratif où ne soit pas discutée, voire « marchandée » souvent très longuement, la question du champ du signalement, de son destinataire, ainsi que du statut de « dénonciateur » ou « lanceur d'alerte éthique », de même que de l'étendue de sa protection et de sa responsabilité.

Au niveau des institutions qui incarnent la gouverne publique (gouvernement, Parlement), **la première objection** recensée est souvent celle d'opposer la nécessité de cet effort d'innovation sociale que représente l'organisation du droit et du devoir citoyen à la dénonciation éthique, – même, somme toute, limité dans le cas d'une mesure ciblée comme celle évoquée ici concernant les marchés publics – à l'existence, déjà, d'une autorité anticorruption dans l'appareil de l'État (ou de l'administration territoriale).

Cette autorité, le plus souvent instituée récemment, continue d'être présentée à population comme le remède générique, politique et pratique, à tous les maux concussionnaires, passés, présents et futurs.

Des études⁷⁰ ont pourtant montré que l'efficacité des autorités anticorruption sans contribution active et soutenue de la population suit généralement une courbe que les statisticiens n'hésiteraient pas à qualifier de banalement « normale ».

C'est-à-dire qu'après des débuts hautement médiatisés, mais souvent lents, l'autorité anticorruption subit une phase d'ascension rapide au plan de l'efficacité avant de décroître tout aussi rapidement qu'elle est montée et stagne à nouveau dans une phase de faible productivité. Dans certains cas, à défaut de suppression pure et simple parfois politiquement difficile, cette autorité peut ne devenir qu'une « coquille vide » : restrictions apportées à un texte législatif initialement abouti et cohérent par des amendements successifs introduits par des lois ultérieures; lente agonie surtout par suppression des ressources humaines et matérielles de l'organisme en question, qui finit par ne plus avoir d'existence que virtuelle.

Une deuxième idée reçue est celle qui conduit à sous-estimer l'occurrence des risques que représentent les marchés publics et, conséquemment, l'ampleur de la vigilance que la neutralisation de ceux-ci commande.

La troisième résistance vient du préjugé que l'institution qu'est l'administration publique constitue, même sans une actualisation régulière des motifs et des moyens de sa mobilisation à tous les niveaux, un rempart infranchissable aux pressions ou aux attirances prévaricatrices.

Une quatrième idée reçue est celle d'objecter que la dénonciation éthique échappe au droit et, dans une certaine mesure, au bon ordre public. Pourtant, les dispositifs de signalement à des fins d'alerte se trouvent déjà au cœur même de la logique instrumentale de différents champs juridiques : droit du travail, droit de la santé, droit criminel et pénal, droit des affaires et de la concurrence, droit sur l'environnement, etc.

⁷⁰ Dossiers présentés lors de la conférence internationale « *Mettre en place un cadre national d'intégrité et de prévention de la corruption : bonnes pratiques et leçons tirées* », tenue en 2012 sous l'égide de l'OCDE.

8.2 Sur le plan des instruments et des pratiques

8.2.1 Le champ du dispositif

La fixation du champ d'un dispositif d'ensemble favorisant la dénonciation éthique se heurte spontanément à des résistances.

Celles-ci tiennent d'abord au dualisme juridique et culturel (idéologique ?) entretenu entre les secteurs public et privé. Il en découle spontanément (sorte de réflexe primaire ?) un argumentaire superficiel sur la difficulté d'envisager des mécanismes de signalement et de protection du lanceur d'alerte commun à l'ensemble des salariés.

L'institutionnalisation de l'autorisation du signalement est alors placée en opposition avec d'autres devoirs. Au sein du secteur public : obéissance, réserve, discrétion,... et dans le secteur privé en opposition avec d'autres droits : liberté de contractualisation, libertés syndicales, protection de la vie privée. Une première difficulté s'argumente donc par le fait que le signalement, qui doit normalement devenir un devoir pour les agents publics, est un droit qui doit être contractualisé pour les salariés des entreprises.

Pourtant, une approche gradualiste axée sur les « marchés publics » ayant pour finalité la défense de l'intérêt public devrait neutraliser ces obstacles. À l'instar, par exemple, du dispositif britannique ou américain, des actions conduites simultanément sont possibles, tant dans le secteur public que dans le secteur privé.

Pour les deux secteurs, une première mesure pourrait consister à étendre la faute de non-dénonciation de crime à la non-dénonciation d'infraction aux règles des marchés publics, ce qui inclurait les atteintes à la probité. Cette mesure aurait pour effet de conférer au signalement le caractère d'une obligation à toute entité ou tout individu susceptible d'y être associé ou d'en bénéficier même indirectement. Le non-respect se traduirait par la mise en jeu de la responsabilité du lanceur d'alerte potentiel qui se tait et/ou s'abstient (aveuglement volontaire).

Le coeur du problème à solutionner, en définitive, est que ni l'autorité anticorruption, ni les moyens classiques de contrôles financiers ou comptables ni la mise en place d'un dispositif d'alerte par la dénonciation éthique ne peuvent seuls suffire à assurer une lutte efficace contre les pratiques corruptrices.

8.2.2 Les mécanismes

Tout d'abord, la dénonciation éthique ne peut être considérée indépendamment de son destinataire. La question du destinataire de l'alerte conduit à se poser celle des suites qui lui seront données. Selon les organisations, le signalement ou l'alerte doit être effectué auprès du supérieur hiérarchique ou auprès d'une instance externe facilement accessible.

Lorsque le signalement est effectué en interne, la question est celle de « l'externalisation » ou non des faits qui ont été relevés, et donc de savoir si un milieu de travail, public ou privé, dispose de la capacité d'apprécier la nature et la gravité des faits qui sont portés à la connaissance des dirigeants.

Certaines idées reçues font que la réponse est loin d'être évidente, malgré une précision accrue de certains textes législatifs.

La frilosité des administrations publiques, démontrée par la Commission, à analyser et à saisir une autorité externe de faits qui peuvent revêtir une certaine gravité est depuis longtemps bien ancrée⁷¹. On peut relever la même attitude timorée des organisations du secteur privé face à la corruption d'agents publics et à la collusion.

En outre, au-delà des aspects juridiques ou plus largement de la politique pénale, c'est bien l'efficacité technique de l'alerte qui se trouve posée.

À cet égard, plusieurs études – notamment l'enquête annuelle sur la fraude dans les grandes entreprises conduite depuis quelques années par PricewaterhouseCoopers (PwC) – montrent une évolution des procédés ou canaux permettant la mise à jour⁷². Les entreprises de taille majeures semblent maintenant avoir franchi une nouvelle étape dans leur démarche instrumentale de lutte contre la fraude par le développement des contrôles automatisés d'identification des transactions inhabituelles. Ce qui n'est pas encore le cas des petites ou moyennes entreprises, particulièrement lorsque la vision entretenue de leur marché se limite aux frontières nationales.

8.2.3 La protection du dénonciateur éthique

Il convient également de prévoir un dispositif et une procédure précise relatifs à la protection du dénonciateur éthique, agent public ou salarié du secteur privé.

Cette question de protection du lanceur d'alerte oblige de trancher. Doit-elle être assurée par une extension du champ de la protection statutaire ou l'ajout obligatoire de précisions aux conditions de travail contractualisées? Doit-elle être, préférablement, incluse dans les codes de marchés publics, règlements incorporant dorénavant un chapitre sur la protection des lanceurs d'alerte éthique, ou laissée aux codes de déontologie des entités participantes?

Si la dénonciation est anonyme, les protections sont difficiles. Si son auteur opte pour la confidentialité, ce qui est normalement son droit constitutionnel le plus strict, le traitement d'un recours éventuel de sa part pour représailles soulève un degré de complexité sur le plan pratique, notamment selon le statut et les pratiques (organisation, fonctionnement, reddition de comptes) de l'organe chargée de traiter ce type de litige.

⁷¹ Paradigme de l'« Administration s'occupe de l'administration! » dans le cadre de ses politiques de GRH établies en fonction de ses statuts, codes et directives, souvent exorbitant du droit commun.

⁷² Alors qu'en 2007 PwC relevait que les grandes entreprises portaient leurs efforts sur certains aspects gravitant autour de la culture d'entreprise (code de conduite, y compris les systèmes d'alerte depuis 2003), il note, dans son rapport pour 2011, que « de moins en moins de fraudes sont découvertes » par l'audit interne.

Il n'en demeure pas moins, dans un système démocratique qui incite à la citoyenneté responsable, que la puissance publique ne peut se montrer proportionnellement moins résolue dans ses protections que l'effort de courage qu'exige l'émission spontanée, et en temps utile, d'une alerte éthique visant la protection de l'intérêt général et du bien commun.

8.2.4 Des incitatifs supplémentaires ?

Au-delà de ces mesures de protection bien légitimes, est-il souhaitable d'aller plus loin, en prévoyant par exemple, comme cela est le cas dans certains États (États-Unis, Corée du Sud, ou au Canada-fédérale, depuis peu, en matière de fiscalité) des mécanismes d'incitation, y compris sous une forme financière, à la dénonciation éthique?

Certes, ce type de mécanisme n'est pas totalement inconnu de la plupart des droits nationaux, encore pour l'essentiel que sous une figure négative. Par exemple sous forme d'exemption ou de réduction de peine, ou bien encore dans le cadre d'une procédure dite de clémence comme celle prévue habituellement par le droit touchant certains aspects de la concurrence.

L'instauration au Québec d'un dispositif permettant de « récompenser » les personnes signalant des faits de corruption pourrait susciter, si ce n'est des réactions de rejet, à tout le moins des débats au sein de l'opinion publique comme chez les spécialistes. Indépendamment des aspects d'éthique publique, on peut se demander si l'octroi d'une « prime » aux dénonciateurs, lanceurs d'alerte, apporterait un réel progrès à la lutte contre la corruption. Néanmoins, chose certaine, la reconnaissance publique de ces apports, lorsque les circonstances le permettent, constitue une manifestation civique emblématique de l'exercice de la citoyenneté responsable.

8.2.5 La nécessaire simplicité du cadre normatif et procédural

Dernière observation relevée fréquemment : l'action de dénonciation éthique doit être facilitée et supportée par une procédure simple.

À cet égard, dans beaucoup d'administration publique on tend à sous-estimer l'importance d'établir clairement – réflexe juridico-bureaucratique de protection? – que le but du dispositif est prioritairement d'assurer l'intégrité institutionnelle du secteur public.

Pour le cas qui nous intéresse, l'évocation, nommément, des marchés publics s'impose de même qu'une référence, lisible et compréhensible, au cadre normatif (*soft law*) qui les régit. Pareillement, pour être complet, il est nécessaire que ces textes énoncent avec la même précision et clarté les recours éventuels en cas de représailles contre le dénonciateur éthique.

Autre manifestation d'une « idée reçue » typique des bureaucraties traditionnelles, beaucoup des projets de textes occultent spontanément la question des procédures d'examen des alertes reçues, celle de la transmission des conclusions (notamment la rétroaction auprès de l'alerteur lorsqu'il s'est identifié) et oublient (!) de spécifier l'attribution des responsabilités quant à la reddition de compte sur les différentes facettes du dispositif.

Par contre, on croit justifier de discuter longuement d'une liste limitative, et fermée⁷³, des sujets de signalement auxquels l'alerteur doit se limiter. On agit donc comme si les faits de stratagèmes étaient statiques alors qu'ils sont en constant développement.

En outre des stipulations dans un langage juridique trop détaillées présument abusivement que l'« honnête citoyen », utilisateur éventuel du dispositif d'alerte, aura les moyens de l'« enquêteur patenté » ou les compétences d'un tribunal. L'observation de l'anachronisme d'un phénomène ou comportement (ex. : activités de lobbying équivoques, cadeaux en dérogations aux procédures officielles, autres indices factuels douteux) n'implique pas nécessairement une capacité de les rattacher à l'hermétisme des dénominations de crime, délit ou malversation déjà codifié à la sémantique juridique.

Remarques conclusives

L'absence de plan d'action stratégique pour soutenir l'introduction d'une telle réforme est une autre déficience fréquemment notée à la suite de la promulgation de textes juridiques ou administratifs.

L'instauration d'un dispositif aux fins d'alerte éthique doit prévoir – au même titre que les autres instruments de l'éthique appliquée – sessions de formation obligatoire des personnes visées, de même que disponibilité de services-conseils aptes à traiter des tenants et aboutissants de la mesure et de ses instruments. Cette façon de procéder a pour objectif de réduire les aléas ou dérives possibles en période d'adaptation. Elle contribue à éclaircir l'atmosphère dans la durée, notamment si ces activités sont systématisées pour les nouveaux personnels et collaborateurs externes.

Le résultat escompté qui justifie cette méthode – conduite d'une démarche transparente qui mobilise et implique les autorités, les hauts dirigeants administratifs et tous les personnels ou services qui composent une organisation – est celui que s'instaure rapidement un climat serein pérenne. Et ce, dans un cadre où toutes les parties prenantes savent que toutes les parties prenantes maîtrisent les droits et devoirs associés à la dénonciation éthique.

⁷³ Pour mémoire, il n'est pas inutile de rappeler que le rapport du juge Gomery avait également abordé sommairement cette question : recommandation n° 15.

CONCLUSION

Adéquatement orienté, le dénonciateur « éthique » est un employé consciencieux digne de ce qualificatif. Il s'avère un précieux allié de l'organisation et de la société dans son ensemble dans la lutte contre la corruption et autres malversations⁷⁴.

Témoins d'un acte illégal ou contraire à la déontologie attendue, ces personnes ne détournent pas le regard, mais s'engagent. Elles acceptent de payer de leur temps, voire de leur quiétude personnelle, pour faire cesser ces dysfonctionnements.

Ces individus sont des citoyens responsables. Ils gardent la maîtrise des événements, identifient les irrégularités en temps utile et évitent par le fait même que la confiance des citoyens envers les institutions, leur mission, leur fonctionnement ou leurs personnels soit justifiée de s'effriter.

C'est dire combien les administrations publiques et les organisations privées actives dans les divers domaines ou secteurs ont intérêt à mettre sur pied un système approprié pour les divulgations éthiques.

Des mesures qui méritent la confiance des lanceurs d'alerte raisonnablement motivés. Des dispositifs clairs supportant des processus précis tant pour la réception des signalements et leur traitement que la protection des personnes qui assument leurs responsabilités contre la discrimination dont ils peuvent être la cible.

Dans une telle perspective ne convient-il pas que la Puissance publique, recourant aux ressources et à tout le savoir-faire de l'État de droit, veille à ce que les « dénonciateurs éthiques » soient raisonnablement supportés et correctement protégés?

⁷⁴ Rappelons en terminant, qu'en 2005, la Cour suprême du Canada a souligné dans l'arrêt Merk l'importance cruciale des lois destinées à protéger les employés divulguant de bonne foi les fautes commises par leur employeur (Référence : Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771, [2005] 3 R.C.S. 425, 2005 CSC 70).

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

BANISAR, D. (2011). **Whistleblowing: International Standards and Developments**, dans Sandoval, I. (éd.), *Corruption and Transparency: Debating the Frontiers between State, Market and Society*, World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753180

BADIE, F. (2012) (dir.). **Rapport au premier ministre et au Garde des sceaux, ministre de la Justice**, Service central de la prévention de la corruption, Documentation française.

BECKER, G. et STIGLER, G. (1974). **Law Enforcement, Malfeasance, and the Compensation of Enforcers**, *Journal of Legal Studies* 3, p. 1-19.

BERNIER, P. (2011). **L'éthique et les services aux citoyens**, dans Boisvert, Yves (éd.). *Éthique et gouvernance publique : principes, enjeux et défis*, Montréal, Liber, p. 69-103.

BROWN, A. J. et LATIMER, C. (2008). **Whistleblower Laws: International Best Practice**, *UNSW Law Journal*, vol. 31, n° 3.

CHILDERS, D. (2010). **Ethics Perspectives: Is Your Hotline a Joke?**, Ethics point, Integrity at work, Navex global.

CANTIN, I. et CANTIN, J.M. (2005). **La dénonciation d'actes répréhensibles en milieu de travail ou whistleblowing**, Éd. Yvon Blais.

CAILLAUD B. (2002). **Entente et capture dans la commande publique**, *Revue de la concurrence de la consommation*, n° 129.

DAVIS, M. (2003). **Some Paradoxes of Whistleblowing**, dans W. H. Shaw (dir.), *Ethics at Work*, Oxford, Oxford University Press.

FAIR (2012). **What's Wrong with Canada's Federal Whistleblower Legislation, an analysis of the Public Servants Disclosure Protection**, Ottawa (Version électronique <http://fairwhistleblower.ca/files/fair/docs/psdpa/whats_wrong_with_the_psdpa.pdf>)

LAFONT, J. J. et TIROLE J. (1993). **A Theory of Incentives in Procurement and Regulation**, MIT Press, Cambridge.

SIDGWICK, H. (1907) **The methods of ethics**, London, Macmillan.

JUBB, P. B. (1999). **Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation**, in *Journal of Business Ethics*, #21, p. 77-94.

ROSE-ACKERMAN, S. (1998). ***Corruption and Development***, dans *Annual World Bank Conference on Development Economics*, Joseph Stiglitz and Boris Pleskovic (éd.), Washington DC, World Bank, p. 149-171.

ROSE-ACKERMAN S. (1999). ***Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform***, Cambridge, Cambridge University Press.

ROSE-ACKERMAN S. (2007). ***Controlling Corruption: Government Accountability, Business Ethics, and Sectoral Reform***, dans *The Construction of Democracy: Lessons from Practice and Research*, Baltimore, Johns Hopkins University Press.
