

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS



**PRÉVENTION DE LA CORRUPTION
ET CONTRATS PUBLICS**

SOUS LA DIRECTION DU PROFESSEUR FRANÇOIS LICHÈRE

SYNTHÈSE DU RAPPORT | 2022
VERSION FRANÇAISE

LA PERCEPTION DE LA CORRUPTION DANS LES CONTRATS PUBLICS

1. L'INTENSITÉ DU PHÉNOMÈNE DE CORRUPTION

Globalement, il ressort assez clairement de l'enquête qualitative que **la corruption dans les contrats publics est sur la pente descendante**. Si une majorité de personnes interviewées affirment n'avoir jamais été témoins de pratiques corruptives, celles qui, au contraire, l'ont été, notent une tendance nette puis le début du millénaire à une moralisation des pratiques et, corrélativement, à une réduction des cas de corruption. Néanmoins, **semblent persister des pratiques commerciales qui se situent dans un espace-tampon entre le légal et le pénalement répréhensible**, au sein duquel le risque est bien présent.

Pour autant, l'enquête quantitative paraît révéler une réalité bien différente, dans laquelle **la corruption serait toujours un phénomène répandu dans les contrats publics**. En effet, **48 % des répondants au sondage affirment avoir été témoins de manquements au devoir de probité de la part d'agents publics** dans le cadre de la préparation, de la passation ou de l'exécution de contrats publics et **27 % d'entre eux rapportent avoir été témoins de faits de corruption active** de la part de représentants d'opérateurs économiques dans ce même cadre.

2. LES ESPACES À RISQUES DES CONTRATS PUBLICS

Le principal enseignement que l'on tire de l'enquête quantitative est que **le risque de corruption est inversement proportionnel à l'intensité du cadrage juridico-administratif d'une pratique donnée**. Ainsi, si la phase de **passation** est classiquement envisagée comme l'étape la plus exposée, il semble que son encadrement juridique fort soit de nature à considérablement limiter un risque néanmoins toujours présent. À l'inverse, **l'exécution**, *a priori* moins exposée est largement mentionnée comme risquée du fait de son faible encadrement juridique.

Il en va de même en ce qui concerne les formes contractuelles, les techniques d'achat et les procédures de passation. C'est généralement **lorsque le cadre est moins défini que se nichent les risques**. Il en va ainsi, s'agissant des techniques d'achat, des accords-cadres et, s'agissant des procédures, des contrats passés sans publicité ni mise en concurrence car d'une valeur estimée inférieure aux seuils de passation (pour les marchés de fournitures ou de services 40 000 € et pour les marchés de travaux 100 000 €).

Sur ces aspects, l'enquête quantitative a globalement confirmé les enseignements de l'enquête qualitative, à savoir que plus une étape du cycle d'un contrat ou une procédure est juridiquement encadrée, transparente et collégiale, moins le risque de corruption est intense. À noter toutefois une divergence sur la question du **sourcing** : là où les personnes interviewées dans le cadre de l'enquête qualitative ne le considéraient pas comme une étape risquée, il en va autrement pour les participants à l'enquête quantitative, qui estiment majoritairement que le faible encadrement du **sourcing** génère un risque.

LES MESURES DE PRÉVENTION DE LA CORRUPTION

ISSUES DE LA « LOI SAPIN 2 »

1. MISES EN OEUVRES PAR LES AUTORITÉS CONTRACTANTES

La mise en place des mesures de prévention de la corruption décrites à l'article 17 de la loi Sapin et 2 et détaillées par les recommandations de l'Agence française anticorruption s'agissant des autorités contractantes est à **géométrie variable**, ce qui peut s'expliquer par plusieurs facteurs.

Un **facteur juridique** d'abord : certaines autorités contractantes sont soumises aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2, là où la plupart ne le sont pas et ne sont donc pas soumises au risque de sanction administrative par l'AFA.

Par ailleurs, un **facteur structurel** évident se dégage : parmi les autorités contractantes soumises à l'article 3, 3° de la loi, l'on retrouve des personnes publiques aux tailles profondément variables, ce qui induit que **la faculté d'appropriation de la logique de conformité est proportionnelle à la taille de l'entité**.

Enfin, le **facteur volontariste** ne doit pas être négligé puisque les enquêtes ont démontré qu'à catégorie et taille équivalente, les autorités contractantes n'étaient pas nécessairement au même stade d'avancement. Ce facteur volontariste peut, à son tour, s'expliquer par une pluralité de sous-facteurs, tels que la volonté politique ou encore l'histoire de l'entité au regard de la corruption. Ceci aboutit à une réalité étonnamment complexe que les enquêtes ne saisissent que partiellement. En effet, il semble bien qu'un biais se soit glissé dans celles-ci du fait que les praticiens interrogés appartiennent soit à des autorités contractantes soumises aux dispositions de l'article 17 soit à de grandes structures. À titre d'exemple, seuls 8 juristes de communes ont répondu à l'enquête quantitative, tous appartenant à une collectivité employant plus de 500 agents. Dès lors, la réalité des plus petites entités n'a pas pu être sondée.

Au-delà de cette considération importante, une **profonde hétérogénéité des situations a pu être constatée**, non seulement en termes de degré d'avancement des entités sur la mise en place des mesures, mais encore sur la teneur même des mesures. Certaines d'entre elles semblent cristalliser les difficultés. En particulier, **l'engagement de l'instance dirigeante**, s'agissant des collectivités territoriales, est tributaire de la volonté politique des élus. Le **dispositif d'alerte** est parfois mal appréhendé du fait de la superposition d'autres dispositifs semblables. La **cartographie des risques** est un exercice particulièrement délicat à conduire puisqu'il suppose la mobilisation de l'ensemble des directions et services de l'entité : ici, la difficulté est proportionnelle à la taille et aux compétences de la collectivité considérée. La **formation** n'emprunte pas les canaux habituels de la formation continue des agents publics, puisqu'elle est nécessairement adaptée aux réalités de l'entité considérée, ce qui soulève d'importantes difficultés.

Enfin, **l'évaluation des tiers**, s'agissant des contrats publics, est souvent considérée comme peu effective du fait de l'encadrement des motifs d'exclusion des candidats et les praticiens doutent de sa réelle pertinence.

LES MESURES DE PRÉVENTION DE LA CORRUPTION

ISSUES DE LA « LOI SAPIN 2 »

2. MISES EN OEUVRES PAR LES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES

Sans que cela ne surprenne, **l'appropriation de la logique de compliance est largement plus étendue s'agissant des opérateurs économiques**. Bien entendu, de la même manière que s'agissant des autorités contractantes, les enquêtes ici conduites comportent un biais car la totalité des personnes interrogées dans le cadre de l'enquête qualitative sont collaboratrices d'entreprises soumises aux dispositions de l'article 17 de la loi Sapin 2 et que, s'agissant de l'enquête quantitative, ce sont 87,5 % des sondés qui sont dans cette même situation. Dès lors, une réalité, celle des PME ou des ETI n'excédant pas les seuils d'applicabilité de l'article 17, n'est pas explorée.

Néanmoins, les enquêtes ont permis de mettre en lumière tout à la fois les **méthodes vertueuses** et les **difficultés intrinsèques à chacune des mesures** précisées par la loi et les recommandations de l'Agence française anticorruption. Ici encore, **la réalité est profondément hétérogène**, ce qui au demeurant est le signe d'une bonne appropriation de la logique par les opérateurs économiques puisque, précisément, un dispositif anticorruption pertinent doit être **adapté aux réalités de l'entreprise**.

Une mesure, tout de même, reste globalement peu effective s'agissant du cas particulier des contrats publics : **l'évaluation des tiers**. Du fait de la faible connaissance de la logique par les autorités contractantes, les entreprises interrogées sont souvent confrontées à de l'incompréhension voire à de la circonspection de la part d'acheteurs publics auxquels il est demandé de répondre à un questionnaire d'évaluation. Le contrat étant, par sa nature même, le moment évident de l'évaluation des tiers, **l'absence d'une communion de régimes s'agissant des dispositifs anti-corruption entre personnes publiques et personnes privées aboutit à une perte d'intérêt de cette mesure précise dans les contrats publics**.

LE RÔLE PRÉVENTIF DE L'AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION

1. LA PRÉVENTION PAR LE CONSEIL

Prise dans sa globalité, **l'activité de conseil de l'Agence française anticorruption est plutôt bien considérée par les praticiens**. Cependant, les appréciations divergent si l'on entre dans le détail des différentes manifestations de cette activité de conseil.

L'appui individuel, peu développé du fait des moyens contraints dont bénéficie l'AFA, semble souvent vu d'un **œil suspicieux**, ce qui est lié, selon certains praticiens, à la dualité fonctionnelle de l'AFA et à la croyance qu'une demande de conseil à l'agence revient, en quelque sorte, à prêter le flanc et à risquer un contrôle. Mais cette vision des choses n'est pas partagée par tous : de nombreux praticiens affirment que les conseils de l'AFA ont été profondément bénéfiques pour l'élaboration de leur dispositif anticorruption.

L'appui générique, consistant pour l'essentiel dans la publication des recommandations générales de l'AFA, fait lui l'**objet de controverses**. Ainsi, si les recommandations sont parfois considérées comme un appui essentiel à la compréhension de la logique de *compliance* et des attentes de l'AFA, certains estiment que ce document est par trop « théorique » ou déconnecté des réalités de terrain.

Enfin, l'appui spécifique apparaît comme étant le mieux apprécié. Parce qu'en publiant des guides thématiques ou sectoriels dont le guide *Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public* est un exemple probant, l'AFA se place à un niveau opérationnel plus pertinent et, finalement, mieux vu par les praticiens.

2. LA PRÉVENTION PAR LE CONTRÔLE

L'étude de l'activité de contrôle de l'Agence française anticorruption du point de vue des praticiens fait apparaître à la fois des convergences et des divergences entre autorités contractantes et opérateurs économiques.

Convergence dans un constat d'évolution de la pratique des contrôles par l'AFA elle-même. Sur ce point, autorités contractantes et opérateurs économiques ayant subi un tel contrôle s'accordent à dire que **l'agence est passée d'une pratique qualifiée parfois d'« inquisitoriale » à ses débuts, à une pratique davantage « pédagogique »** et visant non à rechercher à tout prix la sanction, mais plutôt à accompagner les acteurs dans l'amélioration des défauts de leurs dispositifs.

Divergence s'agissant de la **perception du risque de contrôle**. Alors que les juristes d'autorités contractantes ne semblent pas particulièrement inquiets de la survenance d'un tel contrôle, certains estimant même qu'il serait normal que celui-ci intervienne, les juristes d'opérateurs économiques le sont davantage. Ceci s'explique, là encore, par une pluralité de facteurs, le plus évident étant, naturellement, la différence de régime entre les personnes publiques d'une part et les opérateurs économiques soumis à l'article 17 de la loi Sapin 2 puisque seuls ces derniers peuvent être renvoyés devant la commission des sanctions.

SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS DU RAPPORT

Les recommandations sont détaillées en fin de rapport, aux pages 207 et suivantes.

PROPOSITION N° 1

Intégrer à la loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 un article 17-1 imposant aux personnes morales de droit public la mise en place d'un référentiel anticorruption en suivant, avec quelques adaptations, la matrice de l'article 17.

PROPOSITION N° 3

Etendre le champ d'application de l'article 17 aux entreprises appartenant à un groupe dont la société mère est étrangère.

PROPOSITION N° 5

Codifier la jurisprudence *Vert Marine* permettant l'auto-réhabilitation des entreprises visées par un motif d'exclusion de plein droit et adapter les dispositions réglementaires.

PROPOSITION N° 7

Créer un référentiel national et standardisé d'évaluation de l'intégrité des tiers.

PROPOSITION N° 2

Modifier le décret n°2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption pour préciser les modalités de mise en œuvre du nouvel article 17-1 de la loi « Sapin 2 ».

PROPOSITION N° 4

Ajouter une disposition réglementaire au Code de la commande publique afin d'imposer aux autorités contractantes l'évaluation de l'intégrité du candidat auquel il est envisagé d'attribuer un contrat.

PROPOSITION N° 6

Codifier la jurisprudence *Département des Bouches-du-Rhône* en permettant l'exclusion à l'appréciation de l'autorité contractante d'une personne ayant tenté d'influer sur l'attribution d'un contrat de la commande publique au cours des trois années précédant l'attribution d'un contrat.

DATE : MAI 2022

PHOTO DE COUVERTURE : OROTHAI / ADOBE STOCK, N° 371922097



SOUS LA DIRECTION DU PR. FRANÇOIS LICHÈRE

Valentin LAMY, Adeline MEYNIER POZZI et Oriane SULPICE

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

EDPL - UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

Adresse géographique : Site des quais – Bâtiment Cavenne | 15 quai Claude Bernard | LYON 7e

Adresse postale : Equipe de droit public de Lyon | 1C avenue des Frères Lumière | CS 78242 - 69372 LYON CEDEX 08

Courriel : chairedcp@univ-lyon3.fr

Tél. : 04 78 78 70 54

Site : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>

LinkedIn : www.linkedin.com/company/chairedcp

Twitter : www.twitter.com/chairedcp