

Le pacte de transparence

Dans des pays où la corruption est endémique, Transparency International a imaginé offrir à des responsables soucieux d'y échapper un remède ponctuel en leur proposant de subordonner l'accès à certains contrats par la signature d'un "pacte d'intégrité" : tous les candidats au marché doivent non seulement s'engager à ne faire aucun versement de complaisance mais surtout prendre des mesures précises pour assurer la transparence de tous les règlements liés au contrat, tandis que le donneur d'ordre s'oblige de son côté à faire en sorte que ses représentants s'abstiennent de toute sollicitation.

Ce dispositif s'est révélé à l'usage d'une portée plus large et des collectivités publiques très diverses, y compris en Europe, y ont vu un moyen de dissuader les entreprises de recourir à la corruption si elles étaient tentées de le faire et de rassurer leurs concurrents honnêtes sur leurs chances d'emporter le marché dans des conditions loyales.

1- Une condition d'exécution d'un marché public

En France, le nouveau code des marchés publics a prévu la possibilité d'introduire une clause sociale ou encore environnementale dans l'exécution d'un marché public. Lorsque la personne responsable du marché estime que l'exécution du marché doit s'accompagner de modalités particulières de protection de l'environnement, elle introduit cette obligation dans le cahier des charges. Ce n'est pas un critère de jugement des offres mais de recevabilité de la soumission.

Il devrait en être de même s'agissant de la première condition d'exécution d'un marché public : que celui-ci soit exempt de corruption, ce dont doit témoigner la transparence des procédures et des comptes. Cette exigence de la directive européenne du 31 mars 2004 devra être traduite dans la loi française. Ce n'est pas restreindre la concurrence que d'exiger un engagement de transparence et de déontologie.

Cette condition d'accès à la commande publique passerait par la signature d'un pacte de transparence, inspiré du pacte d'intégrité de TI. Il ne s'agit pas de faire prendre aux parties contractantes des engagements redondants avec la loi, mais des engagements conduisant à mieux respecter la loi.

Le pacte pourrait s'appliquer non seulement à des marchés de fournitures ou de travaux mais encore à des contrats d'études, de conseil, de délégation de service public, de concessions, de prestations diverses, ou à l'octroi de permis de recherche ou de concession minière ou pétrolière.

2- Des engagements simples, équilibrés et contrôlables

2.1 Les entreprises candidates à un marché public :

A) sont invitées à **déclarer** toutes les dépenses promises ou payées à des tiers à l'occasion du marché et qui pourraient couvrir des avantages occultes (commissions, courtages, ristournes, vacations, honoraires, gratifications, cadeaux, frais de voyage et de séjour, subventions, dépenses de relations publiques et de notoriété, de mécénat et de parrainage, de service après-vente, factures payées à des bureaux d'études) ;

B) s'engagent, si elles remportent le marché, à **comptabiliser** de manière apparente et individualisée les dépenses de cette nature. Un relevé de toutes ces opérations en rapport avec le marché sera produit périodiquement par la société (au moins à la fin de chaque exercice) pendant la durée d'exécution du marché.

La direction de l'entreprise mettra en œuvre un contrôle interne des dépenses visées ci-dessus, pour s'assurer qu'elles ont été engagées par des personnes habilitées, que les prestations qu'elles sont censées rémunérer ont une consistance réelle et ont bien été accomplies, que ces prestations sont facturées à un prix normal. Ce contrôle fera l'objet chaque année d'un rapport qui sera soumis à l'approbation du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Le rapport sera mis à la disposition des commissaires aux comptes, qui attesteront avoir vérifié les dépenses visées ci-dessus.

C) sont avertis par le règlement de la consultation que le président de l'entreprise titulaire du marché devra, par une **lettre d'affirmation**, confirmer qu'à sa connaissance :

- a)- l'attribution du marché n'a donné lieu à aucun avantage occulte ;
- b)- toutes les charges facturées à la collectivité correspondent à des fournitures ou prestations effectives s'inscrivant dans le cadre du marché ;
- c)- les prix facturés sont les prix de vente réels et sincères et ne dissimulent aucun dessous-de-table ;
- d)- toutes les dispositions mentionnées au paragraphe A) ci-dessus ont été respectées.

Il sera ainsi plus difficile aux dirigeants de prétendre ne rien savoir des pratiques litigieuses éventuellement suivies dans les échelons d'exécution.

D) Par ailleurs le titulaire du marché obtiendra de ses **sous-traitants** et, le cas échéant, de ses associés dans une joint venture, qu'ils prennent vis à vis de lui les mêmes engagements que ceux qu'il a pris vis à vis de la personne responsable des marchés.

E) Au cas où, la personne responsable des marchés ou l'un des candidats aurait des raisons de penser que l'attributaire du marché l'a emporté en transgressant ses engagements, il pourrait recourir à un **tiers de confiance** désigné dans le pacte ou dans les conditions prévues par le pacte.

Ce tiers de confiance devrait avoir des connaissances dans le domaine de la comptabilité publique et du droit de la commande publique. Il va de soi qu'il devrait être indépendant des parties contractantes. Il aurait pour mission de garantir la transparence de la procédure et l'égalité de traitement des candidats et de rendre compte aux candidats, à l'administration contractante et le cas échéant au public du déroulement de la procédure.

Le pacte habiliterait donc le tiers de confiance non seulement à se faire communiquer tous les documents nécessaires, mais encore, s'il y a lieu, à proposer certaines sanctions aux autorités administratives et judiciaires.

2.2 L'acheteur public :

Parallèlement, l'acheteur public apporte aussi sa contribution à la sécurisation de l'achat par un engagement du même type.

Chaque agent participant au processus de l'achat public signerait une déclaration de transparence chaque année, dans laquelle :

il affirmerait connaître

- les principales dispositions pénales pouvant concerner la commande publique, notamment les délits de corruption active (nouveau code pénal art. 433-1) et passive (NCP art. 432-11), de prise illégale d'intérêt (NCP art. 432-12), d'abus de confiance (NCP 314-1), d'octroi d'avantage injustifié (NCP art. 432-14)...;
- les règles de conduite que le maître d'ouvrage ou le service acheteur aurait pu édicter dans un code d'éthique intérieur ;

il s'engagerait

- à informer sa hiérarchie de tout risque de conflit d'intérêt afin d'être momentanément déchargé de la procédure ;
- à ne pas utiliser sa fonction, ni les informations qu'il détient de ce fait, ni les biens dont il dispose à ce titre, dans un but personnel ou pour des activités étrangères au service ;
- à signaler à la personne responsable des marchés de la collectivité publique toute anomalie qui lui serait apparue dans la procédure.

Les membres de la commission d'appel d'offres attesteraient dans le procès-verbal n'avoir relevé aucune anomalie dans la passation du marché : ils hésiteront davantage à signer un faux qu'à fermer les yeux.

3- Des sanctions

Le non respect du pacte de transparence pourrait entraîner

- la perte du dépôt de garantie,
- la réparation du dommage causé au donneur d'ordre ou à des entreprises concurrentes,
- la rupture du contrat,
- l'interdiction faite à l'entreprise en cause de concourir aux marchés de l'administration ou de l'établissement public concerné – voire, dans les cas les plus graves, à tous marchés publics – pour une période dont la durée maximale serait à définir. Les

conditions de mise en œuvre de cette disposition seraient arrêtées par les pouvoirs publics français lors de l'introduction en droit interne de la nouvelle directive communautaire, notamment de l'article 45¹

- L'entreprise étant responsable de ses salariés dans leurs activités professionnelles, la condamnation d'un employé impliquerait la sanction de l'entreprise, sauf si celle-ci peut apporter la preuve de malversations faites à son insu et bien qu'elle ait effectivement exercé les contrôles qui s'imposaient.

4- Des précédents

C'est en Amérique latine que la formule a reçu ses premières applications (Équateur, Colombie, Argentine, Mexique, Chili, Pérou, Paraguay) mais aussi en Asie (Corée, Pakistan, Népal). Elle a été utilisée par un certain nombre de collectivités locales européennes : villes de Milan, Gênes, Brême ; régions de Bade-Würtemberg et de Hesse).

La mise en œuvre du pacte d'intégrité s'est plus d'une fois accompagnée de substantielles économies, par exemple dans des projets qui concernaient en 2001 et 2002, le service des eaux et de l'assainissement de Karachi ou la Banque Agraire de Colombie.

Quelques sociétés figurent à présent sur des listes d'entreprises exclues de marchés publics pour non-respect du pacte. C'est le cas en Italie, en Corée.

5- Mise en œuvre technique

¹ Article 45 Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services :

-« Situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire

1. Est exclu de la participation à un marché public tout candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif, dont le pouvoir adjudicateur a connaissance, pour une ou plusieurs des raisons énumérées ci-dessous :

a) participation à une organisation criminelle telle que définie à l'article 2, paragraphe 1, de l'action commune 98/773/JAI du Conseil ;

b) corruption, telle que définie respectivement à l'article 3 de l'acte du Conseil du 26 mai 1997 et à l'article 3, paragraphe 1, de l'action commune 98/742/JAI du Conseil ;

c) fraude au sens de l'article 1^{er} de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ;

d) blanchiment de capitaux tel que défini à l'article 1^{er} de la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.

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

Ils peuvent prévoir une dérogation à l'obligation visée au premier alinéa pour des exigences impératives d'intérêt général.

(...)

2. Peut être exclu de la participation au marché, tout opérateur économique :

a) (...)

b) (...)

c) qui a fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle ;

d) qui en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier ;

e) ; f) ; (...)

g) qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles en application de la présente section ou qui n'a pas fourni ces renseignements.

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

L'initiative de recourir au pacte de transparence appartiendrait à chaque personne responsable de marchés. Celle-ci devrait alors veiller à assurer l'égalité entre les entreprises en respectant le processus suivant :

1. Publication préalable, au BOAMP² et au JOUE³ de l'existence d'un pacte d'intégrité qui serait exigé de tout soumissionnaire. La collectivité ou l'établissement public concerné ferait ainsi connaître par avance aux candidats l'existence de cette règle du jeu.
2. Le règlement particulier de la consultation contiendrait le dispositif concret : contenu du pacte, processus de signature, choix du tiers de confiance indépendant...
3. La vérification formelle de la signature du pacte serait analysée en même temps que les capacités techniques et financières des entreprises candidates (1ère enveloppe).
4. Les candidatures non accompagnées du pacte signé seraient retournées à leur expéditeur avec mention des raisons du rejet.

² Bulletin officiel des annonces des marchés publics

³ Journal officiel des communautés européennes