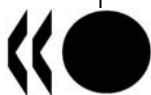


Non classifié**DAF/COMP/GF(2010)2**

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

09-Jul-2010**Français - Or. Anglais**

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

COLLUSION ET CORRUPTION DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Note liminaire du Secrétariat

-- Session V --

La présente note est soumise par le Secrétariat au titre de la session V du Forum mondial sur la concurrence qui doit se dérouler les 18 et 19 février 2010.

Contact: Hélène Chadzynska, Chef du programme du Forum mondial sur la concurrence
Tél : 33 1 45 24 91 05; Email : helene.chadzynska@oecd.org

JT03286597

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

DAF/COMP/GF(2010)2
Non classifié

Français - Or. Anglais

COLLUSION ET CORRUPTION DANS LES MARCHÉS PUBLICS

NOTE LIMINAIRE DU SECRÉTARIAT

Introduction

1. Les gros marchés publics soulèvent, dans beaucoup de pays, de sérieux problèmes de collusion, corruption et favoritisme. Étant donné l'importance des sommes en jeu, les incitations à la collusion peuvent être fortes pour les soumissionnaires de même que les tentations de corruption pour les agents publics.

2. La présente note examine rapidement quelques-unes des complémentarités et options qui s'offrent aux responsables de l'élaboration des politiques dans le cadre de la lutte contre la collusion et la corruption. Elle considère notamment les aspects suivants:

- L'importance des marchés publics dans les économies nationales et les relations entre la collusion et la corruption dans leur passation;
- Comment le degré de transparence du processus d'appel d'offres peut avoir un effet sur la probabilité de corruption et de collusion;
- Comment le choix de la procédure de soumission peut influencer sur les risques de collusion ou de corruption pendant le processus de passation des marchés;
- Les avantages d'une lutte coordonnée contre la collusion et la corruption dans les marchés publics;
- Les cadres institutionnels qui peuvent faciliter la détection de la collusion et de la corruption dans les marchés publics ainsi que les enquêtes et les poursuites y afférentes.

3. L'annexe I présente la liste des documents portant sur les questions examinées dans la note qu'il est suggéré de consulter.

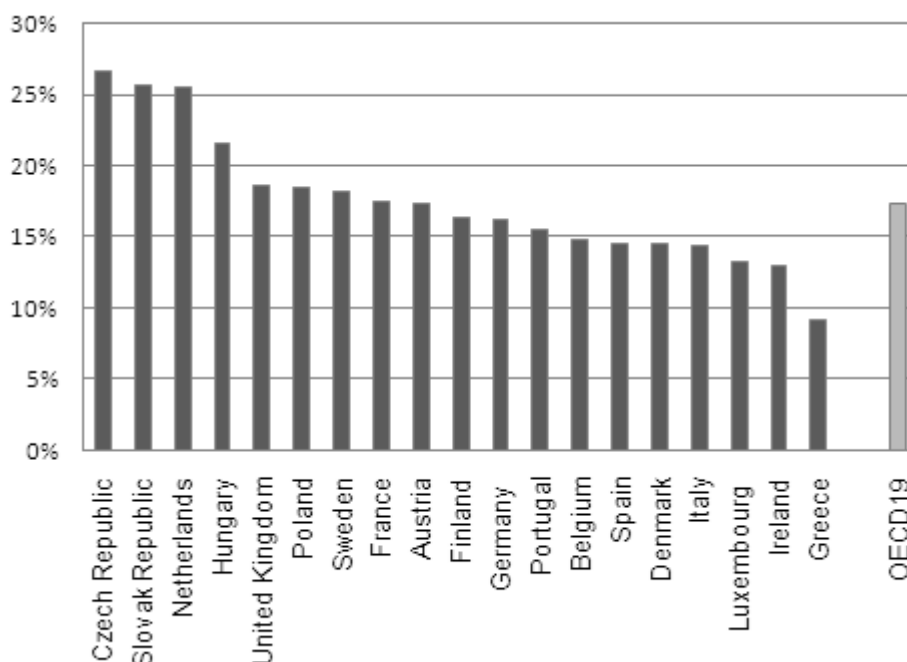
4. L'annexe II reproduit la liste des questions et problèmes à examiner qui figurait dans l'appel à contributions adressé aux pays le 1er décembre 2009 [document DAF/COMP/GF(2009)14].

1. Collusion, corruption et marchés publics

5. Le fonctionnement des marchés publics a d'importantes répercussions sur l'efficacité de la gouvernance, tant dans les pays développés que dans les pays en développement. Comme le montrent les statistiques qui suivent, les marchés publics représentent plus de 15 % du produit intérieur brut (PIB) des pays de l'OCDE. Ils constituent une part encore plus importante du PIB dans les pays non membres de l'Organisation¹. De plus, ils concernent souvent des biens et services qui jouent un rôle économique et social important, tels que les infrastructures de transport, les hôpitaux et les services de santé, ainsi que l'enseignement.

¹ OCDE (2005), « Public Procurement » in *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*, Paris.

Graphique 1. Parts des marchés publics dans le PIB (2006)



Source: OCDE, 2006

6. L'objet essentiel des marchés publics est d'obtenir des biens et services au plus bas prix possible ou, de manière plus générale, d'assurer une utilisation efficace des deniers publics. Pour garantir un fonctionnement efficace de ces marchés, les autorités doivent atteindre concrètement deux objectifs distincts, mais étroitement liés: (i) promouvoir une concurrence effective entre les fournisseurs, et (ii) assurer l'intégrité des procédures administratives. Malheureusement, tous les pays et tous les secteurs sont vulnérables aux risques de collusion et de corruption dans les marchés publics. La collusion et la corruption sont, en outre, souvent associées à d'autres délits comme le blanchiment d'argent, la fraude comptable, la fraude fiscale et l'extorsion de fonds.

7. Lorsqu'ils portent sur de gros marchés, les appels d'offres publics peuvent susciter une forte concurrence à laquelle les entreprises peuvent essayer de se soustraire en recourant à la collusion et à la corruption:

- La *collusion* est une entente entre soumissionnaires qui a pour effet de limiter la concurrence et de léser l'acheteur public. En cas de soumissions concertées, le prix payé par l'administration publique pour des biens ou services est artificiellement relevé. Ces pratiques ont un effet direct et immédiat sur les dépenses publiques et, partant, sur les contribuables;
- La *corruption* implique une relation verticale entre au moins un des soumissionnaires et le fonctionnaire responsable du marché public concerné. C'est avant tout un problème « principal-agent » dans lequel l'agent (le fonctionnaire responsable du marché) s'enrichit au détriment du « principal » (l'acheteur public ou, d'une manière plus générale, le public). On parle de corruption dans le cadre de la passation d'un marché public, lorsque le fonctionnaire chargé par l'entité adjudicatrice de gérer la procédure est convaincu, en contrepartie de pots-de-vin ou d'autres gratifications, de l'organiser, ou d'en modifier l'issue, de manière à avantager une entreprise en particulier. Le poids des marchés publics dans les économies nationales étant important, le préjudice que la corruption peut porter à celles-ci est non négligeable.

8. La collusion et la corruption compromettent l'efficacité de l'attribution des marchés publics. Elles impliquent, par définition, que les marchés ne sont pas attribués comme ils l'auraient été si le principe de mise en concurrence avait été respecté. La collusion se traduit par l'attribution d'un marché public à l'entreprise choisie par les participants à l'entente. La corruption aboutit à accorder un marché à l'entreprise qui a offert le pot-de-vin. C'est en ce sens qu'elle fausse la concurrence. Par conséquent, bien qu'elles représentent des enjeux distincts pour les pouvoirs publics, la lutte contre la collusion et la lutte contre la corruption sont souvent très complémentaires. C'est notamment le cas quand le fonctionnaire responsable de la passation d'un marché est payé pour organiser et surveiller une collusion par soumissions concertées.

Encadré 1. Exemples d'affaires de collusion et de corruption

Hongrie – Plusieurs affaires de soumissions concertées ont éclaté sur le marché hongrois de la construction routière au cours des dernières années. La plus grosse amende antitrust (27.7 millions EUR environ) imposée jusqu'à présent l'a été pour une affaire de soumissions concertées concernant la construction d'une route. Le marché était évalué à 630 millions EUR. L'autorité hongroise de la concurrence a constaté que les soumissionnaires s'étaient antérieurement mis d'accord sur celui d'entre eux qui remporterait le marché ainsi que sur le soumissionnaire auquel l'entreprise générale offrirait un contrat de sous-traitance pour les travaux de construction. La presse a maintes fois signalé que des projets de construction routière avaient pu constituer un cadre idéal pour la corruption et soupçonné que les gains illicites tirés des soumissions concertées représentaient une source de financement importante pour les campagnes politiques.

Japon - En 2005, la Commission japonaise de la concurrence (JFTC) a enjoint à 45 constructeurs japonais de ponts en acier de cesser de truquer les offres pour les marchés publics. Plus de 70% des contrats concernant des ponts en acier accordés entre 1999 et 2004 par la Japan Highway Public Corporation ont été remportés par 47 entreprises appartenant à deux associations. Leurs offres étaient presque exactement identiques aux estimations de l'entreprise publique. Dans le cadre de l'une des plus grosses affaires de collusion lors d'une adjudication, la JFTC a aussi sommé la Japan Highway Public Corporation d'améliorer ses pratiques pour la passation des marchés publics concernant les ponts en alléguant qu'une vingtaine d'anciens agents publics avaient participé au trucage d'offres en vue d'obtenir un emploi dans l'une des 45 entreprises. D'après un décompte, près de 60% des bureaucrates qui avaient occupé un emploi concernant les travaux routiers ont été embauchés après leur départ à la retraite par l'un des dix premiers établissements de travaux routiers.

France – Un autre exemple d'affaire est celui des trois principales entreprises françaises de construction (Bouygues, Suez-Lyonnaise et Vivendi) qui ont fait l'objet d'une grande enquête pour un scandale décrit comme « un système convenu de détournements de fonds publics » (Le Monde, 10 déc. 1998). Ces trois entreprises ont participé à une entente frauduleuse pour des travaux de construction d'écoles en Ile-de-France (la région qui entoure Paris) entre 1989 et 1996. Elles se sont partagé des marchés d'une valeur de plus de quatre milliards d'euros. Le système impliquait aussi une part de corruption politique, un prélèvement de 2% sur tous les marchés servant à financer les principaux partis politiques dans la région.

2. Le rôle de la transparence dans les marchés publics

9. La transparence est indispensable à une saine procédure de passation des marchés. Elle est comprise comme l'accès à l'information concernant le processus de décision. Cela couvre non seulement la publicité donnée à l'événement, mais aussi l'information divulguée aux soumissionnaires avant ou après l'appel d'offres.

10. L'effet de la transparence sur le processus de passation des marchés publics est double:

- Un système de passation des marchés opaque et complexe offre un contexte idéal pour le développement de la corruption. La transparence constitue donc l'un des moyens les plus efficaces d'empêcher celle-ci. Des procédures transparentes permettent à un large éventail de

parties prenantes d'examiner de près les décisions et le comportement des fonctionnaires et des entrepreneurs, ce qui permet d'assurer que ceux-ci restent comptables de leurs actes.

- La transparence ne garantit toutefois pas à elle seule l'efficacité du processus de passation des marchés publics. Il faut veiller à ce qu'en renforçant la transparence de ce processus pour lutter contre la corruption, on n'augmente pas les possibilités de recours à des pratiques anticoncurrentielles. Un système de passation des marchés plus transparent peut, en effet, accroître les risques de collusion entre soumissionnaires si ceux-ci ont la possibilité de connaître la stratégie de leurs concurrents et de s'aligner sur elle au détriment de la concurrence.

2.1 *Les relations entre la transparence et la corruption*

11. Les obligations de transparence contribuent à éradiquer et empêcher la corruption, dans la mesure où elles imposent la publication des informations relatives aux appels d'offres organisés pour l'attribution des marchés publics. L'imposition de règles pour la passation de ces marchés peut accroître le degré de transparence du système en exigeant que soient rendus publics les principaux faits et chiffres, les critères d'attribution du marché et leur pondération relative, l'identité de l'adjudicataire et des autres soumissionnaires ainsi que les conditions des offres présentées par chacun des soumissionnaires. L'introduction de la transparence dans le processus de passation des marchés publics empêche la corruption de plusieurs façons:

- la publication et la transparence des procédures permettent d'examiner de près les décisions des agents publics qui sont ainsi responsabilisés. Un degré élevé de transparence réduit les asymétries d'information et facilite le suivi, la surveillance et le contrôle du processus de passation des marchés publics. Il favorise également le contrôle public quand l'information est librement accessible;
- la transparence responsabilise les soumissionnaires et facilite la détection des agissements illicites et leur sanction. La transparence augmente aussi les chances que d'autres soumissionnaires dénoncent les actes de corruption, ce qui envoie des signaux positifs sur la confiance qu'inspire le processus;
- la transparence permet aux soumissionnaires d'éviter le dilemme du prisonnier lorsqu'ils ignorent si d'autres soumissionnaires offrent ou non des pots-de-vin. En l'absence de transparence, ils choisiraient le plus souvent de recourir eux-mêmes à la corruption ou de renoncer à soumissionner, deux solutions qui se solderaient par un résultat non efficace pour la procédure de passation du marché public concerné;
- enfin, la transparence permet aussi aux commissaires aux comptes de détecter plus facilement les comportements illicites.

2.2 *Les relations entre la transparence et la collusion*

12. La question de savoir si une plus grande transparence des marchés publics permet d'assurer l'efficacité et l'efficacité du système de passation des marchés mérite de retenir davantage l'attention. Le renforcement de la transparence réduit la liberté d'action de l'agent chargé des marchés publics et permet aux organismes de contrôle de suivre plus facilement le processus. Il a ainsi des chances de réduire la corruption. Il faut toutefois veiller à ce qu'en renforçant la transparence pour faire reculer la corruption, on n'augmente pas les risques de pratiques anticoncurrentielles.

13. La transparence est l'un des facteurs nécessaires à une collusion soutenable. Pour fixer les conditions de la coordination, s'assurer que ces conditions sont respectées et sanctionner efficacement les manquements, les entreprises doivent disposer d'informations détaillées sur les stratégies de tarification

et/ou de production de leurs concurrents. La suppression artificielle de l'incertitude entourant l'action des concurrents, qui est l'essence même de la concurrence, peut en soi éliminer la rivalité concurrentielle normale. C'est particulièrement le cas sur les marchés très concentrés (ce que sont la plupart des marchés de contrats publics) sur lesquels une plus grande transparence permet aux entreprises de mieux prédire ou anticiper le comportement de leurs concurrents et donc de s'aligner ouvertement ou tacitement sur lui.

14. Dans le cadre des appels d'offres de marchés publics auxquels participe normalement un nombre limité de fournisseurs, les effets de l'échange d'information résultant de la transparence du processus de passation des marchés soulève des problèmes non négligeables au niveau de la concurrence. Les informations sur le résultat de la procédure qui sont révélées par l'autorité adjudicatrice peuvent, en effet, faciliter la collusion. Si, par exemple, l'autorité adjudicatrice révèle l'identité des soumissionnaires et les prix offerts, cela renforce l'efficacité d'une entente en permettant à ceux qui y participent de repérer plus facilement les manquements éventuels à l'accord de collusion. Autrement dit, la transparence facilite la surveillance du respect des termes de l'accord. Dans l'ensemble, moins il est fourni d'informations sur le résultat d'une adjudication, plus il est difficile de réussir à truquer les offres.

2.3 *Considérations de principe*

15. En définissant les règles et les procédures relatives à la transparence, il faudrait sérieusement envisager d'établir des obligations claires et précises pour la divulgation de diverses catégories d'information. Les règles fixées devraient aussi préciser quand et à qui ces informations devraient être fournies. Plusieurs autres approches pourraient être suivies pour rendre la collusion plus difficile sans compromettre la réduction nécessaire du risque de corruption:

- il pourrait n'être exigé que de divulguer l'information relative à l'offre retenue, celle concernant les autres offres pouvant n'être communiquée qu'à l'émetteur de l'appel d'offres et aux contrôleurs et non aux concurrents d'une manière générale;
- en raison de l'effet déstabilisateur que la non-divulgence de l'identité des soumissionnaires pourrait avoir sur une éventuelle collusion, le fonctionnaire responsable de la passation d'un marché public pourrait envisager de ne révéler ni le nombre de soumissionnaires en lice, ni l'identité de chacun d'eux en ne les désignant, par exemple, que par leur numéro d'enregistrement;
- l'agent chargé de la passation d'un marché public pourrait permettre que les offres soient communiquées par téléphone ou par courrier au lieu d'obliger les soumissionnaires à remettre leurs offres personnellement à un moment et un endroit précis où ils peuvent être observés par tout le monde;
- l'agent responsable de la passation d'un marché public pourrait autoriser chaque soumissionnaire à présenter plusieurs offres sous des numéros ou des identités différents;
- le moment de la divulgation d'informations sensibles (comme l'identité des soumissionnaires perdants et les données concernant leur offre) pourrait être retardé pour atténuer les effets de ces révélations sur la collusion.

3. Les procédures d'appels d'offres et les risques de collusion et de corruption y afférents

16. Les questions concernant le degré de transparence approprié dans le processus de passation des marchés publics sont étroitement liées au choix de la procédure d'appel d'offres. C'est un exercice important et délicat, les diverses procédures offrant des degrés de transparence différents qui peuvent les exposer aux risques de collusion ou de corruption. Le choix du « bon » modèle d'appel d'offres (ou plutôt,

du modèle le plus approprié compte tenu des particularités du marché public concerné) est donc le point de départ de tout effort visant à assurer l'efficacité de la passation d'un marché public.

3.1 *Adjudications ouvertes et adjudications sous plis scellés*

17. Les candidats à une *adjudication ouverte* se réunissent au même moment et au même endroit pour soumettre plusieurs offres. Le marché est octroyé au soumissionnaire de la meilleure offre par l'entité adjudicatrice. Dans les enchères dynamiques, les soumissionnaires peuvent observer le comportement de leurs concurrents, ce qui facilite la coordination des offres et la surveillance de la répartition convenue des marchés. Plus des enchères dynamiques durent, plus il est facile aux soumissionnaires de coordonner leurs offres puisqu'ils ont davantage de possibilités de se mettre d'accord pour l'attribution des marchés. En outre, un système dans lequel les offres sont ouvertes en public et où le prix et les caractéristiques de chaque offre sont connus constitue l'instrument idéal pour détecter les ventes à bas prix. Il permet donc aux parties à un accord de collusion de sanctionner les entreprises qui ne s'y conforment pas.

18. Il serait préférable, en cas de risque important de comportement anticoncurrentiel, que l'agent responsable de la passation du marché ait recours à un modèle d'*adjudication sous plis scellés* qui limite la capacité et l'intérêt des soumissionnaires à agir en collusion. Dans ce type d'adjudication, chaque soumissionnaire présente sa « meilleure offre définitive », généralement par écrit, et les autres soumissionnaires en ignorent la teneur. Une collusion est certes possible, mais plus difficile à réaliser: elle implique une communication préalable entre ses participants qui sont en outre beaucoup plus incités à ne pas respecter les termes de l'accord de collusion du fait que les possibilités de sanction sont réduites, voire inexistantes.

19. Du point de vue de la lutte contre la corruption, toutefois, les systèmes d'enchères (comme les enchères dynamiques) paraissent offrir moins de possibilités aux agents responsables des marchés publics de favoriser une entreprise particulière. Ces systèmes font généralement l'objet de plusieurs niveaux de surveillance, des instances extérieures évaluant la qualité, la spécificité et le rapport qualité-prix des offres. De plus, les entreprises qui n'obtiennent pas un marché, peuvent théoriquement attirer l'attention du public et de la justice sur leurs éventuels soupçons d'irrégularités.

3.2 *Négociations directes et contrats-cadres*

20. Du point de vue de la concurrence, il n'est pas toujours nécessaire de recourir à un processus d'appel d'offres pour obtenir le résultat le plus efficace pour un marché public. C'est le cas lorsque des *négociations particulières* avec un nombre limité de fournisseurs sont susceptibles de produire le résultat le plus rentable. On pourrait, par exemple, se trouver dans cette situation dans les circonstances suivantes:

- si le coût de l'organisation et de la réalisation d'un appel d'offres est élevé et supérieur aux avantages que l'on en attend;
- si les soumissionnaires probables, et même, le soumissionnaire le moins disant probable, sont déjà connus de l'acheteur public. Dans ce cas, il peut être plus efficace que ce dernier entre directement en contact avec le moins disant probable pour négocier un prix (en utilisant au besoin la menace du recours à un appel d'offres);
- s'il n'est pas possible de préciser contractuellement à l'avance tous les aspects des services à fournir comme ce peut être le cas avec des projets complexes qui sont difficiles à définir à l'avance et qui peuvent être adaptés au fur et à mesure de leur avancement;

- si d'autres raisons de fond ou d'autres raisons explicites existent qui font que l'acheteur public n'est pas tenu de choisir le fournisseur le moins cher, c'est-à-dire si la diversité de l'offre est essentielle pour assurer la continuité du service;
- si des considérations de confidentialité empêchent la tenue d'un appel d'offres, par exemple, si des intérêts de sécurité nationale sont en jeu;
- si le nombre de soumissionnaires potentiels est très faible et l'un d'entre eux jouit d'un pouvoir de marché considérable; un appel d'offres ne produira pas, dans ce cas, un résultat satisfaisant et il peut être indiqué d'opter pour une procédure plus élaborée pour passer le marché.

21. Du point de vue de la lutte contre la corruption, toutefois, les marchés passés en dehors de toute mise en concurrence suscitent des inquiétudes en raison de leur manque de transparence et de l'absence de contrôle démocratique. Les responsables des marchés publics qui sont autorisés à conclure ces contrats contrôlent davantage le choix des entreprises auxquelles seront accordés les contrats les plus lucratifs. Sans une surveillance adéquate, leurs préférences personnelles peuvent facilement intervenir dans leur décision finale. Sous l'angle du vendeur, il est hautement souhaitable d'obtenir des contrats lucratifs sans être soumis à la discipline de la concurrence de sorte que les entreprises peuvent être tentées d'éliminer le risque de voir ces contrats leur échapper en influençant et/ou corrompant l'agent responsable.

22. De même, celui-ci peut trouver plus efficace de recourir à des *contrats-cadres*, c'est-à-dire des accords permanents servant de base aux achats de biens et de services effectués auprès d'entreprises présélectionnées qui satisfont à un certain nombre de normes de qualité. Là encore, ces accords peuvent permettre de réaliser des économies de temps et de ressources en supprimant les procédures d'appels d'offres et en réduisant ainsi le coût global des achats de biens ou de services. L'utilisation d'accords-cadres peut cependant soulever des problèmes éthiques surtout si les prix ne sont pas fixés avant leur rédaction. Dans ce cas, les accords sont vulnérables au risque de discrimination et de favoritisme.

3.3 *Considérations de principe*

23. Les nombreuses formes de modèles de passation des marchés ne se valant pas du point de vue de la lutte contre la collusion et la corruption, il est important que les fonctionnaires responsables soient conscients des risques liés à certaines d'entre elles. Intuitivement, les *enchères dynamiques (ou ouvertes)* semblent plus vulnérables à la collusion que les *enchères sous plis scellés*. De même, les *négociations privées* et les *accords cadres* conclus avec les fournisseurs potentiels risquent moins de conduire à la collusion que des appels d'offres publics. Toutefois, les formules de passation des marchés reposant sur la remise de plis scellés et excluant toute mise en concurrence sont vues comme une source potentielle de problèmes du point de vue de la lutte contre la corruption du fait qu'elles se prêtent fortement à celle-ci et qu'elles pèchent par leur manque de transparence et de contrôle démocratique.

24. Le choix du modèle d'appel d'offres dépend en grande partie des circonstances qui entourent la passation du marché public. Si le risque de collusion est limité (du fait, par exemple, que les fournisseurs potentiels sont nombreux), il est préférable de recourir à des enchères ouvertes. Si le risque de collusion est important, la préférence doit être accordée à un système sous plis scellés. Si le risque à la fois de collusion et de corruption est significatif, l'agent responsable doit continuer d'envisager de recourir à cette dernière formule, mais faire en sorte qu'elle ne se prête pas à la corruption. Dans ce cas, l'utilisation de systèmes électroniques ou de soumissions en ligne, par exemple, peut permettre de limiter les deux risques. Les soumissions électroniques permettent non seulement de tenir des enchères dynamiques, mais aussi d'enregistrer chaque soumission et le nom de chaque personne qui a pu en prendre connaissance. Cela empêche que des agents corrompus puissent consulter les soumissions avant la fermeture de l'appel d'offres et influencer sur le processus à des fins personnelles. Pour éviter des manipulations indues, on pourrait aussi ouvrir en public les enveloppes scellées, après la fermeture de l'appel d'offres et envisager

d'empêcher totalement la destruction et le remplacement des soumissions. On pourrait également faire appel à des dispositifs technologiques rendant impossible l'altération des soumissions par l'agent responsable.

4. Lutte contre les agissements illicites dans le cadre des marchés publics – Comment empêcher et sanctionner les actes de corruption et de collusion?

25. Les lois et les règlements relatifs aux marchés publics sont conçus pour favoriser la concurrence entre les soumissionnaires et assurer une utilisation rationnelle des deniers publics. La lutte contre les soumissions concertées et les pots-de-vin doit faire partie intégrante de ce processus. Les expériences nationales montrent qu'il existe de nombreuses façons de lutter contre les agissements illicites dans le cadre du processus de passation des marchés publics, mais on distingue, dans l'ensemble, trois principales démarches pour atteindre cet objectif:

1. Sensibilisation des administrations publiques et des agents responsables aux risques de corruption et de collusion dans la passation des marchés publics. Les agents doivent être formés à appliquer des règles et des mécanismes de contrôle appropriés pour empêcher et détecter les agissements illicites. Il peut-être particulièrement utile d'appliquer des lignes directrices et les meilleures pratiques dans ce domaine où une approche pluridisciplinaire peut permettre d'obtenir des résultats importants. La formation doit viser à faire mieux comprendre aux agents les coûts de ces pratiques délictueuses en termes de ressources publiques et les avantages de l'adoption de comportements éthiques pour l'autorité contractante et ses fonctionnaires. La formation doit être axée sur la détection des signes de collusion ou de corruption et encourager également les agents à signaler les cas où ces agissements sont observés.

Encadré 2. Les lignes directrices de l'OCDE pour la lutte contre les soumissions concertées

L'OCDE reconnaît depuis longtemps le rôle capital que les organismes responsables de la concurrence et des marchés publics jouent dans la lutte contre les ententes illicites caractérisées dans le cadre des marchés publics. En 2009, le Comité de la concurrence a mis au point une méthode spécifique pour aider les pays à améliorer la passation des marchés publics en luttant contre le trucage des offres. Les Lignes directrices de l'OCDE pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics aident les fonctionnaires responsables de la passation de ces marchés à réduire les risques de collusion lors des adjudications, grâce à des processus soigneusement conçus, et à détecter les cas de soumissions concertées au cours de ces processus. Ces lignes directrices visent à aider les agents concernés à déterminer:

- quels sont les marchés qui sont les plus vulnérables au risque de trucage des offres afin de prendre les précautions qui s'imposent;
- les méthodes qui permettent d'obtenir le plus grand nombre de soumissions;
- les meilleures pratiques à suivre pour établir les spécifications des appels d'offres, les conditions à remplir et les critères d'attribution des marchés;
- les procédures permettant d'empêcher les soumissionnaires de communiquer entre eux, et
- les modes de fixation des prix, les déclarations, les documents et les comportements des entreprises qui doivent conduire les agents chargés des marchés publics à soupçonner l'existence d'une collusion.

Pour de plus amples informations sur les Lignes directrices de l'OCDE pour la lutte contre les soumissions concertées, consulter le site: www.oecd.org/competition/bidrigging.

Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics

L'OCDE a élaboré une série de principes en vue de renforcer l'intégrité dans les marchés publics. Ces principes ont été approuvés sous la forme d'une recommandation du Conseil de l'OCDE en octobre 2008. Ils constituent un instrument visant à aider les responsables de l'action gouvernementale à renforcer l'intégrité dans les marchés publics. Ils reposent sur quatre piliers: (i) transparence; (ii) bonne gestion; (iii) prévention des comportements réprouvés, respect des règles et surveillance, et (iv) obligation de rendre des comptes et contrôle. Les principes énoncés appuient la mise en œuvre des instruments juridiques internationaux élaborés dans le cadre de l'OCDE ainsi que d'autres organisations comme les Nations unies, l'Organisation mondiale du commerce et l'Union européenne.

Pour aider les pays à mettre en œuvre ses Principes pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics, l'OCDE a réuni les outils existant dans les pays membres et non membres dans ce qu'elle appelle la « boîte à outils ». Celle-ci a pour objet d'aider les fonctionnaires à concevoir et élaborer des instructions et des procédures pour différentes étapes du processus de passation des marchés. Elle fait actuellement l'objet de consultations auprès d'un vaste groupe réunissant des représentants des principales parties intéressées dans les pays membres et non membres de l'OCDE, à savoir notamment: les administrations nationales et infranationales, les milieux d'affaires, les syndicats et des organisations de la société civile.

Pour de plus amples informations sur les Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics, consulter le site: www.oecd.org/gov/ethics/procurement.

2. Mise en place de réseaux nationaux (et internationaux) d'experts appartenant aux administrations chargées des marchés publics, aux autorités de la concurrence et du ministère public en vue d'améliorer l'échange d'informations et d'expériences susceptibles d'améliorer la détection et la prévention de la corruption active et passive. Ces réseaux pourraient aussi permettre d'aider les agents concernés à mieux comprendre les notions de collusion et de corruption: comment ces pratiques frauduleuses se manifestent, pourquoi il est important de s'attaquer à elles et comment les détecter et les empêcher.

Encadré 3. Exemples de réseaux nationaux de coopération

Chili – En 2008, la *Fiscalía Nacional Económica* (l'autorité chilienne de la concurrence) a établi un comité interinstitutionnel de lutte contre la collusion en vue de rendre plus efficace la détection des pratiques illégales dans les marchés publics. Ce comité réunit des représentants de l'organisme indépendant chargé de contrôler la légalité des actes administratifs, de la direction des marchés publics, du ministère des Travaux publics, du conseil de l'audit interne des administrations publiques et d'une association des fonctionnaires et du personnel chargés des achats de divers organismes publics. Le ministère du Logement et de la Planification urbaine, le responsable des transports et l'autorité chargée de la réglementation des retraites ont, par la suite, rejoint le comité.

Afrique du Sud - En juillet 2009, le gouvernement sud-africain a mis en place une équipe ministérielle chargée notamment de prévenir la fraude et la corruption dans les marchés publics. Cette équipe inclut des représentants du Trésor public, de l'administration fiscale, du Commissaire général aux comptes, de l'Unité des enquêtes spéciales et du Centre d'information financière. Bien qu'il ne soit pas fait spécifiquement mention des soumissions concertées, la Commission de la concurrence doit dialoguer avec cette équipe ministérielle et préconiser des mesures spéciales pour lutter contre la collusion dans les marchés publics. La Commission est aussi déterminée à collaborer avec le Trésor public dont relève la politique concernant les marchés publics.

Singapour – Consciente du fait que la collusion et la corruption vont souvent de pair, la Commission de la concurrence de Singapour (CCS) collabore étroitement avec le Bureau d'enquête sur les pratiques délictueuses (CPIB), l'organisme chargé d'enquêter sur la corruption dans les secteurs public et privé et d'y faire obstacle. La CCS a notamment établi avec le CPIB un protocole qui fixe les responsabilités des deux autorités et vise à assurer une gestion claire et efficace des cas rencontrés.

3. La façon la plus efficace de décourager la collusion et la corruption est de définir clairement les meilleures pratiques, règles et règlements pour la détection de la collusion et de la corruption dans les processus de passation des marchés publics, et de les faire résolument respecter. L'expérience des mesures de lutte contre la corruption et la collusion montre clairement que l'application de

lourdes sanctions (aussi bien civiles que pénales et administratives) s'est avérée être le moyen le plus efficace pour lutter contre la collusion active et passive dans les marchés publics. D'autres outils pourraient toutefois être adoptés pour dissuader les entreprises et les fonctionnaires de se livrer à ces pratiques dans le cadre des marchés publics. Il en est deux qui semblent avoir plus particulièrement donné des résultats positifs: l'autocertification et l'interdiction de participation ou la mise en liste noire.

Encadré 4. Autocertification

L'autocertification du respect de la législation par les soumissionnaires et les acheteurs publics s'est révélée très utile. Dans certains pays, par exemple, les soumissionnaires doivent remettre une attestation d'absence de collusion dans l'établissement de leur soumission pour pouvoir participer à un appel d'offres. Dans cette attestation, chacun d'eux doit en général certifier sous serment qu'il ne s'est pas concerté avec ses concurrents sur les offres présentées, qu'il n'a divulgué les prix de son offre à aucun de ses concurrents et qu'il n'a pas tenté de convaincre l'un d'eux de truquer les offres. L'attestation d'absence de collusion informe non seulement les soumissionnaires du caractère illégal des soumissions concertées, mais elle facilite aussi la poursuite judiciaire des contrevenants et elle introduit des sanctions supplémentaires, y compris des sanctions pénales éventuellement, pour toute fausse déclaration aux autorités. Dans quelques pays, comme les États-Unis, les fonctionnaires chargés des marchés publics sont, de même, tenus de certifier qu'ils n'ont pas eu connaissance, ou n'ont pas indûment divulgué, des informations sur les marchés et qu'ils ont suivi des cours de formation spéciaux. Dans certains cas, ils sont invités à fournir, s'ils le souhaitent, des informations sur leur situation financière personnelle afin d'exclure le risque de conflit d'intérêts.

Interdiction de participation

En dehors des sanctions civiles, pénales et administratives traditionnelles, des pays ont introduit des sanctions spécifiques pour les actes illicites commis dans le cadre des marchés publics. Une attention particulière a notamment été accordée à l'interdiction de participer à de nouveaux appels d'offres, aussi connue sous le nom de « disqualification ». Les avis sur les façons d'appliquer ces sanctions sont partagés. D'un côté, l'interdiction de participation peut constituer un moyen sérieux de dissuasion ponctuel ou général. De l'autre, si elle est appliquée de manière systématique (et automatique), cette mesure s'accompagne d'un risque de collusion sur les marchés où le nombre de fournisseurs potentiels est déjà limité. On pourrait éviter cet inconvénient en frappant d'interdiction uniquement les personnes coupables de collusion et non leur entreprise. Cette solution permettrait de dissuader de commettre un acte illicite sans empêcher l'entreprise concernée de continuer de soumissionner pour des marchés publics. Elle n'exclurait pas l'application d'autres sanctions, monétaires notamment, à l'entreprise pour le manquement au droit de la concurrence ou au code d'éthique commis par son personnel.

4.1 *Le rôle des autorités de la concurrence et de la politique de la concurrence dans la lutte contre la corruption*

26. Une bonne législation pour le financement des partis politiques, l'application de normes éthiques élevées dans la fonction publique, un niveau satisfaisant de ressources et d'expertise technique ainsi qu'une transparence de l'information pour les organismes de contrôle sont des conditions indispensables pour lutter efficacement contre la corruption. Elles exigent une forte collaboration entre les autorités chargées de la concurrence, de la lutte contre la corruption et de la passation des marchés publics. En faisant le point sur les méthodes de travail employées et les problèmes rencontrés, des programmes de défense de la concurrence des autorités compétentes en la matière aideront à relever les défis partagés avec les entités responsables de la passation des marchés publics. La promotion des principes de concurrence par les autorités compétentes (ainsi que par les responsables des marchés publics) peut également être effectuée auprès des entreprises privées, surtout celles qui participent souvent aux marchés d'enchères. Bien qu'un tel effort puisse être coûteux en termes de ressources et de temps, il est susceptible d'avoir des effets bénéfiques à long terme. L'objectif visé pourrait être atteint de diverses façons. Par exemple:

- l'avis d'appel d'offres pourrait indiquer aux entreprises que le droit de soumissionner est subordonné à l'adoption de programmes internes visant à assurer le respect des règles des marchés publics. Les grandes lignes de ces programmes pourraient être établies en coopération avec l'autorité de la concurrence ou être approuvées par elle;

- l'avis d'appel d'offres pourrait aussi exiger que les personnes responsables des soumissions aient participé à des séances et des programmes d'information périodiques sur les sanctions encourues en cas de collusion et de corruption. Ces séances et programmes pourraient être offerts par les responsables des diverses autorités concernées, comme l'autorité de la concurrence et les entités chargées des marchés publics.

27. Au-delà des activités de sensibilisation, un système antitrust efficace et une mise en œuvre vigoureuse du droit de la concurrence peuvent notablement contribuer à réduire la corruption dans la passation des marchés publics. Il est bien connu que les rentes favorisées par un manque de concurrence peuvent encourager la corruption. Quand une entreprise jouit d'une rente et ses activités sont tributaires des décisions d'un fonctionnaire, celui-ci peut bénéficier d'une partie de la rente en abandonnant ses droits de contrôle en échange d'un pot-de-vin. Un accroissement des rentes, même si celles-ci résultent d'une restriction de la concurrence, a donc tendance à augmenter la corruption. Cela donne à penser que les politiques visant à lutter contre la corruption devraient non seulement modifier le système juridique pour sanctionner davantage les agissements illicites ou augmenter les traitements des fonctionnaires pour qu'ils soient moins incités à accepter des dessous-de-table, mais aussi prendre des mesures pour augmenter la concurrence dans le processus de passation des marchés publics en vue de limiter les possibilités de corruption.

5. Recherche du cadre institutionnel le plus efficace

28. L'application du droit de la concurrence (généralement confiée à l'autorité de la concurrence) n'est pas liée du tout, dans de nombreux pays, à l'application des dispositions prises pour lutter contre la corruption (généralement confiée au pouvoir judiciaire ou à un organisme spécialisé). Étant donné les complémentarités existant entre la corruption et les pratiques anticoncurrentielles que nous avons signalées plus haut, il semble que cette absence de coordination réduit inutilement l'effet dissuasif du droit de la concurrence et de la législation anti-corruption. À l'inverse, une approche coordonnée a des chances d'augmenter la probabilité de la détection des pratiques répréhensibles tout en rendant plus efficace la répression des actes complémentaires de corruption et de collusion. Une approche unifiée devrait avoir à long terme de plus importantes retombées sociales bénéfiques.

29. Les échanges systématiques d'informations entre les diverses entités chargées d'appliquer les dispositions en vigueur et la conduite d'enquêtes conjointes sont donc fortement recommandés. Il semblerait notamment judicieux d'ouvrir systématiquement une enquête de concurrence sur les marchés publics pour lesquels des signes de corruption ont été observés. Il est, en outre, peut-être possible de lutter contre la collusion et le favoritisme par le biais d'organismes de surveillance des marchés publics. Il peut-être pour cela nécessaire d'établir une instance de surveillance spéciale, chargée d'observer le comportement des agents responsables des marchés publics et de veiller à ce que le processus de passation de ces marchés ne soit pas utilisé pour fausser la concurrence.

Encadré 5. Le *Bundeskartellamt* allemand et sa fonction de tribunal des marchés publics

En Allemagne, par exemple, l'autorité de la concurrence s'appuie sur trois chambres spéciales chargées de réexaminer l'attribution des marchés publics auprès desquelles il peut être fait appel de décisions prises par les entités adjudicatrices. Les principes qui guident l'action du *Bundeskartellamt* sont la concurrence, la transparence, la non-discrimination et l'équité des procédures d'appels d'offres.

En principe, les marchés publics allemands doivent être attribués dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence à l'issue d'un appel d'offres public transparent et parfaitement équitable. La règle prévoit que c'est le mieux disant économique qui remporte le marché.

En cas de saisine, les trois chambres créées dans le cadre du *Bundeskartellamt* vérifient que les entités contractantes ont respecté leurs obligations au regard de la procédure d'adjudication. Ces chambres sont habilitées à prendre des mesures pour remédier à toute violation de droits et éviter tout préjudice aux parties intéressées.

30. Certains pays se sont dotés d'une législation spécifique pour traiter les cas de collusion dans lesquels les agents responsables des marchés publics participent directement à l'organisation de soumissions concertées. Si la conduite anticoncurrentielle des entreprises en cause relève du droit de la concurrence, les autorités de la concurrence sont généralement impuissantes en ce qui concerne l'éventuelle complicité d'agents publics. C'est souvent le cas, car de nombreux pays considèrent la corruption comme une infraction réprimée par le droit pénal général. Le Japon, toutefois, est l'un des pays où les autorités de la concurrence disposent d'un certain nombre de prérogatives pour sanctionner les fonctionnaires ayant contribué à des soumissions concertées.

Encadré 6. La loi japonaise de prévention des soumissions concertées impliquant des agents publics

Pour régler le problème récurrent de l'implication de responsables des marchés publics dans les affaires de soumissions concertées, le Japon a adopté, en 2002, une loi de prévention et de répression des soumissions concertées qui permet à la Commission japonaise de la concurrence (*Japan Fair Trade Commission*, JFTC) de poursuivre les agents publics cités dans les dossiers de soumissions concertées. Quand celle-ci conclut à leur culpabilité, elle applique les dispositions de la loi antimonopole aux entreprises concernées et elle peut demander aux responsables des institutions adjudicatrices incriminées d'enquêter sur les écarts présumés de leurs agents et de prendre toutes les mesures nécessaires pour y mettre un terme. Ces mesures doivent être rendues publiques. Qui plus est, une fois que l'enquête a confirmé la participation d'un agent public au trucage d'un appel d'offres, l'administration peut s'appuyer sur la nouvelle loi pour exiger des réparations de l'intéressé.

6. Remarques finales

31. Étant donné le poids des marchés publics dans les économies nationales, il est important que les gouvernements se penchent sur les problèmes délicats qui résultent de l'interaction entre les mesures visant à éliminer la collusion et la corruption dans les marchés publics. Ces deux pratiques sont très dommageables pour les contribuables et il faudrait s'y attaquer de manière concertée pour optimiser l'effet dissuasif des législations les concernant. Des arbitrages difficiles devront peut-être être opérés entre les deux catégories de mesures. Comme il a été indiqué dans cette note liminaire, le degré souhaitable de transparence à atteindre dans le processus de passation des marchés publics est un exemple des choix difficiles à opérer pour les pouvoirs publics. Doivent-ils opter pour une transparence maximale pour réduire les risques de corruption et faire en sorte que les agents publics restent comptables de leurs actes? Ou doivent-ils, au contraire, opter pour une transparence minimale afin de limiter, pour les soumissionnaires, les possibilités de se livrer à des pratiques collusoires? La préférence doit-elle être accordée dans tous les cas à des procédures ouvertes et transparentes plutôt qu'aux négociations directes? Il est impossible de répondre à ces questions dans l'abstrait et les responsables des marchés publics devraient opérer leurs choix en fonction des particularités de chaque appel d'offres.

32. Les autorités chargées de la concurrence et de la lutte contre la corruption peuvent très utilement aider les agents chargés des marchés publics à trouver le juste équilibre. Une meilleure coopération entre ces trois catégories de fonctionnaires, aux niveaux national et international, s'impose donc pour lutter contre la collusion et la corruption dans les marchés publics. L'application de principes directeurs et des meilleures pratiques, tenant éventuellement compte des leçons tirées de l'expérience au niveau international peut, si elle s'accompagne d'un partage concerté de l'information entre les fonctionnaires concernés, permettre de rendre plus efficiente la passation des marchés publics. Cela se traduira, à son tour, par des économies pour les pays et leurs contribuables qui pourront avoir un effet bénéfique pour le développement et la croissance économiques des pays développés comme des pays en développement.

ANNEXE I - PRINCIPALES RÉFÉRENCES

- Ades et Di Teolla (1999), « *Rents, Competition and Corruption* », *American Economic Review*, 89, 4, 982.
- Anderson et Kovacic (2009), « *Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets* », *Public Procurement Law Review*, 18, 67.
- Bardhan et Pranab (1997), « *Corruption and Development: A Review of Issues* », *Journal of Economic Literature*, 35, 3, 1320.
- Boehm et Olaya (2006), « *Corruption in Public Contracting Auctions: The Role of Transparency in Bidding Processes* », *Annals of Public and Cooperative Economics*, 77, 4, 431.
- Bulow et Klemperer (1996), « *Auctions vs. Negotiations* », *American Economic Review*, 86, 180.
- Jenny (1997), « *Corruption et Pratiques Anticoncurrentielles* », *Pratiques et contrôle de la corruption*, Association d'Economie Financière, Cartier-Bresson, Paris.
- Kandori et Matshushima (1998), « *Private Observations and Communication in Implicit Collusion* », in *Econometrica*.
- Kovacic, Marshall, Marx et Raiff (2006), « *Bidding Rings and the Design of Anti-Collusion Measures for Auctions and Procurements* », contribution au « *Handbook of Procurement* » publié sous la direction de Dimitri, Piga et Spagnolo, Cambridge University Press.
- Kühn (avril 2001), « *Fighting Collusion - Regulation of Communication Between Firms*, in *Economic Policy* ».
- Lengwiler et Wolfstetter (2006), « *Corruption in Procurement Auctions* », contribution au « *Handbook of Procurement* », publié sous la direction de Dimitri, Piga and Spagnolo, Cambridge University Press.
- Møllgaard et Overgaard, « *Transparency and Competition Policy* », consultable sur le site Internet http://mit.econ.au.dk/vip_html/povergaard/pbohome/webpapers/Transparency_and_Competition_Policy_2.pdf
- Nilson (1999), « *Transparency and Competition* », document non publié, Stockholm School of Economics.
- OCDE (2007), *Corruption dans les marchés publics: méthodes, acteurs et contre-mesures*, Paris.
- OCDE (2009), *Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics*, Paris.
- OCDE (2007), « *Public Procurement – The Role of Competition Authorities in Promoting Competition* », DAF/COMP(2007)34.
- OCDE (2005), « *Public Procurement in OECD, Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement* », Paris.
- Piga et Thai (2007), « *The Economics of Public Procurement* », Palgrave Macmillan.
- Schultz (2002), « *Transparency and Tacit Collusion in a Differentiated Market* », document non publié, Stockholm School of Economics.

ANNEXE II - QUESTIONS ET PROBLÈMES À EXAMINER

(Liste figurant dans l'appel à contributions adressé aux pays le 1er décembre 2009, document DAF/COMP/GF(2009)14)

1. Ampleur et objectifs des marchés publics

- Quelle fraction de votre économie représentent les marchés publics?
- Quels sont leurs principaux objectifs?

2. Corruption

- Quel est le coût de la corruption?
- Quels sont les facteurs qui la facilitent? Certains semblent-ils plus importants que d'autres?
- Comment les programmes de transparence contribuent-ils à la lutte contre la corruption? Quelles autres dispositions facilitent cette lutte? Quelles méthodes et techniques semblent particulièrement efficaces dans votre juridiction?
- Les entreprises sont-elles tenues de certifier pendant la procédure de passation des marchés publics qu'elles n'ont corrompu aucun agent public?
- Quelles sanctions peuvent être infligées aux entreprises et aux individus qui se sont rendus coupables de corruption active ou passive dans votre juridiction?
- Quelles sont les autorités compétentes pour engager des poursuites dans les affaires de corruption? L'autorité de la concurrence dispose-t-elle de prérogatives en la matière?

3. Collusion

- Quels facteurs facilitent la collusion dans les marchés publics? Quels secteurs semblent tout particulièrement exposés aux soumissions concertées?
- Dans votre juridiction, quels secteurs ont connu des cas de soumissions concertées dans le domaine de marchés publics?
- De quelle expérience dispose votre organisme en termes de contribution à l'élaboration de systèmes de passation des marchés publics destinés à minimiser les risques de soumissions concertées?
- Votre pays emploie-t-il des certificats de détermination indépendante des offres?

- Lorsque des entreprises se sont engagées dans des pratiques collusoires, doit-on leur interdire de participer aux procédures de passation des marchés publics pendant un certain temps?

4. Lutte contre la collusion et la corruption

- Dans votre juridiction, quelles affaires ont porté à la fois sur des faits de corruption et de collusion dans le cadre de la passation de marchés publics?
- Les faits avérés ou allégués de collusion et de corruption recensés se sont-ils produits de manière prédominante au niveau d'administration local, provincial ou national?
- Quelles méthodes et techniques de lutte contre la corruption contribueraient à la lutte contre la collusion?
- Lorsque des individus ou des entreprises se sont rendus coupables de corruption active ou passive, peuvent-ils bénéficier de mesures de clémence dans votre juridiction?

5. Promotion de la concurrence

- En quoi le cadre réglementaire et institutionnel contribue-t-il à faciliter les soumissions concertées et la corruption?
- Comment les autorités de la concurrence peuvent-elles s'employer à améliorer l'efficacité des procédures de passation des marchés publics?
- Quelles dispositions ont été prises pour améliorer l'efficacité des procédures de passation des marchés publics dans votre juridiction? Des mesures spécifiques ont-elles été adoptées pour réduire la collusion et la corruption dans les marchés publics? Si oui, lesquels et quel est le bilan de ces mesures à ce jour? D'autres approches destinées à faire reculer la collusion et la corruption ont-elles été tentées dans votre juridiction, et quels ont été les résultats obtenus?
- Lors de l'adoption de mesures destinées à réduire la collusion et les soumissions concertées dans les marchés publics, avez-vous pris en compte l'impact que pourraient avoir ces mesures sur les risques de corruption?
- Votre autorité de la concurrence a-t-elle pris des mesures de promotion de la concurrence dans ce domaine?
- Si votre organisme a engagé des poursuites contre les responsables présumés de faits de corruption ou de collusion, quelles mesures correctives avez-vous envisagées?