



HAL
open science

Commande publique et corruption : risques et réponses

Patrick Bidegaray

► **To cite this version:**

Patrick Bidegaray. Commande publique et corruption : risques et réponses. Science politique. 2006. dumas-00811525

HAL Id: dumas-00811525

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-00811525>

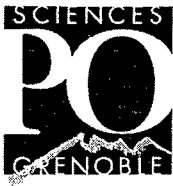
Submitted on 10 Apr 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Vous allez consulter un mémoire réalisé par un étudiant dans le cadre de sa scolarité à Sciences Po Grenoble. L'établissement ne pourra être tenu pour responsable des propos contenus dans ce travail.

Afin de respecter la législation sur le droit d'auteur, ce mémoire est diffusé sur Internet en version protégée sans les annexes. La version intégrale est uniquement disponible en intranet.



Programme Analystes Politiques et Sociaux

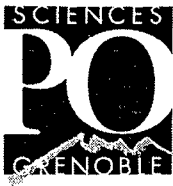
Spécialité "Organisation Internationale, OIG.ONG"

Commande publique et corruption Risques et réponses

Stage effectué au Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC),
Ministère de la Justice

Maître de Stage : Pierre Christian SOCCOJA, secrétaire général du SCPC
Directeur de mémoire : Stéphane LABRANCHE, Chercheur PACTE-CERAT





Programme Analystes Politiques et Sociaux

Spécialité "Organisation Internationale, OIG.ONG"

Commande publique et corruption Risques et réponses

Stage effectué au Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC),
Ministère de la Justice

Maître de Stage : Pierre Christian SOCCOJA, secrétaire général du SCPC
Directeur de mémoire : Stéphane LABRANCHE, Chercheur PACTE-CERAT



REMERCIEMENTS

Je remercie d'abord l'ensemble des membres du Service Central de Prévention de la Corruption pour m'avoir accueilli dans de si bonnes conditions. Toutes mes pensées vont en particulier vers son Secrétaire Général, M. Soccoja, pour la confiance qu'il m'a accordée.

Merci ensuite à mon tuteur à l'IEP, M. Labranche, qui a su à la fois me diriger et me soutenir dans ce travail.

Je remercie enfin, *last but not least*, Nathanaëlle et mes parents pour s'être acquittés de la tâche laborieuse de relecture et de celle, moins évidente, de conseil.

RESUME / SUMMARY

La corruption des marchés publics à un stade endémique est un phénomène considéré comme l'apanage des sociétés proto-démocratiques.

Les vieilles démocraties y sont pourtant confrontées. L'explosion du coût de la vie publique – conséquence de l'émiettement des partis de masse, du prix de la médiatisation télévisuelle et de la limitation du financement par des personnes morales – et le piratage des activités légales par la criminalité organisée (pénalement moins dangereuses que les activités mafieuses traditionnelles comme le trafic de drogue) ont multiplié les fraudes à la commande publique. En isolant les méthodes utilisées pour frauder les marchés publics, de l'exploitation des failles des procédures contractuelles à l'utilisation de sociétés-écran en passant par la mise en place d'écoutes sur les personnes responsables de marché, il est alors possible d'améliorer les modalités de lutte (contrôle, sanction, changement des règles du jeu) voire d'en créer de nouvelles. C'est ce travail de lutte qui a été tenté ici.

Endemic corruption in public procurement is supposed to be a feature of proto-democracies. But this phenomenon affects our old democracies also. The outburst of public costs (resulting of the decay of mass parties, the increasing price of TV campaigns...) and the swindle of legal activities by mafias (legally less dangerous than criminal activities like drug trafficking) stand for deep causes of multiples frauds in public procurement. It is therefore possible to enhance clauses of the fight against corruption and to create new features by isolating the fraudulent methods used. This is the goal this work tried to achieve.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	5
<i>A. Les grilles d'analyse de la corruption</i>	<i>7</i>
<i>B. Démarche et hypothèses de recherche</i>	<i>14</i>
I. LES LIAISONS DANGEREUSES : VIE POLITIQUE ET RESSOURCES ADMINISTRATIVES	16
<i>A. Le financement de la vie politique</i>	<i>16</i>
<i>B. Les circuits du blanchiment</i>	<i>21</i>
II. UN DANGER INTRINSÈQUE : LES DIFFICULTÉS DE PASSATION ET D'EXÉCUTION DES CONTRATS PUBLICS	29
<i>A. Le déroulement de la commande publique et ses points de vulnérabilité</i>	<i>29</i>
<i>B. Risques et réponses au niveau des parties prenantes</i>	<i>33</i>
<i>C. Les spécificités d'un marché international</i>	<i>39</i>
III – UN DÉFI PERMANENT : L'IMPOSSIBLE CONTRÔLE EXHAUSTIF	48
<i>A. Le parasitisme mafieux</i>	<i>48</i>
<i>B. Les méthodes de piratage de la commande publique</i>	<i>49</i>
<i>C. Éléments de réponse : l'audit de la commande publique</i>	<i>55</i>
CONCLUSION	60

INTRODUCTION

Manifestation inhérente à la détention de ressources dans les sociétés humaines, la corruption est un phénomène protéiforme *aux frontières floues et à l'histoire discutée*, selon Pierre Lascoumes dans son ouvrage consacré à la corruption¹.

En guise de préliminaire, et avant d'explicitier d'avantage le choix de cette étude et la démarche qui la guide, une mise au point lexicale et méthodologique s'impose.

Afin de la clarifier rapidement, la commande publique, synonyme de marchés publics au sens large, renvoie aux "différentes techniques contractuelles permettant aux personnes publiques et à leurs mandants, et aux personnes privées chargées d'une mission de service public de satisfaire leurs besoins par recours à des prestations extérieures"². Ce recours à des prestations privées est juridiquement encadré par un certain nombre de procédures légales qui fixent les termes, les obligations et les devoirs de chacune des parties d'un achat public afin de réduire au maximum le vide juridique dans lequel des pratiques déviantes, comme la corruption, pourraient s'engouffrer.

A cet égard, il existe deux grandes catégories de définition de la corruption : des définitions objectives, qui qualifient juridiquement le concept de corruption comme une infraction aux contours définis et des définitions subjectives, celles des sciences sociales, qui s'intéressent à la corruption en tant que phénomène social et non en tant qu'infraction à la législation. Si ces deux dimensions seront prises en compte dans le mémoire, il va sans dire que l'attention se portera principalement sur la dimension objective de la question, la plus fine, parce qu'elle permet de mieux circonscrire les facteurs corruptogènes et de proposer des contre-mesures directement efficaces.

En droit français, la corruption peut se définir comme "l'agissement par lequel un personne investie d'une fonction déterminée, publique ou privée, sollicite ou accepte un don, une offre ou une promesse en vue d'accomplir, retarder ou omettre d'accomplir un acte entrant, d'une façon directe ou indirecte, dans le cadre de ses fonctions"³. La corruption implique donc la violation, par le coupable, des devoirs de sa charge. Concernant la commande publique, le droit français distingue deux sortes de corruption.

La corruption passive (article 432-11 du Code Pénal) existe lorsqu'une personne exerçant une

¹ Lascoumes P., *Corruptions*, Paris : Presses de Sciences Po, 1999, 168 p.

² Tabaka B., "Le droit public face à sa codification : les PGD garderont-ils leur place ?", *Revue de l'actualité juridique administrative française*, 11 juillet 2004, Article disponible sur : http://www.rajf.org/breve.php?id_breve=386&var_recherche=%22le+droit+public+face+%E0+sa+codification%22

³ Service Central de Prévention de la Corruption, *Rapport 2004*, Paris : Les éditions des journaux officiels, 2005, p. 221

fonction publique abuse de cette fonction en sollicitant ou en acceptant des dons, promesses ou avantages en vue d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ; cette personne porte le nom de corrompu.

La corruption active (article 433-1 du Code Pénal) existe lorsqu'une personne physique ou morale obtient ou essaie d'obtenir, moyennant des dons, des promesses ou des avantages, d'une personne exerçant une fonction publique, qu'elle accomplisse ou retarde ou s'abstienne d'accomplir ou de retarder un acte de sa fonction ou un acte facilité par elle ; cette personne porte le nom de corrupteur.

L'étendue de cette définition pourrait laisser penser que, prise au pied de la lettre, elle gêne d'avantage la lutte anti-corruption qu'elle ne la facilite. Ce serait faire fi, toutefois, de la quasi-impossibilité de prouver un pacte de corruption, tant son caractère secret protège ses protagonistes. Du fait de cette difficulté, l'infraction d'abus de biens sociaux est souvent utilisée à la place de celle de corruption pour incriminer les fraudeurs.

Pour appréhender le phénomène de la corruption et lui apporter des solutions concrètes il est nécessaire de l'étudier dans toutes ses dimensions tant juridiques que sociales. Pour être essentielle sa définition en termes juridiques n'en constitue d'ailleurs qu'un aspect, car il faut tenir compte non seulement de corruption *stricto sensu* mais aussi des délits qui y sont assimilés (abus de bien social, prise illégale d'intérêts, favoritisme, concussion...). Il faut outre s'intéresser à la multiplicité des pratiques sociales qui lui sont associées. En effet, contrairement aux idées reçues, les démocraties avancées ne sont pas exemptes de ce fléau comme en témoigne le nombre des « affaires » et des scandales dont la presse occidentale se fait fréquemment l'écho. Tout citoyen est alors en droit de s'interroger sur le degré de corruption qui atteint l'Etat et l'administration de son pays à l'occasion des commandes publiques ainsi que sur les moyens d'y remédier. Relations entre luttes politiques et marchés publics, difficultés réglementaires des modalités de passation et d'exécution de la commande publique, solutions souterraines pour échapper aux contrôles, tels semblent être aujourd'hui les trois interrogations majeures auxquelles doivent répondre les démocraties avancées contemporaines.

Aux dimensions théoriques et conceptuelles indispensables à la compréhension du phénomène envisagé s'ajoutera nécessairement la prise en compte des cas concrets rencontrés lors du déroulement du stage ou spécialement mobilisés pour la rédaction de cette étude : versions successives du code des marchés publics, jurisprudences de la Cour des comptes et de la Cour de cassation, cas internationaux fournis par le secrétariat de l'Organisation de Coopération et de développement Economique (OCDE). Mais avant que de rentrer dans le vif du sujet, il semble nécessaire de préciser quelles sont les grilles d'analyse qui peuvent être mobilisées (A) afin de déterminer la démarche et l'angle d'approche les plus pertinents (B).

A. Les grilles d'analyse de la corruption

Malgré la prolifération de la littérature sur la corruption, cinq grilles d'analyse peuvent être distinguées, chacune portant sur une dimension différente du phénomène : 1. Le secteur de développement de la corruption. 2. L'étendue de la corruption. 3. La réception de l'acte de corruption. 4. L'appréhension théorique du phénomène. 5. La nature de l'acte de corruption et ses modalités

1. Le secteur de développement de la corruption

Il s'agit ici de l'espace de développement de la corruption. M. Cartier-Bresson en isole quatre : la corruption politico-législative, la corruption administrative, la corruption mafieuse et la corruption privée.

a) La corruption politico-législative

La corruption politico-législative est déterminée par quatre facteurs : la volonté d'enrichissement de l'homme politique (poste occupé, rémunération...), le degré de concurrence entre partis politiques (existence de faction, types de partis...), l'organisation des groupes de pression et leur encadrement, et enfin la capacité de mobilisation des victimes et plus généralement de l'opinion publique.

b) La corruption administrative

La corruption administrative, objet d'étude de ce travail, dépend fortement de la capacité de détournement de fonds par les fonctionnaires vers la sphère politique. Plus la collusion entre les sphères politiques et administratives sera forte, moins le contrôle politique sera effectif et inversement. La corruption administrative sert en effet le plus souvent à alimenter certaines branches, certains individus d'un système politique. En d'autres termes, et dans la plus pure veine des théories du choix rationnel, la corruption administrative est tolérée par la sphère politique tant que le coût électoral de la corruption administrative ne dépasse pas le gain (financier et par conséquent possiblement politique et électoral).

Même les systèmes nationaux, comme la France, où existe une régulation stricte de l'administration sont soumis à des potentialités de corruption du fait de facteurs structurels. D'abord, l'Etat est historiquement le lieu privilégié de la corruption. Les nombreuses études sur les transitions démocratiques et sur les systèmes de type soviétique ou patrimonial le montrent : l'Etat y est une manne financière dont les détenteurs contrôlent l'accès. Il "est donc soumis à une pression permanente des chercheurs de rente"⁴, et ce même dans les régimes démocratiques. De plus, la

⁴ Cartier-Bresson J., "Eléments pour une réflexion", Cartier-Bresson J. (dir.), *Pratiques et contrôle de la corruption*, Paris : Montchrestien, 1997, p. 74. Sur les types de corruption dans les régimes abordés, voir Kramer J., "Political corruption in the U.S.S.R.", *Western Political Quarterly*, vol. 30, n°2, p. 213-224 ; Della Porta D. et Mény Y., *Démocratie et corruption*

position mitoyenne d'interface entre le champ politique et les affaires (société civile) fait de la commande publique le lieu de tous les dangers.

Ensuite, les contraintes de transparence des Etats de droits sont inapplicables dans la pratique du fait des contraintes imposées par la défense de l'intérêt national (raison d'Etat) ou plus généralement du fait de la fragmentation institutionnelle qui laisse *l'administration en miettes*⁵.

En outre la rigidité des grilles de salaires et d'avancement de la fonction publique ouvre la porte à une perte de loyauté et consécutivement à des stratégies de contournement des règles (*exit*) qui anticipent l'absence de résultats de revendications éventuelles (*voice*)⁶. Les fonctionnaires, notamment ceux en charge des marchés publics, sont d'autant plus atteints par les faibles possibilités d'avancement financier qu'ils voient et font passer d'énormes masses monétaires. La corruption, perte de loyauté correspondant à un contournement des règles (*exit*), est d'autant plus probable que les possibilités de revendications (*voice*) sont minimales voire inexistantes dans la fonction publique et dans la haute fonction publique. On imagine mal les administrateurs civils issus de l'ENA manifester pour une revalorisation de leurs salaires eu égard aux sommes qu'ils manipulent tous les jours dans leur travail.

Enfin, l'impossibilité de définition de l'intérêt général peut fournir aux comportements déviants des fonctionnaires une légitimation, justifiant leur transgression par la trahison de l'intérêt général de la part des hommes politiques et vécue comme telle par les fonctionnaires.

Le facteur politique n'est donc pas écarté d'emblée. Dans un certain nombre de cas, il existe une grande collusion entre fonctionnaires et élus, que ce soit dans les pratiques de corruption dans des marchés publics (type de contrat régi par une Commission d'Appel d'Offres dont le président est forcément un élu local) ou dans les intermédiations caractéristiques des contrats internationaux.

Les types politiques et mafieux sont donc, le plus souvent, étroitement liés à la corruption administrative. Les cas de corruption les plus graves et les plus endémiques se rencontrent généralement à la croisée des chemins administratifs, mafieux et politiques.

c) *La corruption mafieuse*

Par corruption mafieuse il faut entendre la demande de corruption mafieuse (c'est-à-dire assortie de menaces/violences) et l'extorsion qui est, elle, l'offre de corruption menée par la menace et/ou la violence. La corruption mafieuse cherche à camoufler et sécuriser les activités de criminels engagés sur les marchés illégaux (prostitution, drogue, armes, jeux...) en permettant de fixer les termes de

en Europe, Paris : la Découverte, 1995, 186 p. ; Bayart J.F., *L'Etat en Afrique*, Paris : Fayard, 1989, 440 p.

⁵ Dupuis D. et Thoenig J.C., *L'administration en miettes*, Paris : Fayard, 1985, 316 p.

⁶ Hirschman A., *Défection et prise de parole*, Paris : Fayard, 1995 pour la traduction française, 212 p

l'échange et la fiabilité de la transaction grâce à la peur ; il est empiriquement vérifié que la menace de coulage des récalcitrants dans une dalle de béton fonctionne comme un véritable réducteur des appétits pécuniaires des fonctionnaires corrompus parties au pacte de corruption⁷. La corruption mafieuse est entendue ici au sens large d'activités de corruption dans lesquelles le crime organisé - et pas forcément la mafia telle que les criminologues l'entendent (organisation clanique en coupole historiquement liée au système politique) - est impliquée.

d) La corruption privée

La corruption privée est, comme son nom l'indique, une (plusieurs) infraction intervenant entre agents privés. Souvent jugée moins grave que la corruption publique, la corruption privée impose en réalité des coûts à la collectivité. "L'espionnage industriel, les audits aidant à trahir les actionnaires, l'émission de fausses factures, les fausses politiques de prix, les trucages de politiques d'embauche sont des comportements illégaux et ont des effets néfastes tant sur l'efficacité économique que sociale" (Cartier-Bresson, p. 78) ; la présumée prise illégale d'intérêts de M. Forgeard dans le cas EADS l'illustre parfaitement. Derrière le délit d'initié ne se cache-t-il pas un acte de corruption ? Souvent les délits annexes tels que « l'escroquerie », « la surfacturation », « l'émission de faux », « la prise illégale d'intérêts », « l'abus de bien social », « l'abus de confiance » ou le « favoritisme » sont des incriminations qui servent à sanctionner des faits de corruption qui, faute de preuves, ne peuvent relever du délit de corruption. D'ailleurs, à titre informatif, tous donnent lieu à une peine complémentaire d'interdiction de soumissionner aux marchés publics pendant 5 ans.

2. L'étendue de la corruption

Cette grille d'analyse repose sur l'opposition entre petite et grande corruption.

a) La petite corruption (corruption-péage)

Les situations de files d'attente pour un service public sont une modalité typique de la petite corruption administrative. Elles se développent dans les cas d'une explosion de la demande à laquelle l'offre ne peut répondre, au moins à court terme. Les crèches, les logements sociaux ou les écoles réputées sont caractéristiques de ces services publics dans lesquels les situations de files d'attente vont provoquer des tentatives de passe-droits. La petite corruption résulte donc largement d'un sous-développement de l'appareil administratif, tant au niveau de la planification des besoins (évaluation du nombre de places demandées) que de la prestation de l'offre (nombre de places

⁷ Voir, entre autres, les analyses économiques ou d'inspiration économique de Arlacchi P., *Mafia et compagnie, l'éthique mafiosa et l'esprit du capitalisme*, Grenoble : PUG, 1986, 240 p., Gambetta D., "Fragments of an economic theory of the mafia", *Archives européennes de sociologie*, vol. 29, 1988, p. 127-145.

disponibles), et se développe majoritairement dans les systèmes politiques clientélistes⁸.

b) La grande corruption (corruption-chantage)

La commande publique, de par son ampleur tant financière que répétitive est l'idéal-type de la grande corruption. Entre intérêt général et intérêt privé, les fonctionnaires en situation de commande publique évoluent dans une zone à risque dont le degré de dangerosité est encore augmenté par l'importance des sommes en jeu et par la nature des contrats conclus. Même de lourdes sanctions ne suffisent souvent pas à dissuader les fraudeurs. En effet, l'hétérogénéité des biens (un opéra comme l'opéra de Sidney, une grande bibliothèque comme la Bibliothèque François Mitterrand, ou un nouveau musée comme le quai Branly) et l'immatérialité de certains services (formation à un logiciel informatique par exemple) sont autant de projets auxquels les procédures standard de contrôle ne peuvent s'appliquer, favorisant alors l'éclosion de pratiques corruptrices. Les marchés publics, de par l'importance des sommes en jeu et par leur irréprochable légalité de départ (activité publique) sont une cible privilégiée de la prédation mafieuse. La corruption dans la commande publique - notamment en Italie, aux Etats-Unis, au Canada, au Japon, dans le Sud de la France - se développe dans un triangle d'or de la fraude dont les trois sommets sont représentés par le champ politique, la mafia, et enfin les vecteurs de la fraude (soumissionnaires et agents publics). Dès lors si l'absence de mécanismes de contrôle facilite à l'évidence la corruption, force est de constater que l'élaboration de systèmes sophistiqués de lutte ne suffit pas à l'éradiquer comme le montre l'actualité des démocraties contemporaines. C'est à ce défi qu'il faudra s'attaquer.

3. La réception de l'acte de corruption

L'analyse de la réception de l'acte de corruption selon les valeurs culturelles d'une société donnée est probablement la typologie de la corruption la plus connue. Heidenheimer⁹ identifie ainsi trois degrés de réception d'un acte qu'il associe à des couleurs (blanc, gris, noir). Ainsi une infraction perçue comme acceptable sera blanche, une violation de la loi perçue comme grave (moralement mauvaise) sera noire et entre les deux se déroulent toutes les infractions grises pour lesquelles le jugement est indécis, catégorie à laquelle la corruption appartient généralement. Des pratiques corruptrices objectivement graves seront donc perçues de manière différenciée selon les valeurs de la société dans laquelle on se trouve. A titre d'exemple, le clientélisme sera une pratique *noire* pour un Danois mais *grise* ou *blanche* pour un Malien car toute perception est relative. "Ce que les Britanniques considèrent au Nigeria comme des actes de corruption, les Hausa les voient comme des actions

⁸ Cf. Matina C., *La régulation clientélaire : relations de clientèle et gouvernement urbain à Naples et à Marseille (1970-1980)*, Thèse de l'IEP de Grenoble, P. Bréchon (dir.), 9 décembre 2003

⁹ Heidenheimer A., *Political corruption: reading in comparative analysis*, New York: Rinehart & Winston, 1970, 582 p. ; Heidenheimer A., Johnston M., et Levine V.T., *Political corruption : a hand book*, New Brunswick : Transactions Publishers, 1989, 1017 p.

tyranniques et pour les Foulani ce sont des coutumes"¹⁰. Ainsi, la santé morale d'une société donnée, ou "pertinence de son système d'ordre public" selon la terminologie de Rogow et Laswell¹¹, se mesure à l'écart qui sépare les institutions officielles des pratiques sociales. Plus l'écart est grand (c'est le cas du Mali), plus la potentialité d'une "perte d'aptitude à la loyauté" s'accroît, et plus l'individu est pris dans un dilemme éthique¹².

L'appréhension théorique de la corruption et la nature de cet acte (grilles 4 et 5) s'organisent toutes deux autour des trois grands paradigmes que sont le libéralisme, le structuralisme et le fonctionnalisme.

4. L'appréhension théorique de la corruption

Les trois grands paradigmes des sciences sociales envisagent de manière différenciée les raisons et le produit de la corruption. La pauvreté est au cœur de chacune de ces analyses. Cependant, le marché pour le libéralisme et l'Etat pour le structuralisme constituent le moyen de lutter contre la pauvreté et la corruption parce qu'ils permettent de modifier l'organisation redistributive de l'Etat. En revanche pour le fonctionnalisme la corruption, pour condamnable qu'elle soit, constitue le carburant indispensable des proto démocraties.

a) L'analyse libérale

Le libéralisme explique très classiquement l'apparition de la corruption par l'inefficacité (re)distributive d'un Etat trop présent. Calcul utilitariste et amoral, la corruption est le fait d'agents exclus des ressources étatiques "dans un environnement de non-concurrence pour des biens collectifs". *C'est le parti pris de plusieurs grandes institutions financières, dont la très influente Banque Mondiale.*

b) L'analyse structuraliste

A l'opposé du libéralisme, le structuralisme voit les pertes de loyauté résultant des trop fortes inégalités permises par le marché comme la cause de tous les maux. Dans cette conception, la corruption est engluée dans des chaînes de contraintes collectives culturelles, sociologiques, politiques ou économiques. De par sa capacité d'action à l'échelle de la société, l'Etat est le seul acteur susceptible de lutter contre l'endémisme de la corruption, contre la corruption comme habitus.

c) L'analyse fonctionnaliste

Le fonctionnalisme braque son objectif analytique sur la légitimité des pouvoirs en place dans une société sensible à la corruption. Partant du principe que tout comportement remplit une fonction sociale, le fonctionnalisme mertonien analyse la corruption comme la nécessité pour les individus de

¹⁰ Smith M.G., "Historical and cultural conditions of political corruption among the Hausa", *Comparative studies in society and history*, n°6, 1969, p. 194

¹¹ Rogow A. et Laswell H., *Power, corruption and rectitude*, NJ : Prentice-Hall, 1964, p. 67

¹² Schummer M., "Machiavelli : republican politics and its corruption", *Political theory*, n°7, 1978, p.13-16

transgresser les règles des sociétés bloquées. "Lubrifiant", selon l'expression d'Huntington¹³, les rouages des dictatures en place ou en transition, des régimes traditionalistes ou patrimonialistes, la corruption remplit avant tout une fonction de démocratisation. Souvent pertinent au concret, le fonctionnalisme est victime d'un biais méthodologique : plus on s'éloigne des régimes démocratiques, plus la corruption est supposée avoir des effets positifs. En d'autres termes sa normativité graduelle est fonction de l'éloignement au système de référence (démocratie de marché).

5. La nature de la corruption et ses modalités

Alatas¹⁴ semble être le seul analyste à avoir investi la recherche de la nature non juridique de l'acte de corruption par la prise en considération des causes et des effets recherchés au travers de l'acte en question. Il identifie ainsi sept catégories pures d'actes de corruption qui peuvent toutefois se combiner entre elles : corruption transactionnelle (*transactive*), corruption par extorsion (*extortive*), corruption d'investissement (*investive*), népotisme (*nepotistic corruption*), corruption auto-générée (*autogenic*) et enfin corruption de soutien (*supportive*), catégories qu'il est possible de regrouper par paires (plus une catégorie à un seul membre). Ce qui aboutit à la gradation suivante, de la corruption la plus sommaire à la corruption la plus organisée.

a) La corruption monocéphale (autogenic)

La corruption auto-générée n'implique qu'une seule personne et s'apparente juridiquement aux fraudes assimilées à la corruption : fraude fiscale, prise illégale d'intérêts, délit d'initié.

b) La corruption liée à l'extorsion (extorsive et defensive)

La corruption par extorsion (*extorsive*) correspond à l'obligation pour le corrompeur (qui est ici une victime) de payer le corrompu. Par exemple, une entreprise de BTP X est obligée de payer le fonctionnaire Y en charge d'un contrat de travaux pour lequel elle soumissionne car ce fonctionnaire Y menace d'exclure l'entreprise de BTP X du processus contractuel. La corruption défensive est l'acte même de la situation de corruption par extorsion. La victime de l'extorsion [le soumissionnaire dans l'exemple] défend son droit [de rester en course dans l'attribution du contrat public] en payant [le fonctionnaire véreux]. La corruption liée à l'extorsion est caractéristique des systèmes mafieux abordés antérieurement. Si elle peut être récurrente, elle ne porte pas les germes de son auto-reproduction puisqu'elle résulte avant tout de l'action d'un des deux agents.

c) La corruption relationnelle (nepotistic et supportive)

Cette catégorie regroupe le népotisme, aide injustifiée d'amis et/ou de membres de la famille, et la

¹³ Huntington S.P., "Modernization and corruption", *Political order in changing societies*, New Haven : Yale University press, p. 59-71, 1968

¹⁴ Alatas S.H., *Corruption : its nature, causes and functions*, Aldershot : Avebury, 1990, 222 p.

corruption d'aide, qui s'apparente largement au clientélisme. La corruption relationnelle est caractéristique des pays où le système redistributif et la séparation public/privé sont faibles (certains régimes en transition démocratique et pays de tradition patrimonialiste notamment). Ainsi, "l'accumulation des richesses n'est pas répréhensible aux yeux des Maliens. Ce qui l'est, en revanche, c'est leur rétention. Le principe de prédation-redistribution est à la source d'un vaste réseau de clientèles englobant de larges secteurs de la population. Si une seule minorité de bureaucrates profite réellement du pillage de l'Etat, il n'empêche que le processus de redistribution touche de nombreux effectifs"¹⁵. Jusqu'à sept personnes peuvent ainsi vivre sur le salaire d'un seul administrateur malien. Si la corruption relationnelle fait appel aux sentiments primordiaux (liens de parenté, d'affection, de caste, d'ethnie, de clientèle) fondant l'échange social (dons et contre-dons) des sociétés archaïques qui ne calculent pas¹⁶, il ne faut pas oublier que "la tradition oblige les pouvoirs publics, dans bien des communautés africaines, asiatiques ou méditerranéennes, à fournir des récompenses et des emplois aux parents et aux collatéraux, et l'on ne peut parler de népotisme et de concussion que lorsque ces pratiques entrent en conflit avec un système normatif fondé sur une autre définition de l'intérêt général"¹⁷. C'est dans cette optique que doit être appréhendée la distance au système d'ordre public. Ce type de corruption peut s'opposer ou être complémentaire de la corruption-marché.

d) *La corruption-marché (transactive et investive)*

La corruption-marché repose, comme son nom l'indique, sur une économie de marché de la corruption, institutionnalisée et fondée sur l'échange. Elle s'organise autour de deux modalités de gestion de l'objet de la transaction. La corruption transactionnelle correspond à une transaction immédiate, existant lorsque les deux parties du pacte de corruption recherchent un avantage mutuel. La corruption d'investissement, elle, est un acte de corruption sans contrepartie immédiate, qui anticipe un avantage futur. En injectant constamment des dettes sur un marché de faveurs, aux ressources multiples (matérielles ou symboliques), la corruption d'investissement institutionnalise des procédures, sécurise des transactions sur un marché (de la corruption) et assoit une mise en réseau qui tend à éliminer le sens de la culpabilité et de la responsabilité¹⁸. La corruption-marché signifie à la fois l'accroissement des compétences et des pouvoirs économiques des acteurs et le développement de l'organisation et de la complexité de la corruption.

¹⁵ Amselle J.L., "La corruption et le clientélisme au Mali et en Europe de l'Est : quelques points de comparaison", *Cahiers d'Etudes Africaines*, vol. XXXII-4, n°128, 1992, p. 629- 642. Voir, par exemple, Clarke M. (dir.), *Corruption : causes, conséquences and control*, London : Pinter, 1983, 290 p. et Mendras M., *Comment fonctionne la Russie ? Le politique, le bureaucrate et l'oligarque*, Paris : Editions Autrement, 2003, 122 p.

¹⁶ Scott J.C., "An essay on the political functions of corruption", *Asian studies*, vol. 5, n°3, 1967, p. 501-522 et "Patron-client politics and political change in Southeast Asia", *American Political Science Review*, vol. 66, mars 1972, p. 91-113.

¹⁷ Padioleau J.G., *L'Etat au concret*, 1982, Paris : PUF, 1982, p. 183

¹⁸ Voir Becquart-Leclercq J., "Paradoxes de la corruption politique", *Pouvoirs*, 1984, p. 19-36, Della Porta D. et Mény Y., *Démocratie et corruption en Europe*, Paris : la Découverte, 1995, 186 p. et Padioleau J.G., *L'Etat au concret*, 1982, Paris : PUF, 1982, 222 p.

Système de transactions constantes sur des marchés à flux tendus (corruption transactionnelle) et à gestion de stocks (corruption d'investissement de demandeurs de faveurs et d'offres d'obligés), la corruption-marché est également endémique ; la mise en marché permet en effet de pérenniser et d'étendre l'espace de la corruption en même temps qu'elle engendre une dilution des responsabilités et des remords. La corruption-marché se développe, du moins en France et dans le monde occidental, par l'entremise des mafias et autres *Milieus* du crime organisé.

B. Démarche et hypothèses de recherche

Un survol rapide de la bibliographie sur la corruption laisserait penser que ce phénomène n'affecte que les Etats du tiers monde ou les démocraties en transition. Or, contrairement aux hypothèses fonctionnalistes, la grande corruption administrative atteint, en France et dans les vieilles démocraties, un stade de développement proche du stade endémique de nombreux pays du Sud. L'explosion du coût de financement de la vie de la Cité, en particulier depuis l'introduction de la télévision, couplée aux choix d'encadrement des dépenses (plafond, limitation des financements privés) favorise des stratégies patrimonialistes de prédation des ressources étatiques supposées caractéristiques des proto- « démocraties de marché ». **Cette prédation (politique) des deniers publics via la grande corruption administrative ne trouve pas seulement sa source dans les modalités d'organisation du champ politique ; elle résulte également de la prégnance des activités à orientation économique de type mafieux dans un grand nombre de vieilles démocraties. Nous soutenons que l'endémisme de la grande corruption administrative dans les vieilles démocraties résulte largement du besoin de financement de la vie publique et de la « légalisation »¹⁹ des activités mafieuses, champs susceptibles d'entrer en collusion pour réaliser cette prédation. La corruption des marchés publics s'opère à la fois par l'exploitation des failles des procédures de passation des marchés publics²⁰ et par la mise en place de techniques frauduleuses difficilement détectables, le piratage des marchés.**

L'angle d'approche retenu

A cet égard, et à l'aide des instrument théoriques évoqués plus haut, la corruption sera appréhendée ici comme un phénomène recouvrant à la fois les cas envisagés par le droit positif, les délits annexes,

¹⁹ Le crime organisé utilise toujours plus des activités légales pour opérer leurs activités frauduleuses, délaissant des activités trop coûteuses pénalement tels que le trafic de drogue, d'armes ou d'êtres humains.

²⁰ Ce n'est donc pas sans raison que le Code des Marchés Publics français est si souvent remanié. Or, malgré les améliorations apportées, sa version 2006 comporte encore des « lacunes susceptibles de permettre des pratiques de corruption » (redéfinition des seuils de déclenchement des contrôles, modifications des procédures selon le type de contrat, etc). C'est pourquoi, malgré les précautions prises et l'encadrement dissuasif adopté, elle demeure un instrument privilégié de financement occulte comme nous l'ont montré les données tant pratiques que jurisprudentielles rencontrées lors du stage au SCPC. Au reste, le cas français ne fait pas figure d'exception comme en attestent les nombreuses affaires portées devant des juridictions des pays membres de l'OCDE.

les comportements déviants et les réseaux qui les sous-tendent.

Dès lors l'étude s'organisera en trois temps.

Phénomène de patrimonialisme ou de sultanisme, la corruption organisée devrait être absente des polyarchies contemporaines et des systèmes de pouvoir légal rationnel. Or à l'évidence tel n'est pas le cas. En effet, l'augmentation considérable des coûts de la vie publique (campagnes publicitaires, sondages, encarts etc.) et l'insuffisance des fonds propres détenus par les organisations politiques rendent toujours aussi tentantes les fraudes que peut autoriser la commande publique. Il n'est pas de jour sans que la presse et les tribunaux se fassent l'écho de fraudes diverses dans la passation des marchés publics. C'est, par conséquent, à la mise en lumière des liaisons dangereuses qui existent entre vie politique et commande publique que s'attachera la première partie.

Si le financement de la vie politique et la place accordée à l'argent dans les campagnes électorales méritent d'être repensés, il va sans dire que ce niveau n'est pas celui sur lequel il est le plus facile de jouer pour lutter contre la grande corruption administrative. Celle-ci étant avant tout une affaire d'individus qui acceptent de mettre en berne leur loyauté envers l'organisation, il est nécessaire d'isoler les risques de corruption au niveau individuel des parties prenantes du pacte de corruption. A partir des études de cas rencontrés dans le stage, les failles des procédures contractuelles de la commande publique seront mises à jour. Des solutions issues des recherches empiriques seront proposées. S'intéressant au contenu des procédures ainsi qu'à celui de l'organisation de la passation des marchés, elles concerneront aussi bien l'agent public que le soumissionnaire. Cette deuxième partie s'attachera donc à révéler les dangers corruptifs lors de la passation et de l'exécution des contrats publics.

Si toutes les améliorations du processus contractuel sont des conditions nécessaires, elles ne suffisent pas à éradiquer la corruption dans la commande publique, dans la mesure où le pacte et sa réalisation se déroulent bien souvent en dehors de ce même processus contractuel. Il s'agit alors de se concentrer sur la réalisation des fraudes en amont et en aval des marchés. Indétectables au moment de la passation, elles favorisent les manœuvres des hommes politiques qui cherchent à aider leur parti ou à s'enrichir personnellement ainsi que le blanchiment des activités criminelles. Si la première partie s'intéresse spécialement au financement de la vie publique et au champ politique en général, cette dernière partie s'en fait l'écho en s'attaquant au dernier sommet du triangle d'or de la grande corruption : le crime organisé. Elle cherche à relever l'impossible défi d'un contrôle de la totalité des zones à risque corruptogène en proposant une méthode originale de détection extra-procédurale des fraudes à la commande publique.



I. LES LIAISONS DANGEREUSES : VIE POLITIQUE ET RESSOURCES ADMINISTRATIVES

Un grand nombre d'évolutions structurelles portent les germes du développement de la corruption : mondialisation, révolution conservatrice des années 1980, tertiarisation de l'économie et effets induits, etc. Mais la corruption se fondant dans chaque "système d'opportunité" national, d'autres facteurs politico-institutionnels jouent un rôle majeur en fonction du pays concerné : type de régime politique (voir introduction), autonomie de la bureaucratie, corpus réglementaire anti-corruption et de degré d'application. Concernant ce dernier élément, la qualité du code des marchés publics et la signature et l'application des conventions internationales de l'OCDE, du Conseil de l'Europe (GRECO) ou dernièrement de l'ONU fournissent à la France les outils adéquats pour lutter contre la corruption.

L'existence d'un cadre juridique et judiciaire étoffé n'est cependant pas une garantie suffisante. Dans les pays occidentaux, la grande corruption se propage surtout dans les zones de connivence entre acteurs politiques et administratifs. La régulation financière de la vie politique est un déterminant majeur d'un système d'opportunité, qui sera développé ici dans ces deux dimensions constitutives : la régulation du financement des partis politiques à proprement parler et l'encadrement des circuits de financement sur lesquels les fraudeurs s'appuient.

A. Le financement de la vie politique

La dévaluation idéologique (*Etat moderne, Etat modeste*) et réelle (régionalisation et internationalisation des normes, de leur création à leur mise en œuvre) participe à la délégitimation des acteurs politiques traditionnels, partis politiques et syndicats en premier lieu. Ces mêmes partis politiques ont beaucoup de difficultés à faire face à la dépolitisation croissante des sociétés occidentales, effritement du militantisme et désyndicalisation, qui sont un effet direct et indirect de la tertiarisation des économies de nos sociétés. La part des cotisations des adhérents oscillerait entre 8% et 20% des ressources des partis politiques français²¹, ce qui laisse à couvrir 80% à 90% de leurs activités. Ce constat est d'autant plus vrai pour les partis de masse²² directement branchés sur les

²¹ Service Central de Prévention de la Corruption, *Rapport 2005*, Paris : Les éditions des journaux officiels, 2006, p. 174.

²² M. Duverger, dans sa célèbre typologie, distingue partis de masse et partis de cadres. Un parti de masse présente une stabilité organisationnelle, une pénétration des idées et une intériorisation des règles (formelles de préférence) fortes ; un tel parti, dans son expression idéal-typique, dispose d'un électorat de classe (l'électorat ouvrier par exemple) mobilisé grâce à des cercles militants nombreux et hiérarchisés. Les hommes politiques en concurrence se soumettent à la bureaucratie (forte et centralisée) car c'est leur seul moyen d'accéder à des postes importants. A l'inverse, les partis de cadres présentent une organisation faible et la mobilisation de leur électorat ne dépend pas du militantisme mais de leurs ressources personnelles matérielles comme symboliques (charisme, clientélisme, personnalisation du pouvoir etc.). Duverger M., *Les partis politiques*, Paris : Armand Colin, 1973, 476 p. On notera que feu les partis de masse sont aujourd'hui à la recherche de militants et donc de financements. Mais avec les alternances ils se sont transformés pour certains d'entre eux en partis de gouvernement, d'où leur cartellisation et les risques de confusion entre financements publics et financements occultes

ressources de leurs militants, et qui ont du trouver d'autres sources de financement, souvent étatiques mais parfois occultes.

De manière générale, les partis politiques disposent théoriquement de deux sources de financement : les aides publiques, et le financement privé.

1. Le financement privé

Le financement d'origine privée peut provenir de dons des personnes physiques et morales, des cotisations des adhérents et de l'activité économique propre au parti (investissements financiers, création d'entreprises, etc.). Les modalités d'organisation de ces financements dépendent de la loi d'un pays donné.

a) Le financement par des personnes privées

Pour ce qui est du financement par des personnes privées, les partis politiques peuvent bénéficier des dons de personnes physiques non adhérentes. En dépit des incitations fiscales, les dons des personnes physiques sont faibles en Europe du Sud et ne représentent que 2% à 6% des revenus des partis politiques français. En revanche, 85% à 90% du financement des partis politiques allemands proviennent des dons individuels de personnes physiques.

Parmi ces dons individuels, le reversement des indemnités des parlementaires à leur parti en est une modalité particulière. Pratique peu répandue en France, où seuls les élus communistes reversent intégralement leurs indemnités en échange de quoi ils reçoivent un salaire modeste, elle est, en revanche, une source non négligeable de financement des partis politiques allemands (15% à 18% des ressources du parti social-démocrate SPD).

En France, les dons consentis par une personne physique sont soumis à un certain nombre de restrictions. A titre d'exemple, les dons ne peuvent excéder 25% du total des ressources du parti (retracées dans les comptes du dernier exercice)²³.

b) La question du financement par des personnes morales

On estime à 13% (légaux), la part des entreprises (personnes morales) impliquées dans le financement des partis politiques avant 1995. Mais les nombreux cas de fraudes et de corruption, en

²³ A titre d'information, le régime actuel du financement de la vie politique en France résulte des lois suivantes : loi organique et loi ordinaire du 11 mars 1988 relatives au financement de la vie politique ; loi du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, la loi ordinaire du 19 janvier 1993, la loi organique du 19 janvier 1995 modifiant diverses dispositions relatives à l'élection du président de la République et celle des députés à l'Assemblée Nationale, la loi organique relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du parlement et à ceux du Conseil Constitutionnel, la loi du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique, la loi du 20 janvier 1995 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du président de la République, la loi du 8 février 1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du gouvernement. La réitération de lois sur cette même question est la preuve que des fraudes restent toujours possibles et sont bien difficiles à prévenir.

France comme ailleurs (ainsi l'opération *Mani pulite* italienne montra que plus de 3 milliards d'euros par an de fonds illégaux auraient servi au financement des partis politiques), invitent à largement majorer cette estimation. Quoiqu'il en soit, afin de réduire les risques de ploutocratie et de prévenir l'instrumentalisation des campagnes par des groupes économiques, les donations d'entreprises ont carrément été interdites en France à partir de 1995. Il semble que cette prise de conscience des possibles dérives de financement par des personnes morales soit générale, comme l'attestent l'interdiction de financement par des entreprises en Suède, la limitation des donations par des personnes morales en Espagne, et la publication des dons en Allemagne, en Italie ou aux Pays-Bas.

Dernière source de financement privé, les revenus d'entreprise des partis qui correspondent aux fonds levés par les partis lors d'activités commerciales (principalement : spectacles, rallyes, conférences, ventes de livres et d'insignes, loteries, prise de participation financière).

2. Le financement public

Il convient de distinguer les pays finançant les partis politiques exclusivement (Belgique, Danemark, Finlande, Grèce, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Suède) des pays qui financent les partis politiques et les campagnes électorales (Allemagne, Espagne, France, Italie), sans oublier la particularité du Royaume-Uni dont l'aide publique concerne exclusivement les campagnes électorales.

En France, le double financement (campagnes et périodes normales) est très encadré.

a) Le financement des partis politiques

Concernant les partis politiques, le financement public direct est divisé en deux parts égales : une première fraction est destinée au financement des partis et groupements politiques en fonction de leurs résultats aux élections à l'Assemblée nationale (les candidats doivent avoir obtenu chacun au moins 1 % des suffrages exprimés dans au moins cinquante circonscriptions en métropole, et pour les partis et groupements politiques ayant présenté des candidats seulement Outre-Mer, avoir obtenu au moins 1 % des suffrages exprimés dans l'ensemble des circonscriptions dans lesquelles ils se sont présentés).

Une seconde fraction est attribuée aux partis et groupements politiques bénéficiaires de la première fraction proportionnellement au nombre de membres du Parlement qui, chaque année, déclarent s'y rattacher. Chaque parti ou groupement doit également tenir une comptabilité, arrêter ses comptes chaque année, les faire certifier par deux commissaires aux comptes (chargés de vérifier leur légalité et l'absence de financement par des personnes morales), déposer les comptes de l'année « n-1 » au plus tard le 30 juin de l'année « n ».

b) Le financement des campagnes électorales

Pour ce qui est des élections, le candidat est tenu de respecter des obligations de trois ordres : concernant le mandataire financier (désignation, déclaration, rôle dont délivrance des reçus de dons et remboursement des dons irréguliers), les plafonds de campagne, la présentation et l'équilibre du compte, les dons, les frais annexes, le remboursement, et le contentieux. Pour ce qui est des dons des personnes physiques, ils sont limités à 4 600 euros ; pour une même élection ; le montant global des dons en espèces ne doit pas dépasser 20% du plafond des dépenses dans les circonscriptions où le plafond est égal ou supérieur à 15 000 euros ; tout don supérieur à 150 euros doit être versé par chèque, virement, prélèvement automatique ou carte bancaire ; tout don est perçu par un mandataire financier et jamais par le candidat ou un tiers.

c) Les dons en nature

Le financement de la vie politique passe également par un certain nombre de subventions, d'avantages en nature : organisation du scrutin, élaboration des listes électorales, inscription sur les listes, matériel électoral (urnes, bulletins, etc.), coûts de transport et communication pris en charge.

3. La question du lobbying

Dans les pays où les dons de personnes morales sont autorisés et où les activités de lobbying sont réglementées, les hommes politiques reçoivent régulièrement de l'argent des groupes de pression. S'il est impossible de mettre en lumière une influence directe du financement par les groupes de pression et des décisions politiques, il convient de remarquer cette zone à risque.

4. Contrôles et sanctions

a) Les contrôles

D'abord, tous les partis politiques publient un rapport financier annuel (comme dans tous les pays européens). Cette gestion financière se fait, en France au moyen d'un compte unique, géré par un mandataire unique (personne physique ou personne morale) et les comptes de campagne sont contrôlés par la Commission Nationale des Comptes de Campagne et des Financements Politiques (CNCCFP) qui en publie une version. La France a donc fait le choix, comme la Belgique, l'Italie et l'Irlande, d'un organisme de régulation indépendant. La CNCCFP est composée de neuf membres nommés pour cinq ans : trois membres du Conseil d'Etat, trois de la Cour de cassation et trois de la Cour des comptes Enfin, les rapports sur les comptes bancaires des partis doivent être intégralement publiés au Journal officiel et les ressources des élus (patrimoines en tout genre) sont contrôlés en début et en fin de mandat par un autre organe indépendant et spécialisé, la Commission pour la

b) Les sanctions

La France a fait le choix de sanctions intermédiaires²⁴. Toute violation du mode de financement prévu par la loi est sanctionnée par une amende allant jusqu'à 3750 euros, d'une condamnation allant jusqu'à un an d'emprisonnement et d'une inéligibilité de dix ans maximum, prononcée à la discrétion du juge de l'élection (saisi par la Commission Nationale des Comptes de Campagne et des Financements Politiques). Ainsi la condamnation automatique d'Alain Juppé à dix ans d'inéligibilité sa-t-elle été réduite de moitié en appel. . De plus, si le plafond des dépenses dépasse de plus de 5% le montant autorisé, le candidat est tenu de rembourser l'excédent à l'Etat, et il perd son droit à l'aide publique.

5. Risques de corruption et réponses

D'abord, la possibilité pour les partis de mener des activités économiques propres (a) constitue un gros risque de fraude. Les services factices offerts par des "consultants" notamment, ont pu permettre de détourner la réglementation... et des fonds. De manière plus générale, toute activité non liée au parti directement, comme la possession d'agences de voyages des partis socialistes scandinaves ou la gestion de maisons de confection par les communistes italiens, sont autant de possibilités d'influence et de mise en cause de la probité des élus.

a) Le financement public

Au sujet du choix français d'un financement public (a et b), plusieurs risques existent. D'abord, le financement public peut aboutir au blocage du système de partis et à l'impossibilité pour de nouvelles formations d'arriver sur le marché. Cette captation est accentuée en France par le mode de scrutin majoritaire, qui renforce la mainmise des grands partis sur les subventions publiques. A l'inverse, le mode de financement public peut conduire à une augmentation du nombre de partis (et des formations unipersonnelles) et par conséquent à de la compétition pour les subventions, comme ce fut le cas entre 1988 et 1993 en France. De surcroît, l'augmentation constante des coûts de campagnes - et son corollaire, la recherche permanente de financements supplémentaires - fait peser le risque d'un financement occulte (pour soutenir un candidat dissident d'un parti par exemple) sur les pays où le financement par les personnes morales est banni.

b) Le lobbying

Entre politiques et lobbyistes existe un fort risque de connivence et celui ci est d'autant plus intense

²⁴ Les deux balises extrêmes sont l'Espagne, où les manquements à la probité des élus sont examinés par la Chambre et donc par les élus eux-mêmes et de l'autre côté l'Italie, où les sanctions peuvent se traduire par une peine d'emprisonnement de six mois à quatre ans et d'une amende d'un montant égal à trois fois supérieur à la somme illégalement reçue.

qu'aucun pays européen, à l'exception de l'Allemagne et de la Pologne, n'encadre cette activité²⁵. Dès lors, la collusion des hommes politiques et des lobbyistes ainsi que l'interdiction de dons de personnes morales constituent-ils autant de facteurs incitatifs au financement occulte par l'intermédiaire de groupes de pression.

c) *Les sanctions*

Enfin, la corruption n'est pas seulement fonction du degré de sanction, mais également de la valeur accordée aux mandats²⁶ dans chaque société. Ainsi, à titre d'exemple, en donnant une plus grande valeur aux mandats locaux, les lois de décentralisation successives ont démultiplié les risques de financements occultes préexistants.

Le mode de financement de la vie politique porte intrinsèquement des potentialités de corruption. Toutefois, une limitation ou une interdiction de l'intrusion des personnes morales, un contrôle indépendant et minutieux des modalités du financement, des sanctions appropriées et une régulation claire du lobbying sont autant de réducteurs de corruption.

B. Les circuits du blanchiment

La réalité rappelle toutefois à l'observateur que la corruption administrative se développe à l'aune d'un laisser-faire, voire d'une incitation du champ politique. Les nombreuses affaires de financement occulte des partis politiques via la commande publique (HLM de Paris pour le parti RPR, affaire *Urba* pour le PS) sont là pour rappeler. Ce constat est une des raisons qui militent pour l'étude du blanchiment de l'argent sale, dont la corruption est le produit.

Le nombre de montages imaginables afin d'échapper aux circuits légaux ou les détourner sont tellement nombreux qu'on se résoudra à n'en retenir que les principaux. A côté de trois instruments de blanchiment classiques, un quatrième, la finance internationale est aujourd'hui privilégié pour son efficacité.

²⁵ En Allemagne, l'annexe 2 du règlement du Bundestag prévoit l'enregistrement des personnes souhaitant exercer une représentation auprès du Bundestag ou du gouvernement fédéral. L'enregistrement donne un accès physique aux institutions (mais les auditions du Parlement sont publiques). La liste comprend : nom et raison sociale de l'entreprise, composition du directoire, objet/intérêt, noms des représentants ... Le Registre n'a pas de force légale, il est purement informatif. Suite à un scandale politico-financier, une vaste loi sur le lobbying a vu le jour en Pologne (2005). De par ses définitions du lobbying (toute activité d'influence) et des autorités publiques (niveau national et local), elle couvre un champ d'action très large. Un système d'enregistrement des "professionnels du lobbying" a été mis en place. Tout lobbyiste professionnel non inscrit dans ce registre s'expose à une amende allant de 750 € à 12500 €. La loi prévoit également l'enregistrement des personnes rémunérées par les parlementaires (nom, emploi, activités, revenus, pour les 3 années précédentes).

²⁶ Voir Facchini F., "Critiques de trois arguments justifiant les lois sur le financement de la vie politique", *Politique et management public*, vol. 21, n°4, décembre 2004.

1. Les moyens de blanchiment classiques

Occupent une place prépondérante dans le blanchiment de l'argent : la banque, les assurances et les jeux.

a) La banque

La banque, d'abord, arrive en tête des infractions. 82% des déclarations de soupçons reçues émanent du secteur bancaire. Les cas les plus fréquents sont ceux dits de travail dissimulé - dans lesquels des comptes sont abondés par des chèques ou des virements d'un secteur d'activité particulier, en l'occurrence du bâtiment le plus souvent, puis ces comptes sont débités en cash - et ceux d'escroquerie aux encarts publicitaires dans lesquelles des régies publicitaires surfacturent leurs prestations à des sociétés (il peut exister un accord avec le dirigeant de la société qui blanchit ainsi une certaine somme de capitaux équivalente à la part surtaxée).

b) Les assurances

Ensuite, le secteur des assurances constate de fréquentes infractions dans ses produits assurance-vie et assurance-dommages. Pour les produits assurance-vie, les principales techniques de blanchiment sont : le nantissement²⁷ d'un contrat pour le remboursement anticipé de prêts immobiliers et la mise en gage d'un contrat pour la réalisation d'opérations financières. Les modalités des escroqueries à l'assurance-dommages sont nombreuses : fausses factures et vente des biens déclarés volés, etc.

c) Les jeux

Pour ce qui est des jeux, enfin, la technique la plus connue est évidemment le gain en casino. Une personne achète, par des intermédiaires plus ou moins nombreux, de grandes quantités de jetons qu'elle joue ensuite, seule ou avec ses intermédiaires, sur la même machine jusqu'à gagner une grosse somme couvrant approximativement la mise de départ. Cette technique se fait rare en France dans la mesure où elle est facilement décelable puisque les gains engendrés sont totalement disproportionnés par rapport à la surface financière du joueur. En un mot, il est statistiquement impossible de gagner un million d'euros avec une mise de départ de quelques centaines d'euros, ou en tout cas, jamais deux fois. Dans un autre registre de jeu, une technique fréquente consiste à racheter frauduleusement des billets gagnants (Paris, loterie) à un prix supérieur à la valeur du gain.

On ne s'attardera pas sur l'achat de biens immobiliers avec fort apport en cash et virement en

²⁷ "Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette", article 2071 du Code Civil

provenance de banques étrangères.

Le meilleur médium de blanchiment de l'argent de la corruption reste, plus que jamais, la finance internationale.

2. L'instrument privilégié : les circuits financiers

L'interdépendance croissante des économies et des finances, la croissance exponentielle des marchés financiers internationaux (les transactions sur les marchés des changes s'élevaient à 1500 milliards de dollars US par an en 2002²⁸) permettent également à la face obscure de la globalisation de prospérer. Il faut dire que "les technologies nouvelles qui permettent le développement des techniques financières, telles que les produits dérivés, ont radicalement transformé la sphère financière au moins dans trois aspects : elles ont écrasé l'espace et le temps ; elles permettent des effets de levier et des déplacements de monnaie sans rapport avec la réalité des échanges ; elles donnent à des machines le pouvoir d'agir et de contrôler les actions des hommes"²⁹. Les circuits financiers et leurs modalités (sociétés écrans) sont les instruments privilégiés de mise en place de systèmes de corruption à grande échelle dans les marchés publics. S'ils peuvent servir à alimenter le champ politique, ils constituent également l'instrument privilégié des entreprises mafieuses impliquées dans les marchés publics, avec l'entente des hommes politiques comme la dernière partie tentera de le montrer.

a) La vulnérabilité des circuits financiers

Les fraudeurs privilégient les circuits financiers pour leur diversité (ce qui laisse une gamme d'options très large), leur facilité et rapidité (les systèmes de transactions électroniques accélèrent et facilitent la réalisation des transactions), leur aspect global (ce qui permet de réaliser des transactions sans tenir compte des frontières nationales et des problèmes qu'elles sont susceptibles d'engendrer) et enfin leur intérêt financier (outre le blanchiment même, les circuits financiers permettent souvent de réaliser une plus-value sur l'argent blanchi).

b) Les trois phases du processus de blanchiment

Malgré la multiplicité des cas; il est possible d'isoler trois phases au sein du processus de blanchiment : placement, empilage et intégration.

▶ "Le placement constitue le premier stade du blanchiment, c'est-à-dire la conversion des espèces provenant de l'infraction primaire ou sous-jacente en une autre forme de produit financier". Cette opération nécessite la complicité d'acteurs financiers, par exemple, un courtier qui accepterait des

²⁸ Broyer P., "Le blanchiment de l'argent. Nouveaux enjeux internationaux", *Etudes*, n° 396-5, mai 2002. Article consultable en ligne : <http://pros.orange.fr/assas-editions/et/e3965d2.htm>

²⁹ Ploix H., "Ethique et marchés financiers", *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, Paris : Montchrestien, 1996, p. 341

paiements en espèce. Il existe donc un risque de corruption afin de blanchir le produit de la corruption.

► "L'empilage consiste à brouiller les pistes de l'origine des fonds par la multiplication d'opérations bancaires ou financières, faisant intervenir divers comptes, établissements, personnes ou produits, souvent dans plusieurs pays.

► "L'intégration est l'utilisation des fonds, souvent déjà blanchis ou au moins prélevés, dans des produits [...] de l'économie légale"³⁰.

c) Différents montages pour différentes phases

Des montages connus aux modalités récurrentes permettent d'accomplir plus ou moins parfaitement ces trois phases de placement, d'empilage et d'intégration³¹.

Premier type de montage, les opérations à découvert correspondent à la phase de placement. Ce sont des opérations d'urgence dont l'apport en espèce n'est pas ou peu contrôlé du fait de leur caractère urgent. Afin de réaliser un profit rapide, un opérateur se rend dans une banque muni d'une importante somme en espèce afin d'éviter l'utilisation des chèques ou virements qui présentent un double handicap : d'une part, ils sont soumis à des frais de traitement et, d'autre part, leur compensation³² demande trop de temps. Les sociétés boursières, dans lesquelles l'argent est généralement placé ensuite, considèrent qu'il appartient à la banque d'effectuer les contrôles préalables ; elles n'opposent donc pas de veto au placement de fonds provenant d'opérations à découvert. Le placement des fonds opaques est alors effectué. Ce type de règlements en espèces n'existe que dans un nombre limité de pays.

Ensuite, seconde étape, l'empilage de fonds illicites consiste simplement à acheter des titres avec les fonds introduits dans le système financier par l'intermédiaire des opérations à découvert. Deux techniques d'empilage et d'intégration des fonds seront détaillées : *le pump and dump* et l'utilisation des sociétés écran.

Le "pomper pour gonfler" (*pump and dump*) consiste à gonfler artificiellement le prix d'actions par des informations mensongères et à les revendre intégralement ensuite afin d'obtenir une plus-value. Dans

³⁰ Définitions données par TRACFIN, *Rapport d'activité 2005*, p. 65. Disponible sur : <http://www.tracfin.minefi.gouv.fr/ressources/raptracfin2005.pdf>. A noter que ces trois étapes ne se rencontrent pas simultanément dans les dossiers de blanchiment

³¹ Voir notamment, Groupe d'Action Financière, "Blanchiment de capitaux par l'intermédiaire du secteur des valeurs mobilières", *Rapport sur les typologies du blanchiment de capitaux 2002-2003*. Disponible sur : <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/32/33/35396591.pdf>

³² La compensation consiste, pour un organisme bancaire central, à débloquer des fonds du compte de la banque B ouvert auprès de cet organisme central au profit du compte de la banque A lui aussi ouvert dans ce même organisme.

ce montage, des individus achètent de nombreux paquets d'actions d'une société dormante, non opérationnelle ou non introduite en bourse. Ils font ensuite appel à des courtiers et des analystes financiers qu'ils auront préalablement corrompus afin que ceux-ci fassent la promotion du titre en question auprès de leurs clients. Cette promotion porte généralement sur la détention par la société d'un produit révolutionnaire voué au succès. Logiquement, l'information mensongère provoque une augmentation de la demande et une inflation du cours du titre qui est alors revendu par les fraudeurs au moment le plus opportun afin de récolter la plus-value résultant de l'inflation artificielle. La société nouvellement cotée fait alors faillite. Ce montage du *pump and dump* est intéressant pour les fraudeurs car il permet à la fois d'empiler de l'argent sale et de dégager une plus value intéressante de cet empilement. En revanche, le montage constitue une fraude importante qui oblige ses auteurs à rempiler leur argent et à l'intégrer. Il ne les fait donc pas avancer dans le processus de blanchiment.

Enfin, la création de sociétés écran (phase d'empilage et d'intégration) "consiste pour une organisation criminelle à créer une société en vue d'une activité commerciale légitime puis de mélanger des fonds illicites aux fonds générés par l'activité commerciale légale. Généralement, la société doit utiliser diverses pratiques comptables frauduleuses pour réussir une telle opération"³³. Il existe trois grands types de sociétés écran : le trust (transfert unilatérale de valeurs à un gestionnaire au bénéfice d'un tiers), la holding (société sans activité commerciale destinée à la prise de participation dans d'autres sociétés ou à la gestion de biens) et la société offshore³⁴. La plupart des montages sont des forçages comptables (introduction de faux dans le montage comptable) et des surfacturations. Ces montages sont externalisés, sous-traités par la société écran, ce qui présente trois avantages. D'abord, ces sociétés écran permettent de créer un montage comptable à priori normal (alors qu'en interne le montage frauduleux aurait nécessité l'absence de documents). Puisqu'elle disparaît une fois les opérations d'encaissement / décaissement effectuées, la société écran permet, ensuite, d'échapper aux contrôles traditionnels. Enfin, il est possible d'implanter les sociétés écran dans les paradis fiscaux ou juridiques, avec tous les avantages qui y sont attachés.

3. La complicité des paradis fiscaux

Ces places, qui accueillent l'argent de la spéculation, des multinationales et des banques sont avant tout de paradis pour les trafiquants et leurs sociétés écran dont ils assurent l'anonymat et le secret bancaire.

a) Risques, contre-mesures et efficacité

Ces paradis fiscaux sont donc aussi des édens juridiques. Ils hébergeraient ainsi plus de la moitié des capitaux détenus hors frontières, soit plus de 5 000 milliards de dollars, 4 000 banques offshore

³³ Groupe d'Action Financière, *Rapport sur les typologies du blanchiment de capitaux 2002-2003*, p. 17, disponible sur : <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/32/33/35396591.pdf>,

³⁴ Pour plus de précisions, voir Service Central de Prévention de la Corruption, *Rapport 2004*, Paris : Les éditions des journaux officiels, 2005, p. 115-146.

et plus de 2,4 millions de sociétés écrans. On estime le pourcentage de capitaux illicites à une fourchette comprise entre 10% et 20%, soit tout de même 500 à 1000 milliards de dollars US³⁵. Afin de lutter contre les paradis fiscaux, le Groupe d'Action Financière de l'OCDE (GAFI) conseille aux institutions financières d'examiner systématiquement les "transactions qui n'ont pas de cause économique ou licite apparente" (Recommandation 21), d'imposer des prescriptions rigoureuses pour l'identification des clients et de procéder à la déclaration systématique des opérations financières réalisées avec des organismes offshore³⁶. La France s'est consécutivement doté d'une disposition dans son Code monétaire et financier, l'article L. 563-1.1, qui dispose que "le Gouvernement peut [...] soumettre à des conditions spécifiques, restreindre ou interdire tout ou partie des opérations réalisées pour leur propre compte ou pour le compte de tiers par des organismes financiers établis en France avec des personnes physiques ou morales mentionnées au sixième alinéa de l'article L. 562-2 ou domiciliées, enregistrées ou ayant compte auprès d'un établissement situé dans un Etat ou un territoire mentionné au septième alinéa du même article".

Mais la portée et l'efficacité des dispositions légales françaises comme des textes internationaux sont sérieusement limitées par les systèmes de compensation, également appelés systèmes des banques de correspondants ou, plus explicitement encore, clearing. Une banque correspondante délivre à une autre banque des services bancaires afin de lui permettre de réaliser des transactions financières internationales pour son compte et celui de ses clients, dans des Etats où elle n'a pas d'implantation physique. Les grandes banques internationales, qui possèdent un réseau très étoffé peuvent assurer des fonctions de correspondants pour des milliers de banques dans le monde, et être inversement présente partout, notamment dans des paradis fiscaux. Le système de banques correspondantes ne fonctionne pas, matériellement, de banques à banques. Il est généralement géré par un organisme central auprès duquel les banques possèdent des comptes correspondants et qui effectue les transferts par un système de compensation. Les plus importants organismes centraux de ce type sont Euroclear et Clearstream. Afin de lutter contre ce système, le GAFI préconise, par exemple, de mettre en place des procédures rigoureuses incluant : des informations sur la direction de la banque partenaire, le type d'agrément bancaire dont cette banque dispose, ses principales activités commerciales, l'emplacement géographique de la banque partenaire, la présence physique réelle à cet endroit, le volume et la nature des transactions supposées transiter par le compte correspondant, le degré de contrôle bancaire en vigueur dans le pays d'origine, l'identité des tiers ayant accès au compte correspondant...³⁷

b) Morceaux choisis : les îles paradisiaques

Le lucre de ces places offshore a poussé depuis longtemps un certain nombre de micro-Etats à se

³⁵ *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, Paris : Editions Association d'économie financière, 2001, p. 302

³⁶ Voir les quarante recommandations du GAFI sur son site <http://www.fatf-gafi.org>

³⁷ Groupe d'Action Financière, *Rapport sur les typologies du blanchiment de capitaux 2002-2003*, p. 11.

spécialiser dans le domaine. Ainsi les Etats du Pacifique de Nauru - et ses 400 banques offshore -, de Niue et de Palau ont été liés au blanchiment de l'argent de la mafia russe (plus de 3 milliards de dollars US) dans le scandale "Bank of New York - Sinex Bank", banque russe installée à Nauru.

Les Caraïbes sont l'autre zone d'éclosion de ces paradis fiscaux insulaires. Selon la Banque des règlements internationaux, la zone offshore des Caraïbes aurait géré près de 1000 milliards de dollars US d'actifs, dont plus de la moitié aurait transités par les îles Caïman, ce qui ferait des Caïmans la cinquième place financière mondiale, pour une superficie de 259 km² et une population de 35000 habitants³⁸. Dépendance de la Couronne britannique, les îles Caïmans sont d'avantage dans la sphère d'influence américaine du fait de leur proximité géographique (600km) avec la Floride. Les Caïmans présentent toutes les caractéristiques des paradis fiscaux : secret bancaire total, extrême souplesse pour la création de sociétés, supervision financière minimale et fiscalité allégée. Epinglée sur la liste noire du GAFI, les îles Caïmans ont réussi à en sortir par un habile retournement : leur mise en conformité aux recommandations du GAFI - et la perte du statut de paradis fiscal - a simplement été mise en application pour les citoyens nationaux... mais pas pour les étrangers.

Or, parmi les 600 banques présentes au Caïmans, seulement une trentaine sont locales, soit pas plus de 5%. Parmi ces 570 banques étrangères environ, se trouvaient en 2001 onze banques françaises appartenant à huit groupes différents : Banque Nationale de Paris (numéro de licence 79012), Banque Sudameris (n°88012), BNP Paribas Private Bank and Trust Cayman Limited (n°95036), Crédit agricole Indosuez (n°79011), Crédit industriel et commercial (n°91067), Crédit Lyonnais (n°74012), Inchaupse Bank corporation (n°89016), Indosuez Trust Company (Cayman) Ltd (n°93009), Natexis Banques populaires (n°77005), Paribas (n°78010) et Société générale (n°79033)³⁹. En réalité ces entités ne sont la plupart du temps, que des boîtes aux lettres de banques logées à New York, mais qui justifient cette implantation douteuse par les taux de réserve américains imposés sur les dépôts en eurodollars (3% dans les années 1980), implantation qui n'a plus lieu d'être puisque ces taux ont aujourd'hui disparu.

Il faut dire, à la décharge des Banques françaises, que le gouvernement américain encourage un certain type d'évasion fiscale afin de garantir la compétitivité internationale des entreprises américaines. Ainsi, la loi sur les sociétés de vente des Etats-Unis permet l'exonération fiscale des sociétés qui domicilient artificiellement dans leurs filiales offshore les profits des contrats internationaux. Ces pratiques facilitent par conséquent le versement de pots-de-vin aux élites des pays acheteurs, pratiques fréquentes dans l'aviation, l'armement ou encore les BTP.

³⁸ Voir Montebourg (rapporteur), "Mission d'information commune sur les obstacles au contrôle et à la répression de la délinquance financière et du blanchiment des capitaux en Europe", *Rapport d'information de l'Assemblée Nationale*, Paris, 30 mars 2000, p. 101-108

³⁹ Montebourg (rapporteur), "Mission d'information commune sur les obstacles au contrôle et à la répression de la délinquance financière et du blanchiment des capitaux en Europe", *Rapport d'information de l'Assemblée Nationale*, Paris, 30 mars 2000, p. 101-108.

4. De l'intérêt de la lutte anti-blanchiment

L'exemple de la législation américaine montre parfaitement l'hypocrisie et le manège des pays occidentaux qui condamnent du côté du GAFI les places offshore, mais tolèrent, de l'autre, les implantations de leurs agents économiques dans ces centres. Les grandes puissances ont double intérêt à l'existence de paradis fiscaux : ils permettent, d'une part, d'assurer une compétitivité économique forte au pays (malgré la perte d'au moins 45 milliards d'euros en évasion fiscale⁴⁰), et ils permettent, d'autre part, de financer la vie politique. "Les circuits financiers mondiaux fonctionnent comme si les grands pays industrialisés avaient voulu dresser des interdictions strictes sur leur territoire souverain et accepté ou encouragé, dans leur périphérie, des activités contraires dans le but d'en tirer parti dans le cadre de la concurrence mondiale"⁴¹.

Le GAFI consacrait ainsi une partie de son rapport de 2003-2004 sur les Personnes politiquement exposées au blanchiment. Hommes politiques, hauts fonctionnaires, magistrats, militaires, en exercice ou à la retraite jouent, principalement dans les pays où la corruption est endémique, des rôles importants (d'intermédiaires souvent) dans la corruption affectant les contrats publics internationaux.

L'opacité des circuits financiers internationaux fait emprunter aux fonds issus de la corruption et à ceux utilisés par les partis politiques, qui souvent se confondent d'ailleurs, les mêmes canaux financiers clandestins. De nombreux partis politiques européens disposeraient ainsi de circuits financiers parallèles pour assurer le financement du parti voire l'enrichissement de certains dirigeants. Dès lors, "pourquoi voulez-vous que les dirigeants de cette Europe politique mettent de la bonne volonté à supprimer ces réseaux d'argent sale dont ils se sont servis pour asseoir leur pouvoir ? [...] Ils se protègent ; malheureusement, en se protégeant, ils protègent beaucoup d'autres choses. Lorsque vous entravez la coopération des juges en matière de corruption, vous l'entravez en tous domaines ; vous l'entravez sur les trafics de drogue, le proxénétisme, la mafia"⁴².



Ce propos a essayé de montrer comment un mode de financement strict et encadré de la vie politique dans toutes ses modalités et ramifications était un facteur déterminant de la lutte contre la corruption au niveau de la commande publique. Mais ces précautions n'influent qu'au niveau de l'environnement le plus large et ne disent rien sur les dispositifs à mettre en place et les dispositions à prendre au sein des processus de la commande publique ; il faut maintenant mettre la théorie en action.



⁴⁰ Brun T., "Paradis fiscaux : l'argent sale de l'Europe", *Politis*, n°820, jeudi 7 octobre 2004.

⁴¹ Dominique Garabiol et Bernard Gravet cités dans Service Central de Prévention de la Corruption, *Rapport 2001*, Paris : Les éditions des journaux officiels, 2005, p. 47.

⁴² Propos du juge Renaud Van Ruymbeke rapportés par Robert D., *La justice et le chaos*, Paris : Stock, 1996, p. 47.

II. UN DANGER INTRINSÈQUE : LES DIFFICULTÉS DE PASSATION ET D'EXÉCUTION DES CONTRATS PUBLICS

La commande publique présente quatre grandes faiblesses structurelles qui favorisent l'éclosion de pratiques corruptrices⁴³.

Le premier facteur corruptogène est bien évidemment l'importance des sommes en jeu. L'argent attire les cupides ; et les enjeux de la commande publique française sont considérables puisqu'elle porterait sur environ 130 milliards d'euros par an.

Vient ensuite le nombre et la diversité des parties prenantes. L'organisation administrative génère des dizaines de milliers de décideurs, d'acheteurs, de membres de Commission d'Appel d'Offres dans les collectivités territoriales, les administrations centrales ou les établissements publics. On ne compte plus également la multiplicité des acteurs économiques impliqués des bureaux d'études aux banques, en passant par les cabinets d'architectes ou de conseil.

Pour compliquer le tout, il existe un grand nombre de régimes de passation de la commande publique aux modalités procédurales différentes : marchés publics, contrats d'achats non soumis au code mais aux directives, délégation de service public en régie, bail, concession de travaux etc.).

Ces trois facteurs sont aggravés par la faiblesse des contrôles publics sur ces marchés. A titre d'exemple, le contrôle *a priori* des agents du Ministère de l'Economie et des Finances est devenu facultatif et les commissions spécialisées des marchés de l'Etat, chargées de contrôler ces marchés et de formuler des observations et des recommandations ont tout bonnement disparu⁴⁴.

Malgré ces vulnérabilités structurelles, la commande publique est encadrée par de nombreuses procédures qui n'empêchent pas la corruption de se développer parfois.

A. Le déroulement de la commande publique et ses points de vulnérabilité

La commande publique est régie par divers modes de passation dont les modalités procédurales sont autant de protections contre, ou vecteurs de, la corruption (1). A partir de l'étude de cas avérés de corruption, il est possible d'isoler les dysfonctionnements récurrents, de pointer les procédures ou parties de procédures vulnérables et de proposer enfin des contre-mesures (2). L'étude de cas permettra, en dernier ressort, de mettre en lumière les vulnérabilités spécifiques aux marchés internationaux (3).

⁴³ Voir notamment Service Central de Prévention de la Corruption, *Rapport 2005*, Paris : Les éditions des journaux officiels, 2005, p. 21-22.

⁴⁴ Service Central de Prévention de la Corruption, *Rapport 2005*, Paris : Les éditions des journaux officiels, 2005, p. 45-51.

1. Les procédures de passation

Il existe deux grandes catégories dans la commande publique française : les marchés sans formalités préalables et les marchés soumis à procédures.

a) Les marchés sous les seuils de procédures formalisées.

Il existe trois modalités d'organisation des marchés sous seuils : les marchés de moins de 4000 € HT ; les conditions de publicité pour les marchés de plus de 4000 € HT ; les conditions de concurrence pour les marchés de plus de 4000 € HT.

Avant tout, les marchés de moins de 4000 euros Hors Taxes (HT) sont dispensés d'obligation de publicité et de mise en concurrence bien que leur utilisation soit recommandée. Dans ce cas, l'acheteur public décide de toutes les modalités.

Le deuxième axe détermine l'organisation de la publicité pour les marchés de plus de 4000 euros. Entre 4000 et 90000 euros, les modalités de publicité sont à la discrétion de l'acheteur public selon le montant et la nature des prestations. En revanche, l'acheteur doit impérativement publier un avis d'appel public à la concurrence à partir de 90 000 euros et jusqu'aux seuils. Ces seuils sont de 150 000€ HT pour les marchés de fournitures et de services de l'Etat, 230 000€ lorsque ces mêmes marchés concernent les collectivités territoriales et 5 900 000€ pour les marchés de travaux.

Le troisième axe organise les modalités de concurrence toujours pour les marchés de plus de 4000€. Ces modalités sont déterminées par l'acheteur en fonction de l'objet et des caractéristiques de chaque marché jusqu'aux seuils de 150 000€ HT (Etat) et 230 000€ HT (collectivités territoriales) pour les marchés de fournitures et de services. Ce seuil est de 230 000€ pour les marchés de travaux tous niveaux confondus.

b) Les marchés soumis à procédure

Pour ce qui est des marchés au dessus de ces seuils, trois grandes procédures existent. D'abord, la mise en concurrence simplifiée consiste à mettre en place une publicité puis une mise en concurrence restreinte dans les marchés allant jusqu'à 130 000 euros HT pour l'Etat et 200 000 euros HT pour les collectivités territoriales. Le marché est attribué soit par la Personne Responsable des Marchés après avis de la Commission d'Appel d'Offres (C.A.O.), soit par la C.A.O. directement dans les collectivités territoriales. Vient ensuite l'appel d'offres, qui est "la procédure par laquelle la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre [...] restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats qui y ont été autorisés après sélection" (article 38 du Code des marchés publics

de 2001). L'appel d'offres est la procédure la plus commune. Enfin la procédure négociée est la dernière modalité de marché soumise à procédure. C'est la procédure "par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation des candidats et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

c) Les délégations de service public (DSP)

Une collectivité publique peut également préférer confier la gestion d'un service public dont elle a la charge, à un tiers, personne de droit public ou privé. Ces délégations de service public recouvrent des champs d'action très large, de la distribution d'eau à l'éclairage public en passant par les transports scolaires par exemple. Il existe, en France, trois modalités de gestion d'un service public.

La régie est l'exploitation directe du service public par la personne publique dont il dépend.

Cette exploitation peut aussi être confiée à un établissement public, personne publique juridiquement autonome.

Dernière modalité, et non des moindres, un service public peut être délégué par contrat à une entreprise ou un particulier qui l'exploitera à ses risques et périls et qui sera directement rémunéré par les usagers. Cette organisation en concession connaît trois grandes variantes : l'affermage (contrat dans lequel les investissements préalables sont réalisés par la collectivité publique), la régie intéressée (contrat par lequel le cocontractant se limite à des missions de gestion précises telles que la rémunération des employés ou l'encaissement des recettes pour la collectivité publique) et la gérance (contrat par lequel le cocontractant se limite à gérer le service pour le compte de la collectivité publique).

Les délégations de service public - de par l'immixtion forte du public et du privé et la faiblesse des procédures d'encadrement - ont longtemps été des niches de corruption dans la commande publique. Mais les années 1990 ont vu s'instaurer de grandes réformes afin de nettoyer les délégations de services de ce fléau. Dans un premier temps (1991-1992), le rapport (accablant) Bouchery enclenche dès 1993 une série de réformes : des procédures minimums de mise en concurrence sont créées, des obligations de garanties financières et professionnelles des soumissionnaires sont instituées, la durée des délégations est limitée, les reconductions tacites interdites, le référé précontractuel autorisé et la surveillance administrative renforcée. En 1995, les seuils sont abaissés à 700000 francs (450000 francs pour des délégations de services de moins de trois ans) et les rapports annuels rendus obligatoires.

Mais ces mesures ne suffisent pas toujours à casser une routine désormais tombée hors la loi, et les infractions à ces règles sont, encore aujourd'hui, très nombreuses, notamment en raison de la complexité des procédures à suivre pour de petites collectivités locales.

2. Les zones à risque des modes de passation

Les délégations de services publics étant désormais soumises à des marchés sous seuils et des procédures formalisés complexes, elles sont sujettes - au même titre que les marchés publics - aux risques spécifiques de ces deux modes de passation (sous seuil / procédure formalisée).

a) Les marchés sous-seuil

Le plus grand défi à relever pour les marchés sans procédures est celui de la solitude de l'acheteur, cruel dilemme éthique pour les personnes responsables de marché et qui sera étudié dans la partie suivante. L'absence de procédures formalisées provient du coût disproportionné d'un contrôle au regard des montants des contrats passés. En un mot, le jeu n'en vaut pas la chandelle.

b) Les quatre zones à risques des procédures formalisées

D'abord, concernant la procédure négociée, les projets de marchés de travaux compris entre 230000€ et 5 900 000€ HT (210 000 - 5 270 000 à partir de 2006, décret n° 2005-1737 du 30 Décembre 2005) sont, au choix de la personne responsable du marché : soumise à la procédure d'appel d'offres au dialogue compétitif ou à la procédure négociée. Or la procédure négociée ne demande qu'une publicité préalable et une mise en concurrence avec un minimum de 3 candidats (article 66 du Code des Marchés Publics). De plus, existe la possibilité pour l'acheteur de passer un marché négocié sans publicité ni mis en concurrence avec le titulaire initial d'un marché pour des prestations complémentaires jugées nécessaires et représentant jusqu'à 50% du marché initial.

Ensuite, les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence touchent, avec le nouveau Code des Marchés Publics, les marchés qui n'ont pas trouvé (après appel d'offres) d'offre correspondant à l'objet du marché ou pour lesquels aucune candidature n'a été déposée. Il suffirait donc d'une entente de non-soumission entre entreprises pour obtenir le marché sans concurrence.

Toujours concernant les appels d'offres, ceux de faible importance, portant typiquement sur de petits achats, constituent une zone à risque (cas OCDE 4, 12, 18). Les sommes en jeu étant relativement faibles, le coût d'un contrôle de ces appel d'offres serait probablement supérieur aux montants mêmes des appel d'offres ; il serait donc économiquement irrationnel de les pratiquer, au moins à court terme. De plus, les attributions de marchés publics dans lesquelles se jouent un très grand nombre de contrats facilitent également les irrégularités puisque les fraudeurs peuvent passer à travers les mailles des filets de contrôle (cas OCDE 9) ; c'est souvent le cas des appels d'offres de petites tailles où se signent un grand nombre de contrats.

Enfin, le degré de fermeture semble être un facteur de corruption. Les cas OCDE 15 et 18, dans lesquels les appels d'offres étaient restreints, pousseraient à renoncer à ce type de pratiques.

3. Les contre-mesures pour les marchés formalisés

Difficile de mettre en œuvre des réponses aux failles de la loi. Toute organisation des marchés publics est vulnérable par endroit.

Le seul levier sur lequel il est possible d'utiliser est la taille des appels d'offres (zones à risque 3 et 4). Les appels d'offres de petite taille consistent souvent en une multiplicité de contrats, dont les montants sont faibles et sous la responsabilité d'une seule personne ou d'un très petit nombre. Augmenter le nombre de personnes responsables de l'attribution, systématiser le fonctionnement collégial (même pour les petits achats et les nombreux contrats) et/ou la supervision par un tiers sont autant de mesures envisageables pour minimiser les tentations aiguës par la solitude et la concentration des responsabilités. Comme l'analysait Rose-Ackerman, la concurrence (et donc le degré d'ouverture de l'appel d'offres) est ici la meilleure garantie contre tout comportement déviant.

B. Risques et réponses au niveau des parties prenantes

C'est ici que les potentialités de déviances sont les plus fortes, et les plus nombreuses. La question des parties prenantes est le point nodal de liaison entre corrupteurs et corrompus.

Outre les faiblesses inhérentes à certains cadres normatifs, la corruption est avant tout le fait d'individus qui passent à l'acte. La moralité, la probité des acteurs quels qu'ils soient est une zone à risque importante. A cet égard, l'environnement social dans lequel évoluent les acteurs, exerce une influence de choix sur le passage à l'acte (1). Mais cette détermination sociologique n'est pas suffisante et devra être complétée par une étude plus fine des risques pesant spécifiquement sur les agents publics (2) et sur les soumissionnaires (3).

1. Les comportements déviants sous influence (sociale)

Les valeurs d'un individu résultent d'un processus complexe d'apprentissage personnel dans des environnements sociaux multiples et qui changent au cours de sa vie (famille, école, travail, etc.). Les individus associent ainsi différentes valeurs selon un assemblage qui leur est propre. Cet assemblage se compose des valeurs d'acceptation ou de rejet des pratiques douteuses, voire illégales (valeurs procriminelles et de valeurs anticriminelles) acquises et actualisées dans différents environnements. Selon la « teneur » de l'assemblage, l'individu passera ou non à l'acte⁴⁵. A cet égard, l'environnement professionnel influe fortement sur les valeurs de l'individu l'assemblage. Ainsi, contrairement à ce que l'on pourrait penser, les criminels en col blanc ne sont généralement que des conformistes et non des déviants dans la mesure où ils ne font que reproduire les comportements dominants de leur environnement social.

⁴⁵ Sutherland E.H., *White collar crime, the uncut version*, New Haven: Yale University Press, 1985, 328 p.

a) *La supériorité du contrôle informel*

Dans le monde professionnel existe un certain nombre de pressions sociales visant la conformité qui se caractérisent par des contrôles de type formel et informel. L'individu est ainsi soumis d'une part à des règles, procédures et sanctions (contrôle formel) et d'autre part aux positions et réactions de son entourage (contrôle informel).

L'enquête de Posner et Schmidt⁴⁶ révèle que le contrôle informel exerce une forte pression sur les managers ; c'est en priorité leur supérieur hiérarchique (25%) et leurs collègues de travail (19%) qu'ils consultent en cas de dilemme éthique. Le comportement des pairs et des chefs est le facteur déterminant d'un éventuel passage à l'acte immoral. 20% des hauts dirigeants, 27% des cadres intermédiaires, et 41% des exécutifs reconnaissent avoir été amenés à parfois compromettre leurs propres principes éthiques pour répondre aux attentes de leur organisation.

b) *Les modes de pression*

Le principal moyen de pression est la situation hiérarchique de l'agent. Plus le manager est situé bas dans l'échelle hiérarchique, plus il subit de contraintes organisationnelles qui sont exercées de diverses manières.

En premier lieu, la manipulation consiste en une « distorsion communicationnelle »⁴⁷ entre le discours officiel de la Direction et la réalité du travail produit une rationalisation de l'activité de l'organisation (amélioration de la productivité, de l'efficacité, etc.) parfois au détriment de la création et la diffusion d'une morale propre à l'organisation. Dans ce schéma, la faiblesse du cadre moral de l'organisation est susceptible de provoquer une sorte d'atonie propice aux comportements non éthiques⁴⁸. Plus classiquement, la manipulation s'exerce par la diffusion d'informations ambiguës rendant difficile leur interprétation morale. L'argumentaire typique consiste à conférer une valeur morale à un acte non-éthique : tel acte de corruption permettra de conserver tel bassin d'emploi, ou favorisera un champion national (ou local) au détriment d'une entreprise étrangère, etc. Ainsi des cadres accepteront de violer leurs principes moraux pour se conformer aux normes d'efficacité ou aux engagements de leur organisation.

La banalisation de la violence sociale, qui consiste à faire faire le sale boulot à ses cadres s'opère par la distorsion communicationnelle et par le maniement de la menace de sanction. Elle nourrit chez la personne concernée la crainte de précarisation de l'emploi qui va du non avancement au

⁴⁶ Posner B.Z. et Schmidt W.H., "Values and the American manager : an update", *California Management Review*, vol. XXVI, n°3, printemps 1984, p. 202-216

⁴⁷ Utilisation du concept d'Habermas par Dejours C., *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, Paris : Editions du Seuil, 1998, 208 p.

⁴⁸ Pesqueux Y. et Biefnot Y., *L'éthique des affaires. Management par les valeurs et la responsabilité sociale*, Paris : Editions d'organisation, 2002, 256 p.

licenciement en passant par la rétrogradation. Cette peur est fonction de l'auto-perception qu'a l'intéressé de sa capacité à trouver du travail (*employabilité*). Plus elle est faible - c'est-à-dire plus la dépendance à l'entreprise est forte - plus la peur sera grande et par conséquent l'effet de la menace efficace sur le passage à l'acte non éthique.

Enfin, la soumission à l'autorité peut être un autre ressort. La sociologie a largement montré la puissance d'intériorisation de comportements résultant de la soumission à l'autorité.

2. Au niveau de l'agent public

L'agent public est de loin l'élément le plus exposé au risque de corruption parce qu'il est le détenteur des ressources étatiques, parce qu'il doit parfois agir seul en son âme et conscience, et parce qu'on attend de lui une probité supérieure aux acteurs privés. L'agent public est en particulier soumis à un double dilemme d'éthique et d'équité (a) susceptibles d'insuffler un vent de déviance à l'acteur public (b).

a) Le double dilemme de l'agent public

Le premier dilemme résulte des modifications du mode de passation des marchés apportées par les réformes de 2004-2005⁴⁹ qui ajoutent des critères de performance en matière d'insertion professionnelle des publics en difficultés (chômeurs, non-diplômés, handicapés...). Ce critère social est en effet susceptible d'entrer en collision avec le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et de compliquer très lourdement la tâche de l'acheteur public.

L'autre dilemme, le plus important, est la solitude à laquelle la personne responsable des marchés peut être confrontée. Cet isolement et la multitude des acheteurs, auxquels s'ajoute l'émiettement de leurs commandes font que beaucoup sont livrés à eux-mêmes. C'est principalement à cette modalité qu'il faut apporter des réponses puisqu'elle est en (grande) partie responsable d'un certain nombre de dysfonctionnement.

b) Les dysfonctionnements récurrents

Les cas traités font apparaître cinq types de comportements déviants.

Le dysfonctionnement le plus courant est l'absence d'organe de surveillance ou le dysfonctionnement de ces organes. Par exemple, un spécialiste des achats organisait le réseau des vendeurs, leur donnait des informations prioritaires, notamment sur la concurrence, afin que les vendeurs en question soient choisis par son supérieur hiérarchique. Il recevait en contrepartie des versements d'argent blanchis par des sociétés écran. (cas OCDE 2, 3, 6, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 22, 23).

⁴⁹ Décret n°2004-1298 et lois n°2005-32 et 2005-102

Vient ensuite l'isolement des personnes ou services responsables de l'attribution des appels d'offres. Ainsi, le service de maintenance d'une municipalité X se faisait payer (cash, prestations de service gratuites ou sous facturées, voyages...) par les entreprises désireuses d'obtenir un contrat. Dans une telle niche de corruption endémique, le paiement devient un préalable sine qua non. Ce système a ainsi duré de nombreuses années, entraînant finalement dans sa chute une soixantaine de personnes, le service de maintenance en question n'ayant jamais été évalué ni contrôlé (cas 6, 9, 11, 12, 15, 16, 22, 23).

Il peut exister, en troisième lieu, une relation intéressée d'un ou plusieurs agent(s) public(s) avec un ou plusieurs soumissionnaire(s) antérieurement à l'appel d'offres. Cette relation peut être basée sur l'entraide familiale, comme dans ce cas d'obtention de contrats de navigation par une entreprise dont le propriétaire a un parent au bureau qui délivre les contrats en question. Il n'y a pas de contrepartie dans ce cas, si ce n'est la satisfaction d'avantager la famille. La plupart des ententes antérieures comprennent toutefois un intérêt financier. De nombreux cas rapportent le favoritisme par des responsables de marché d'entreprises dans lesquelles ils ont une participation (prise illégale d'intérêt, voir cas 5, 14, 16, et 22-3).

Les cas de corruption étudiés révèlent aussi le rôle d'une durée disproportionnée d'exercice à des postes sensibles. Un des cas jurisprudentiel rapporte ainsi qu'un membre d'un service administratif, resté douze ans au même poste, n'a jamais été évalué par des supérieurs hiérarchique (cas 3, 11, 12).

Enfin, il arrive que les infractions résultent d'une absence de confidentialité des informations au sein du service. Par exemple, pour l'attribution des marchés de construction et la maintenance des écoles secondaires d'une collectivité territoriale, le président (un élu) de la Commission d'appel d'offres et deux directeurs de services techniques mettent en place un système de divulgation d'informations confidentielles à certaines entreprises du bâtiment et utilisent leurs réseaux d'influence au sein de la Commission d'appel d'offre en contrepartie de paiements en cash ou via des sociétés écran (surfacturation), de travaux gratuits ou à bas prix dans les logements, de prestations gratuites (cas 10).

c) Les contre-mesures envisageables

Elles touchent deux niveaux : d'abord la solitude de la personne responsable des marchés inhérente au mode de fonctionnement de la commande publique et ensuite les dysfonctionnements concrets lors de la passation susceptibles de résulter partiellement de la solitude de l'acheteur.

Pour pallier la solitude de l'acheteur, certaines administrations se sont ainsi équipées de codes d'achat ou de guides de procédures internes pour formaliser leurs modalités de publicité et de mise

en concurrence.

Trois contre-mesures sont ensuite susceptibles de minimiser les dysfonctionnements observés du côté des agents publics.

D'abord, les contre-mesures récurrentes proposées se focalisent sur la systématisation du contrôle de l'intégrité des agents publics, notamment le respect de la confidentialité, et la neutralité de l'agent dans la procédure. A cet égard, l'article 9, (paragraphe 1, alinéa E) de la Convention des Nations Unies Contre la Corruption (UNCAC) peut constituer un bon point de départ :

S'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation

Ensuite, il convient de minimiser les situations à risque que sont l'isolement des responsables de l'attribution et la longévité à ces postes. La collégialité des organes de décision pourrait ainsi être systématisée afin de diluer la responsabilité. Des durées maximales, relativement courtes pourraient aussi être introduites pour les postes à risque.

Un système d'évaluation de la sensibilité des postes et de hiérarchisation de ces postes sensibles pourrait être mis en place. Il s'agirait de créer, à partir d'études empiriques approfondies, une cartographie des zones corruptogènes : administration X, agent W, contrats juridiques Y, contrats de prestation de type Z. A partir de cette grille des zones sensibles, une échelle de réponses, proportionnelles au degré de sensibilité, pourrait être appliquée. Fréquence de rotation aux postes, modulation de la taille de l'équipe, du nombre d'évaluations et de contrôles seraient appliquées de manière graduelle, proportionnellement au risque établi par la cartographie.

3. Au niveau du soumissionnaire

Comme pour les agents publics, le constat d'un certain nombre (5) de dysfonctionnements récurrents (a) doit permettre de proposer des contre-mesures afin de sécuriser les zones d'incertitude pesant sur les soumissionnaires (b).

a) Les dysfonctionnements récurrents

Le premier problème qui se pose est celui du gonflement des prix au regard des prestations de même type (cas OCDE 2, 3, 5, 6, 14, 18, 21, 23-3), grand classique de tout type de fraude (1). Ainsi, un prestataire de service oblige ses employés à déclarer un salaire plus élevé que le salaire qu'il leur paie. Le gonflement mensonger de la masse salariale lui permet d'abord de payer un fonctionnaire corrompu pour obtenir un marché d'assistance informatique et ensuite de mettre de côté sa marge bénéficiaire frauduleuse.

Se présente ensuite le cas des prestations effectives différentes des prestations contractées. Dans le cadre de la construction d'un nouvel hôpital pour une grande ville française, l'entreprise retenue n'a pas effectué l'ensemble des systèmes d'aération. La fraude a explosé plusieurs années plus tard lorsque les médecins anesthésistes de l'hôpital se sont mis à souffrir de troubles neurologiques graves résultant de leur surexposition aux gaz anesthésiants non évacués (cas OCDE 2, 16, 23-1, 23-5, 23-6) (2).

L'existence d'une relation antérieure du soumissionnaire à un agent public est le troisième dysfonctionnement le plus présent. Il a été évoqué antérieurement. (cas OCDE 5, 6, 16) (3).

Quatrième dysfonctionnement, le soumissionnaire occulte une ou plusieurs condamnation(s), interdiction(s) de soumissionner ou mention(s) sur une quelconque liste noire (cas OCDE 18) (4).

Enfin, dernier cas récurrent, le soumissionnaire fournit de fausses informations techniques sur lui-même. Plusieurs jurisprudences rapportent le cas d'entreprises fournissant de fausses informations sur leurs capacités techniques et sur leur expérience afin d'obtenir un marché. Ces fraudes se présentent le plus souvent lors de projets spécifiques ou hautement technologiques, soit des projets pour lesquels une expérience dans le domaine est chose rare (cas OCDE 22-5) (5).

b) Les contre-mesures envisageables

Une première série de mesures permet de lutter contre le gonflement abusif des prix et les prestations effectives différentes des prestations contractées. Elles consistent à apprécier la valeur de la prestation proposée par rapport au prix normalement pratiqué pour des prestations de même type. Ceci implique de créer éventuellement une base de données des prestations et tarifs pratiqués par les collectivités (cas 18). Ceci suppose également de vérifier la conformité de la prestation effectuée à la prestation contractée. Pour cela il faut mettre en place un échancier strict et en contrôler le respect sur le terrain (cas 16 et 17).

Comme dans le cas des agents publics, des enquêtes sur les soumissionnaires autorisés à participer devraient être menées afin de vérifier le bien fondé des informations sur le soumissionnaire et sur ses éventuelles relations avec des agents publics (durée d'existence, expérience, relations avec des agents publics etc.). Le cas 18 rapporte en effet l'histoire d'une entreprise black listée qui avait simplement changé de nom mais gardé les mêmes numéros de fax et de compte sans qu'elle soit détectée. Les enquêtes préliminaires sur le soumissionnaire doivent permettre d'éviter que le soumissionnaire ait pu nouer auparavant une relation avec un agent public ou ait pu être l'objet d'une condamnation. Cette seconde mesure peut être complétée par la mise en commun de listes de soumissionnaires ayant subi des condamnations effectives afin d'éloigner au maximum ceux impliqués dans des affaires de corruption. Ainsi le code pénal français prévoit cinq ans d'exclusion

des marchés publics des personnes physiques et morales s'agissant des infractions d'escroquerie (articles 313-1 à 313-2), d'abus de confiance (articles 314-1 à 314-3), de faux et usage de faux (441-1 à 441-8) et de tentative de faux (441-9). En revanche, les tentatives d'escroquerie (313-3), la corruption active (433-1) et la corruption d'agents publics étrangers (435-2) ne donnent lieu qu'à l'exclusion de la personne morale (cinq ans). Curieusement, aucune exclusion des marchés publics n'est prévue pour les tentatives de blanchiment (324-6) et la corruption active telle que précisée à l'article 434-9.

Tous les pays sont exposés aux risques de corruption dans les marchés publics, dont les modalités dépendent du système de régulation en place. Les cas OCDE confirment ainsi que les dysfonctionnements rencontrés dans les marchés publics français se retrouvent quasiment à l'identique ailleurs. Le corps de la présente analyse peut donc être transposé à d'autres situations nationales. Une dimension importante manque cependant à l'étude : les marchés internationaux. Les cas, certes peu nombreux, qu'il a été possible de consulter font toutefois ressortir un certain nombre de spécificités qu'il convient d'explicitier.

C. Les spécificités d'un marché international

Un marché public est considéré comme international dans trois cas : il est conclu par un pouvoir adjudicateur national avec un opérateur économique étranger (1), il est conclu par une organisation internationale (2), il est financé par une organisation internationale (3).

1. Les marchés publics entre Etats

Certains marchés publics sont intrinsèquement internationaux, comme les marchés diplomatiques (construction d'ambassades ou de bâtiments consulaires) ou l'aménagement des espaces frontaliers (construction de routes, ponts, tunnels...) mais la gamme de marchés internationaux est large (vente d'armes, d'énergie, de technologies, etc.). Dans ces conditions, une question centrale se pose ici : quelles les potentialités corruptogènes de ces marchés (a), leurs risques d'internationalisation et les solutions pour y remédier (b).

a) Les potentialités corruptogènes d'un marché international : intermédiaires et commissions

Les marchés internationaux en général, et non diplomatiques ou non frontaliers en particulier, sont des marchés à la fois politiquement et financièrement sensibles, très fortement porteurs de corruption. Le choix de l'OCDE de s'intéresser à la corruption d'agent public étranger ne doit ainsi rien au hasard. En effet, le caractère stratégique des marchés sensibles a généralement poussé les dirigeants d'entreprises à rechercher des porteurs d'influence - des intermédiaires - susceptibles de peser sur la décision publique étrangère par le biais de commissions alors illicites.

Ces commissions illicites sont le plus souvent des pots-de-vin versés aux acheteurs pour remporter le marché, des versements à des caisses noires de décideurs politiques ou économiques qui ont une influence sur le marché, des versements à des personnes susceptibles de faire capoter le marché, et enfin des rétrocommissions susceptibles d'alimenter une caisse noire - et qui constituent, pour rappel, le cœur de la corruption d'investissement⁵⁰. Pour camoufler ces commissions occultes, un des montages les plus classiques est de créer un intermédiaire fictif ou un intermédiaire-taxi. Ce dernier cas consiste à payer directement ou indirectement une autre personne que l'intermédiaire qui figurera dans la comptabilité et servira uniquement à porter l'opération, comme un taxi.

C'est afin de remédier à ce problème que la convention OCDE de 1997 a été signée.

b) Des solutions pertinentes

La Convention OCDE de 1997 oblige les pays signataires à transposer en droit interne l'infraction de corruption d'agents publics étrangers (loi n° 2000-549 du 30 juin 2000 pour la France). Elle constitue un socle commun qui permet à tous les pays signataires de juger des ressortissants étrangers, ou de voir juger des ressortissants étrangers, selon le même système de peine et sanction. Cette harmonisation juridique, pour toute avantageuse qu'elle soit, n'a cependant pas permis d'éradiquer la corruption d'agents publics étrangers lors de marchés publics internationaux. Elle a surtout eu pour effet de modifier les modalités des montages frauduleux. Elle a ainsi accentué les recours aux sociétés filiales, aux fournisseurs étrangers, aux comptes d'assurances, aux aides personnalisées, aux cabinets d'avocats et de conseils, aux associations et fondations (etc.) pour camoufler les fraudes.

Une véritable amélioration de la probité des marchés internationaux passe par un contrôle accru sur les commissions et les intermédiaires. Pourraient ainsi être créés (par l'OCDE éventuellement) des contrôles sur la traçabilité des commissions, la normalité de leur montant, la réalité des prestations, la mise en place de dispositifs de contrôle dans les entreprises mais également, concernant des intermédiaires, la promotion d'une grille commune à chaque profession de rémunération des intermédiaires. Dans l'état actuel de l'environnement juridique international, la corruption continuera à prospérer dans les marchés bilatéraux.

Cet éventuel handicap du droit international peut constituer un avantage pour une organisation internationale susceptible de créer, jusque dans une certaine mesure, ses propres procédures d'adjudication. C'est le cas de la plus vaste d'entres-elles, l'Organisation des Nations unies.

⁵⁰ Voir Service Central de Prévention de la Corruption, *Rapport 2004*, Paris : Les éditions des journaux officiels, 2005, p. 206.

2. Les marchés publics de l'ONU

L'ONU est la première organisation internationale concernant le montant consacré aux marchés publics nécessaires à son fonctionnement. L'organisation achète chaque année pour plus de 6 milliards de dollars de biens, services ou travaux par l'intermédiaire du secrétariat général de New York (800 millions de dollars), et surtout de ses agences spécialisées. L'UNICEF (programme des Nations Unies pour l'éducation et l'enfance), le PNUD (programme des Nations Unies pour le développement), l'UNOPS (bureau de service d'appui aux projets des Nations Unies), le PAM (Programme alimentaire mondial), l'OMS (organisation mondiale de la santé) et le HCR (haut commissariat aux réfugiés) achètent pour plus de 5 milliards de dollars chaque année. La valeur moyenne d'un marché public onusien est de 40000 dollars⁵¹.

Comme pour les commandes publiques nationales, les marchés de l'ONU obéissent à différents modes de passation (a), à différentes modalités de publicité et de mise en concurrence (b), et un type de sanction spécifique (c).

a) Les procédures de passation

Il existe trois procédures de passation à l'ONU : *invitation to bid* (ITB), *request for proposal* (RFP) et *request for quotation* (RFQ).

► L'*invitation to bid* (ITB), d'abord, est utilisée pour l'acquisition de biens et travaux lorsque l'acheteur a déjà en tête les caractéristiques du marché. Ces caractéristiques énoncées dans le document d'appel d'offres sont donc fixées par l'acheteur, et les entreprises ne font que proposer le meilleur prix pour de telles caractéristiques. Cette attribution au moins-disant est limitée en temps ; les entreprises ont en moyenne 15 jours pour soumettre leur offre.

► Le *request for proposal*, ensuite, est une procédure utilisée pour les services bien qu'elle puisse l'être également pour certains travaux très spécifiques. Dans la procédure de *request for proposal*, les soumissionnaires sont choisis sur le double critère de leur offre technique (méthodologie) et financière suivant deux modalités de sélection. Première modalité, les soumissionnaires doivent atteindre un seuil technique minimum au delà duquel le marché est octroyé au moins-disant. Seconde possibilité, le facteur technique et le facteur financier sont crédités chacun d'un certain nombre de points afin d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix. Le soumissionnaire ayant le meilleur score total obtient le marché. Etant donnée la grande complexité de la procédure, le délai octroyé aux soumissionnaires est généralement de six semaines.

► Enfin, dernière modalité le *request for quotation* est une consultation restreinte de trois candidats

⁵¹ Pour plus de précisions, voir Apelbaum R., "Les marchés publics des nations unies vus de l'intérieur", *Revue Contrats Publics*, n°51, janvier 2006, p. 56-59.

invités (minimum). Il appartient aux soumissionnaires de proposer caractéristiques et prix. Le contrat est conclu avec le soumissionnaire ayant présenté l'offre techniquement qualifiée et évaluée comme la moins-disante.

b) Les modalités de publicité et de mise en concurrence

Elles varient en fonction des acheteurs, qui sont, compte tenu de l'étendue de la galaxie onusienne, très nombreux et très dispersés. De manière générale toutefois, les avis sont publiés dans la rubrique *procurement* des sites Internet des agences onusiennes voire parfois dans le journal *United Nations Development Business*. La publicité des offres doit être internationale lorsque le marché dépasse 100 000 dollars. Le montant moyen d'un marché onusien étant de 40 000 dollars, le recours à une telle procédure est souvent abandonné au profit d'une *request for quotation* sans publicité préalable et par le biais d'invitation directe de candidats pré-identifiés.

L'ONU dispose de trois types de préidentification : l'appel à expression d'intérêt, la préqualification et l'invitation directe.

L'appel à expression d'intérêt (AEI) consiste à recueillir des manifestations d'intérêts d'entreprises nationales ou internationales pour des marchés précis. Le PNUD et l'Unops y ont souvent recours. L'appel à expression d'intérêt peut également être utilisé pour les marchés de services ou d'équipements complexes pour lesquels l'ONU souhaite informer à l'avance les candidats afin qu'ils préparent une offre.

La préqualification ressemble à l'AEI à la différence que le soumissionnaire sera sélectionné sur la base d'informations beaucoup plus importantes et précises et selon une grille de critères préétablie dans le document d'appel d'offres. La préqualification, rarement utilisée, concerne surtout les marchés nécessitant un investissement important. C'est l'assurance, pour l'acheteur, que le soumissionnaire aura le calibre, l'expertise et la garantie, pour le soumissionnaire, que la compétition sera restreinte et donc que les chances de succès seront plus grandes.

Dernière modalité, l'invitation directe, consiste comme son nom l'indique à inviter directement entre trois et quinze soumissionnaires et à leur envoyer directement l'appel d'offre sans AEI ou préqualification préalable. L'acheteur public doit donc étudier le marché et les soumissionnaires afin de ne pas se tromper dans le choix des invités. Cette procédure, surtout utilisée par l'Unops, est privilégiée lors de marchés à délais courts.

c) Corruption et sanction

Dans le système onusien, l'acheteur public dispose d'une très (trop ?) grande marge de manœuvre qui, si elle est gage d'efficacité, ouvre la voie à des fraudes en tous genres. Les potentialités de corruption sont encore accrues par le système de sanction onusien.

L'organisation bénéficie en effet d'une immunité juridictionnelle qui lui permet d'échapper aux juridictions nationales (Convention sur les privilèges et immunités adoptées par l'Assemblée Générale en 1946). Tout différend sera donc porté devant l'arbitrage international en suivant les règles de la Cnudci (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international). Mais la conciliation est largement privilégiée à l'arbitrage pour des raisons politiques et financières évidentes. Aussi, si l'ONU a organisé ses marchés publics, cette régulation relève avant tout d'une rationalisation bureaucratique, d'une recherche d'efficacité administrative, parfois très éloignée de la bonne gouvernance, de la transparence et de la lutte anti-corruption. A l'inverse, la Banque Mondiale, organisation qui ne dispose pas de propres marchés publics mais finance des marchés par l'intermédiaire des Etats à qui elle prête, a fait de la lutte anti-corruption son cheval de bataille.

3. Les marchés publics financés par la Banque Mondiale

La Banque Mondiale est de loin le premier bailleur international avec 22 milliards de dollars investis en 2005 dans 1400 projets de développement. Elle n'est pourtant pas la seule à construire un droit international des marchés publics, et la jurisprudence du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (Cirdi), les travaux de la Cnudci onusienne, les tables rondes de l'OCDE ou l'accord Marchés Publics de l'OMC sont autant de sources hétérodoxes de construction d'une *soft law* sur la question.

a) Les projets de la Banque Mondiale

La Banque occupe dans cette galaxie une place particulière de par sa grande indépendance vis-à-vis des Etats. Son attitude envers les marchés publics est moins guidée par une volonté d'harmonisation juridique que par la crainte de voir son argent mal utilisé voire carrément détourné. En effet, la Banque se consacre quasiment exclusivement au financement de projets dans les pays du Sud, là où la pauvreté (et la corruption) est la plus grande. Afin d'atteindre ses objectifs, la Banque peut imposer des règles standards de passation de marchés publics lorsqu'elle estime que les règles nationales ne sont pas une garantie suffisante du bon déroulement du projet financé, où lorsque ces règles n'existent pas. Les contrats de financement de la Banque Mondiale sont conclus avec l'Etat bénéficiaire du financement qui passe ensuite des sous-contrats avec les opérateurs économiques nécessaires au projet. Si toutes les parties prenantes du projet doivent respecter les clauses de passation et d'exécution fixées par la Banque, celle-ci ne signe en aucun cas de contrat direct avec un opérateur économique privé. De plus, la Banque se réserve le droit d'annuler tout ou partie du financement lorsqu'elle estime que la passation d'un marché a été entachée d'une méconnaissance des règles de la Banque (*misprocurement*).

Les marchés publics de la Banque Mondiale sont en effet divisés en deux groupes régis chacun par une directive : les biens, travaux, et simples services sont régis par la Directive Rouge (Directive

Marchés) tandis que les services de prestation intellectuelle sont soumis à la Directive Verte (Directive Consultants). Chaque directive prévoit différents modes de passation, de publicité et de mise en concurrence.

b) La Directive Rouge

Il existe cinq modes de passation de marchés de biens, de travaux et de services simples dont un principal : l'appel d'offres international (*international competitive bidding*). La Banque fixe le seuil d'application de cette procédure en fonction du pays emprunteur. Celui-ci doit soumettre à la Banque un projet d'avis général de passation des marchés publié sur les sites Internet *United Nations Development Business* et *Development Gateway Market*. Après cette étape d'annonce, les avis spécifiques d'appel d'offres doivent être publiés au moins dans un journal à diffusion nationale du pays emprunteur (ainsi que sur les sites Internet cités). Les candidats disposent ensuite de six semaines minimum pour une compétition internationale et de douze semaines maximum pour faire leurs offres.

Cette procédure n'est pas forcément la plus efficace. L'appel d'offres international restreint (*international limited competitive bidding*) lui est ainsi parfois préféré dans les cas de circonstances exceptionnelles (projet d'urgence par exemple) où un faible nombre de candidats capables de réaliser le projet se présentent. Dans cette configuration, la procédure de publicité est remplacée par une invitation directe des candidats potentiels lancée par le pays emprunteur.

Mais l'expérience montre que la procédure finalement la plus utilisée est l'appel d'offres national (*national competitive bidding*) qui consiste à utiliser les règles de passation du pays emprunteur pour les marchés où la ne se présente pas de compétition internationale du fait de la nature ou de la (faible) importance du marché. La Banque exige toutefois le respect d'un certain nombre de critères a minima. Dans ce schéma, la publicité peut ainsi rester nationale (journal ou site Internet) bien que l'appel d'offres soit théoriquement ouvert aux opérateurs étrangers.

Enfin, la procédure la moins formelle est certainement la procédure de consultation des fournisseurs (shopping) qui s'apparente à la procédure onusienne de *Request for quotation* évoquée précédemment. Il s'agit d'inviter directement plusieurs sociétés locales ou internationales, au minimum trois, afin de recueillir leurs offres financières. Elle n'est utilisée que pour les marchés sous le seuil de 100 000 dollars.

Finalement, lorsque la compétition est impossible ou pas souhaitable, la Directive Rouge autorise l'emprunteur à passer commande directement auprès d'un opérateur économique particulier ; c'est le marché gré à gré (*direct contracting*).

Si, dans tous ces modes de passation, le marché est attribué à l'offre globalement la moins-disante, des facteurs non financiers peuvent être considérés : délais de paiement, temps de livraison, coût d'utilisation, durée de vie, assistance technique, compatibilité technique, respect de l'environnement... Mais le facteur non financier le plus central est la préférence nationale. La Directive Rouge autorise en effet le pays emprunteur à réserver une marge de préférence aux offres nationales. Les offres financières sont ainsi classées en deux grands groupes (offres nationales ; offres étrangères). Si l'offre la moins-disante est une offre nationale, elle remporte directement le marché. Si, à contrario, l'offre la moins-disante est étrangère, elle subit un handicap de 15%, ce qui signifie que le prix proposé est artificiellement gonflé de 15%. Par ce système très avantageux pour les entreprises nationales, la Banque entend trouver un équilibre entre la compétition (et la transparence) internationale et le développement des économies nationales afin de participer comme il se doit à la réduction de la pauvreté de moitié en 2015 telle que prévue par les objectifs du millénaire de l'ONU.

c) *La Directive Verte*

La Directive Verte n'est appliquée qu'aux marchés de services où l'activité physique est minime. La Banque considère la compétition restreinte entre entreprises ou individus préalablement qualifiés, comme la meilleure méthode de sélection. La Directive Verte en a prévu deux modalités.

La Banque réserve exceptionnellement des offres aux entreprises unipersonnelles dans des cas limités de situations d'urgence par exemple. Les offres unipersonnelles sont régies par les procédures de gré à gré (pas de publication préalable de l'offre, sélection comparative théorique) et non par les procédures transparentes traditionnelles, ce qui crée des potentialités de corruption.

La procédure traditionnelle commence par un appel à expression d'intérêt (AEI) dans lequel le pays emprunteur soumet à la Banque un projet d'avis général de passation publié par la Banque, après acceptation bien entendu, sur les deux sites Internet *United Nations Development Business* et *Development Gateway Market* afin de susciter des candidatures. La Banque procède ensuite de manière unilatérale et secrète à une présélection de candidats (six généralement) qui aboutira au choix de la meilleure offre.

La meilleure offre est, dans la culture de la banque, celle qui présente le meilleur rapport qualité-prix (*quality and cost based selection*). Cette méthode privilégie l'évaluation de l'offre technique puis, de manière séparée, celle de l'offre financière. Les candidats sont informés à la fois des critères de sélection, de leur pondération, et du classement. Il est d'usage de consacrer 20% des points à l'offre financière et 80% à l'offre technique, preuve que la Banque ne prend pas à la légère son rôle de développement des économies du Sud. La Banque utilise même parfois une méthode entièrement basée sur la qualité (*quality based selection*) dans laquelle les consultants présentent uniquement

leurs offres techniques sans indication de prix. Après une évaluation suivant les mêmes principes que la *Quality and Cost Based Selection*, l'offre financière du candidat retenu est examinée.

A faire le bilan du fonctionnement des marchés publics financés par la Banque Mondiale, il en ressort une grande efficacité. De par ses moyens financiers considérable, la Banque est en mesure d'imposer ses propres règles de fonctionnement, et de les faire suivre, sous peine, pour l'emprunteur, de se voir retirer le projet puis d'être mis sur sa liste noire, perte financière phénoménale pour un pays du Sud. Mais ces précautions n'ont pas empêché la corruption de prospérer, et la Banque de réagir.

d) *Facteurs corruptogènes et lutte contre la corruption*

Les pratiques de la Banque mondiale semblent, *a priori* infirmer les hypothèses libérales de Rose-Ackerman. Les situations de guerre, d'urgence humanitaire, de rareté des soumissionnaires pour certains marchés, etc., spécificités propres aux pays du Sud obligent en effet la Banque à limiter le nombre de soumissionnaires dans la plupart des cas : intégralement en ce qui concerne la Directive Verte, et par le biais des procédures d'appel d'offres international restreint, de consultation des fournisseurs et du marché de gré à gré pour la directive Rouge. Dans ces cas précis, le jeu de la concurrence doit être pondéré par un acteur tiers, la Banque, sensé incarner l'intérêt général. Si ces choix de passation sont le fruit de l'expérience de la Banque, et constituent à cet égard un compromis entre probité et efficacité (les objectifs de développement de la Banque priment parfois sur les exigences de probité des soumissionnaires), ils n'en restent pas moins porteurs de corruption, notamment dans les procédures gré à gré où la latitude d'action de l'emprunteur représente une niche de corruption importante.

Afin de lutter efficacement contre la corruption des projets financés, la Banque, sous l'impulsion de son président incorruptible James Wolfensohn, avait d'abord créé (1998) un Comité de sanction. Si les preuves étaient raisonnablement suffisantes ou si leurs auteurs présumés reconnaissaient les faits délictueux, le Comité pouvait prendre les sanctions qu'il jugeait appropriées, sanctions allant jusqu'à l'exclusion définitive des financements de la Banque (décision devant être avalisée par le président).

Mais, comme le détail de l'organisation de la passation des marchés l'a fait apparaître, le comité de sanction passait sur deux éléments fortement corruptogènes. D'abord, le Comité ne pouvait sanctionner que des faits dont il avait eu connaissance, et ses pouvoirs d'enquête étaient faibles, pour ne pas dire inexistantes. Ensuite, en se concentrant sur les soumissionnaires, le Comité abandonnait intégralement la question de la corruption des fonctionnaires de cette prestigieuse institution.

Aussi, est créé en 2001 un département Intégrité (INT), département d'enquête entièrement autonome et dépendant du président de la Banque. Le département Intégrité a des pouvoirs d'enquêtes élargis (aux fonctionnaires internes, mais aussi quantitativement par un meilleur accès aux dossiers qui doivent être mis à sa disposition par toutes les parties prenantes d'un projet Banque Mondiale), et constitue désormais la police de la Banque. Le Comité de Sanction, scindé en deux en 2002, est désormais le véritable tribunal de la Banque disposant d'une chambre ordinaire et d'une chambre d'instance. L'officier évaluateur, premier échelon examine désormais les cas soumis par le département Intégrité et est en mesure, si l'infraction lui paraît constituée, de prendre une décision de sanction allant jusqu'à l'exclusion définitive s'il n'y a pas d'appel pour l'exclusion temporaire. Si appel il y a, le cas est transmis au *Sanction Board* qui inclut désormais une majorité de personnalités extérieures (quatre sur sept) afin d'assurer désormais un procès équitable aux personnes incriminées ; la Banque était en effet accusée, à raison, d'être à la fois juge et partie avant cette réforme. A la date du 1^{er} décembre 2005, cette procédure avait amené à l'exclusion temporaire ou définitive de plus de 330 entreprises ou individus représentant 63 affaires portées devant le Comité de sanction⁵².

Ces chiffres importants n'attestent cependant pas d'une mauvaise gestion des fraudes par la Banque, bien au contraire. Comme il a été dit précédemment, les spécificités d'un financement de grande ampleur dans des pays instables et souvent très corrompus impliquent un certain nombre d'aménagements afin de remplir au mieux la double obligation de probité et de développement. Etant donné ce double objectif, les procédures, parfois corruptogènes, de la Banque apparaissent acceptables. Cette acceptabilité est d'autant plus importante que la Banque dispose des meilleurs pouvoirs d'enquête, de contrôle et de sanction des fraudeurs du fait de la manne financière qu'elle représente. Alors que toute enquête interétatique pose un problème certain de souveraineté, les enquêtes de la Banque se déroulent, en comparaison, avec une étonnante facilité. Il faut dire que quiconque refuserait de communiquer les informations demandées s'exposerait à la sanction terrestre la plus lourde : la perte de richesse. Cette qualité du processus judiciaire de la Banque Mondiale a pu, par le passé, poser des problèmes éthiques (quid de l'impartialité lorsqu'un acteur est juge et partie) aujourd'hui heureusement résolus.



En conclusion, les problèmes posés par les marchés internationaux (environnement instable et différent, contrôles et sanctions difficiles à appliquer) appellent des réponses à géométrie variable susceptibles de s'adapter au cas par cas. Or, dans cette configuration, le système mis en place par la Banque Mondiale - du fait, bien évidemment, de sa capacité d'influence - se révèle d'une grande

⁵² Chiffres donnés par Apelbaum R., "Les contrats conclus dans le cadre des opérations financées par la Banque Mondiale", *Revue Contrats Publics*, n°51, janvier 2006, p.41-50. Voir également, sur la Banque Mondiale, l'article de Verdeaux J.-J., "La lutte contre la corruption dans les marchés financés par la Banque Mondiale", *Revue Contrats Publics*, n°51, janvier 2006 p. 50-55.

efficacité.

C'est d'ailleurs ce mode de fonctionnement qui a inspiré la création d'un outil hybride destiné à mettre à jour les pratiques frauduleuses par une étude de leur environnement immédiat, et non plus dans le cadre de la passation même du marché.



III – UN DÉFI PERMANENT : L'IMPOSSIBLE CONTRÔLE EXHAUSTIF

Cette dernière partie a pour but de s'attaquer à la partie immergée de l'iceberg, puisqu'elle cherche à appréhender la corruption (et ses solutions) dans ses ramifications extra-procédurales. Mais pour cela, il faut avant tout comprendre les acteurs et les enjeux en présence (A) afin d'évaluer la nature des risques (B) et d'envisager de possibles réponses (C).

A. Le parasitisme mafieux

1. Piratage de la commande publique et prédation de l'Etat

Lorsque la grande corruption épouse les contours du triangle champ politique - puissance criminelle - vecteurs administratifs (fonctionnaires) et entrepreneurial (soumissionnaires), il se produit ce que les criminologues nomment un phénomène de piratage de la commande publique. Le piratage peut être défini dans ce sens comme "l'acquisition de manière frauduleuse, de façon directe ou indirecte, par l'usage de la violence ou de la corruption, de la gestion ou du contrôle d'un marché public ou d'une délégation de service public par une association de malfaiteurs"⁵³. Cette définition inspirée par le délit italien d'association de crime mafieux ne doit pas être confondue avec la notion de trucage des appels d'offres, notion large signifiant le non respect des règles en vigueur lors d'un appel d'offres. Le trucage peut inclure la corruption classique, ou une autre violation procédurale sans qu'il y ait forcément prise de contrôle du marché par un groupe criminel, c'est-à-dire piratage.

Le piratage est caractéristique des systèmes mafieux, du moins des systèmes criminels orientés vers la prédation de l'Etat. Si l'Italie ou les Etats-Unis fournissent à cet égard des idéaux-types, la France n'est pas pour autant privée de systèmes criminels prédateurs de deniers publics. En France, certes, l'organisation interne du milieu est moins développée que dans les mafias classiques mais le crime organisé français du Sud de la France et de la Corse présente toutefois des propriétés mafieuses: collusion avec les hommes politiques, utilisation de la violence et prédation de l'Etat. M. Hope propose à cet égard le concept de parasitisme mafieux pour caractériser la relation de la mafia au

⁵³ Hope H., *Le piratage des marchés publics par le crime organisé*, Mémoire de 3^{ème} cycle Analyse des menaces criminelles contemporaines, Institut de Criminologie, Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, juin 2005, p. 28.

système politique. Le parasitisme est une relation symbiotique dont le parasite tire profit aux dépens de l'hôte. C'est un type particulier de prédation puisqu'il n'a pas pour but de tuer l'hôte mais de s'en servir pour vivre. Dans le parasitisme mafieux, le criminel va vivre aux dépens des autres entités (champ politique et vecteurs) bien que la relation symbiotique soit absente de cette modalité là, du fait de l'usage de la violence opérée par la mafia. "Même si toutes les parties peuvent trouver un intérêt mutuel lors d'un piratage de marché public, celui-ci sera, au sens de la loi, contraire aux intérêts du soumissionnaire, de l'agent public et de l'homme politique car porteur de condamnations pénales"⁵⁴.

2. La mafia comme entrepreneur violent de biens légaux

Le concept de parasitisme mafieux brise effectivement l'a priori erroné de la mafia comme entrepreneur de biens illégaux. La mafia ne poursuit pas, comme le distingue Weber une activité économique mais une activité à orientation économique, c'est-à-dire une activité dans laquelle entrent des facteurs économiques. La mafia est donc de plus en plus, et indéniablement dans le cadre du piratage des marchés publics, *un entrepreneur violent de biens légaux*. Cet entrepreneur, bien que pratiquant des activités à orientation économique, présente cependant les caractéristiques schumpétériennes d'innovation, de rationalité et d'agressivité. La destruction créatrice mafieuse passe ainsi par la transposition des méthodes criminelles dans le monde du travail et de l'économie libérale. Les entreprises légales de la mafia tendent alors au monopole grâce à quatre importants avantages concurrentiels : de fortes disponibilités financières à coût nul pour investir ; le découragement de la concurrence par l'usage de la menace et de la violence ; un salariat productif, docile et peu cher ; et des clients privés ou publics captifs (par intérêt ou par peur)⁵⁵. Dans ces conditions, la fraude est difficile à détecter car elle se déroule à la fois en amont et en aval, c'est-à-dire en dehors du principal processus de contrôle (la procédure de passation) permettant à la corruption de se développer sans souci.

B. Les méthodes de piratage de la commande publique

Il existe plusieurs méthodes de piratage de marchés publics. Chaque organisation, notamment en fonction de son ancrage géographique, présente ses spécificités.

S'il n'est pas endémique, le parasitisme mafieux existe toutefois en France. Les modalités des fraudes détectées par les services spécialisés (Impôts, SCPC; Ministère des Finances) peuvent ainsi être rapprochées des pratiques mafieuses identifiées par les criminologues.

Huit pratiques principales peuvent être isolées par recoupement, chacune possédant ses

⁵⁴ Hope H., *Le piratage des marchés publics par le crime organisé*, Mémoire de 3^{ème} cycle Analyse des menaces criminelles contemporaines, Institut de Criminologie, Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, juin 2005, p. 27.

⁵⁵ Voir notamment Arlacchi P., *Mafia et compagnies*, Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 1986, 240 p. et Gayraud J.-F., *Le monde des mafias (géopolitique du crime organisé)*, Paris : Odile Jacob, 2005, 444 p.

caractéristiques propres et étant mobilisables seules ou en combinaison avec d'autres⁵⁶. Ces huit pratiques peuvent être divisées en deux catégories : les pratiques afférentes (généralement en amont du processus d'appel d'offres) et celles concernant l'exécution des travaux. Si la mafia fait toujours usage de l'avantage concurrentiel de la *captivité* des clients (avantage n°4) dans ses pratiques frauduleuses, chacune de ces deux catégories mobilise des avantages concurrentiels distincts.

1. Les pratiques frauduleuses afférentes à l'exécution du marché

Les pratiques frauduleuses afférentes à l'exécution des marchés vont surtout se réaliser grâce aux fortes capacités d'investissement, au découragement de la concurrence et à un cinquième avantage concurrentiel qui est la capacité d'accès à des circuits illégaux de toutes natures et de tous niveaux. Six profils de piratage ont été ici.

a) Kidnapper le projet

Pour kidnapper un projet, un groupe criminel s'entend en amont du processus d'appel d'offres avec un homme politique capable de contrôler directement ou indirectement un marché public. La jurisprudence de la Cour de cassation fait ainsi état de l'implication récurrente des élus présidents de commissions d'appel d'offres dans des fraudes aux marchés publics (contrôle direct). Certes le lien de ces élus fraudeurs avec le *Milieu* n'est pas souvent avéré et il faut bien reconnaître que les cas étudiés révèlent le plus souvent des ententes familiales (favoritisme). Toutefois, absence de preuve légale ne signifie pas absence d'existence. Les pratiques mafieuses de kidnapping de projet et de piratage indirect sont quasiment indétectables par les organes de contrôle et d'enquête traditionnels. Le kidnapping de projet peut même, dans sa version la plus aboutie, aller jusqu'à créer de toutes pièces un besoin fictif et lancer un appel d'offres piraté ensuite. En échange d'une commission versée au préalable, un marché fictif est créé de toute pièce. C'est ce marché qui donne une crédibilité juridique derrière laquelle se camoufle la fraude. C'est ainsi qu'en Italie, plusieurs dizaines d'hôpitaux fictifs ont poussé comme des champignons, dont une bonne partie en Sicile. D'après les criminologues et les intéressés (criminels), le kidnapping de projet est le mode de piratage le plus efficace, et par conséquent, le plus répandu.

b) L'entente anticoncurrentielle garantie

Cette pratique consiste à s'entendre entre différents soumissionnaires au moment du lancement de l'appel d'offres. Les concurrents choisissent eux-mêmes l'entreprise qui remportera le marché et alignent leurs prestations en conséquence, afin de la faire gagner. En échange le gagnant reverse aux perdants une partie du gain. L'intrusion de la mafia peut être double. Soit, en tant qu'observateur participant, elle s'assure que son entreprise sera choisie et que le pacte sera respecté ; soit, se met en place une fausse concurrence mafieuse mais cela est plus rare (surtout en France). Le groupe

⁵⁶ Sur les méthodes mafieuses, voir Chin K.-L., *Organized crime business and politics in Taiwan*, Sharpe, 2003, 268 p. Les sources utilisées pour identifier les méthodes des montages frauduleux sont confidentielles.

criminel détient plusieurs filiales soumissionnaires, et s'assure simplement qu'aucun concurrent loyal ne vienne entraver l'entente anti-concurrentielle. Il peut alors gonfler artificiellement la prestation. Le montage peut également être organisé par l'agent public lui-même. Celui-ci procède alors à un appel d'offres exagérément bas auquel aucun soumissionnaire ne peut répondre. L'opération est annulée. L'agent public recourt alors à une procédure négociée, sans publicité ni mise en concurrence, et choisit une entreprise complice qui surfacturera afin de couvrir ses besoins et les *frais d'agent*.

Quoi qu'il en soit, l'entente anticoncurrentielle, parce qu'elle conduit à surfacturer fortement l'opération pour payer les commissions et les soumissionnaires perdants, nécessite la mise en place d'un système important de manipulations comptables.

c) *Le fractionnement d'opérations*

Comme pour l'entente anticoncurrentielle, le fractionnement d'opérations est une entente qui peut, être initiée par l'agent public et (plus généralement) par des groupes criminels. L'opération consiste simplement à fractionner un marché afin que chaque partie reste en dessous du seuil des procédures formalisées. L'agent public aura alors recours à des procédures négociées pour choisir l'entreprise criminelle qui procédera très classiquement à une surfacturation sur laquelle elle paiera la commission de l'agent et fera sa marge bénéficiaire. C'est ainsi que la pelouse du stade d'une grande équipe (française) de football a fait l'objet de quatre marchés : préparation du terrain, achat et plantation du gazon, écoulement des eaux et électricité ; l'organisation scientifique du travail a parfois du bon.

d) *La perturbation criminelle du processus d'attribution*

La perturbation du processus d'attribution consiste, pour un groupe criminel, à se faire attribuer un marché et le faire *boguer* par différents moyens. Ce *bug* peut prendre la forme, par exemple, d'un chantage à l'obtention du marché. D'abord, la société contrôlée par le groupe criminel n'apporte pas les garanties financières suffisantes afin de faire annuler le marché. Elle oblige ensuite les nouveaux soumissionnaires légaux à payer la mafia s'ils ne veulent pas voir le processus perturbé de nouveau, par le groupe mafieux qui apporterait, cette fois-ci, les garanties financières demandées. Le *bug* peut également être une bombe à retardement juridique. Le groupe criminel se débrouille alors pour inclure dans le contrat une suite d'obligations irréalisables qui éclatera à la fin du contrat et servira de base à l'indemnisation de l'entreprise criminelle.

e) *Les études*

Tout type d'étude technique ou de marché, présente un niveau de risque élevé du fait de la difficulté d'évaluation et de mesure de la prestation. La qualité des intervenants (scientifique étranger par exemple), la durée de l'étude, la valeur des prestations extérieures sont impossibles à mesurer de manière précise. De manière plus générale, toutes les prestations intellectuelles sont sujettes à

fraudes. Il existe, grosso modo, deux types d'études qui renvoient à deux niveaux de fraude : le niveau familial et le niveau criminel. Les cas les plus courants de fraudes sur études sont au nombre de deux. La fausse étude familiale, d'abord, permet de défrayer un proche. Sa documentation est inexistante et repose généralement sur des plagiat ou paiement de travaux universitaires francophones. Les thèses canadiennes, lorsque ce n'est pas directement l'étudiant, sont particulièrement employées par les fraudeurs. Vient ensuite l'étude directive réalisée par des bureaux d'études liés à des groupes criminels. L'étude réalisée est ainsi orientée vers certains types de prestations réalisables par un nombre restreint d'entreprises dont une au moins sera liée au groupe.

f) Les risques liés à la dématérialisation

Il convient de signaler, enfin, les risques résultant de l'informatisation de la commande publique. Le code des marchés publics de 2004 a rendu obligatoire la possibilité de dématérialisation des procédures (article 56). Il fait donc obligation aux personnes publiques d'accepter la réception des offres transmises par voie électronique pour les procédures formalisées situées au dessus du seuil de 230 000 euros. Or, le crime organisé est très présent dans le piratage informatique. Selon Europol, 60% des attaques informatiques lourdes proviennent du crime organisé⁵⁷. La corruption n'est alors plus nécessaire puisqu'il suffit de recruter un bon informaticien prêt à mener une opération illégale contre rétribution. Que ce soit par intrusion ou par espionnage⁵⁸, l'accès aux données de la personne publique permet toutes les fraudes imaginables. La plus courante consiste simplement en la modification des données des concurrents qui se retrouvent alors disqualifiés automatiquement. La dématérialisation est problématique dans la mesure où les groupes criminels ont la possibilité de mobiliser des réseaux criminels en tous genres, dont ceux, en l'occurrence, de la cybercriminalité (cinquième avantage concurrentiel).

2. Les pratiques frauduleuses liées à l'exécution des travaux

Les fraudes lors de l'exécution des travaux incarnent le mieux la conception de la mafia comme porteuse d'activité à orientation économique au sens wébérien du terme, c'est-à-dire celles dans lesquelles les méthodes mafieuses traditionnelles vont être mobilisées. C'est à ce niveau que le troisième avantage concurrentiel isolé par Arlacchi - l'utilisation d'un salariat peu cher, et docile - va se révéler décisif comme le montreront les troisièmes et quatrièmes types de piratage dans l'exécution des travaux présentés ici.

a) Le vol du marché

Dans ce cadre, un groupe criminel propose une offre assez basse pour remporter le marché. Ce

⁵⁷ Hope H., *Le piratage des marchés publics par le crime organisé*, Mémoire de 3^{ème} cycle Analyse des menaces criminelles contemporaines, Institut de Criminologie, Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, juin 2005, p. 91.

⁵⁸ Certains services font état de piratage du champ électromagnétique du moniteur ou des signaux acoustiques du clavier (les sniffers de clavier) grâce auxquels on peut reconstituer des documents entiers de la personne publique. Plus simplement, les espionnages d'ordinateurs situés face à des fenêtres sont plus fréquents.

dernier ne sera pas alors exécuté dans le respect du cahier des charges (opérations non réalisées, délais non respectés, matériaux de mauvaise qualité). Cette pratique est très développée dans le BTP où il est facile de frauder sur la qualité des matériaux utilisés. La qualité du ciment, et notamment la quantité de sable dans le mélange, sont des cas fameux de fraude (surfacturation et escroquerie). Afin d'empêcher la découverte de l'infraction, le groupe criminel assure - généralement par corruption et plus rarement par l'intimidation - le contrôle des inspecteurs de travaux. L'intérêt de cette pratique est bien évidemment son faible coût de couverture. S'assurer les services de la personne en charge du contrôle des travaux est bien moins coûteux que la rétribution des perdants dans une entente anticoncurrentielle. Le risque d'être pris, parce qu'il repose sur un tiers est cependant plus élevé que dans les piratages en amont du processus d'appel d'offres

b) L'augmentation fortuite des coûts

Les coûts peuvent être augmentés en cours de contrat à cause de la découverte de problèmes imprévus (et au moins en partie fictifs). L'entreprise criminelle va alors rogner sur ses prestations grâce à la complicité du contrôleur voire parfois de la personne publique. Ainsi, les prestations seront de mauvaise qualité ou de moindre quantité.

c) Le travail clandestin

Le secteur de la construction est ici particulièrement concerné. Les pratiques frauduleuses actuelles utilisent des processus relativement complexes basés sur l'utilisation de la main d'œuvre issue des nombreuses mini-entreprises activées ponctuellement par les diasporas dont elles sont issues. Ces nids de travailleurs clandestins proposent leurs services aux particuliers et aux professionnels, dans le bâtiment, l'agriculture ou toute autre activité à forte main d'œuvre. Le montage opéré est le suivant : une société-écran est créée en France ainsi qu'une filiale en charge du personnel dans un pays frontalier (la Belgique souvent). Un gérant de fait assure la gestion de la filiale généralement sous une fausse identité. La filiale est représentée par un chef de chantier rémunéré au noir, et qui a sous sa charge les travailleurs clandestins. Parfois quelques employés du chantier sont déclarés mais pas systématiquement. La prestation est évidemment réalisée à un coût largement inférieur au montant contracté et la société est ensuite dissoute. En cas de problème ou de contrôle sur le chantier, la filiale (étrangère) n'est pas tenue de répondre ou de régulariser la situation et en cas de problème sérieux, la société est dissoute bien avant qu'un quelconque contrôle sur le territoire étranger ait pu être effectué. Ici encore, la capacité du crime organisé à utiliser ses autres réseaux illégaux (travailleurs clandestins, faux papiers, circuits complexes de blanchiment) constitue un avantage de choix. Le travail clandestin est largement utilisé dans le cadre du piratage indirect

d) Le piratage indirect

Ultime raffinement de son action qui se caractérise par sa quasi-disparition, le piratage indirect consiste à démarcher et à pressurer les entreprises qui ont obtenu légalement l'exécution d'un

marché. Il existe deux modalités principales de piratage indirect.

L'entrepreneur peut, d'une part, être forcé de choisir des sous-traitants mafieux, détenus par la mafia, ou eux-mêmes rackettés par le groupe criminel. Ainsi, l'entreprise ne pourra choisir son fournisseur de ciment, de main d'œuvre ou d'engins de chantier. Cette méthode est largement utilisée par les mafias italiennes, notamment en Sicile (Cosa Nostra) et dans la région napolitaine (Camorra).

La seconde modalité consiste, d'autre part, à ordonner aux entreprises l'embauche de personnels qui ne viendront pas. Le contrôle des syndicats par la mafia qui permet de mettre en place ce système d'emploi fictif est très répandu aux Etats-Unis et à New York en particulier.

3. Les moyens mobilisés pour le piratage des marchés

S'il n'y a pas été fait référence explicitement, la criminalité organisée dispose de trois moyens graduels de pression : la corruption, le racket, les menaces, et pour assurer le tout, le silence.

a) La corruption

C'est l'outil le plus utilisé puisqu'il présente un intérêt pour les deux parties prenantes du pacte de corruption. La corruption permet d'abord d'avoir accès aux opportunités économiques et d'enranger de l'argent, et ensuite de se protéger contre les enquêtes, d'influencer les décisions judiciaires et d'éloigner les témoins.

b) Le racket

C'est le véritable moyen de prédation des sociétés mafieuses. Le racket de première catégorie est sans contrepartie. C'est, par exemple, le *pizzo* que les commerçants de Palerme doivent payer à Cosa Nostra. Le racket de deuxième catégorie est le racket de protection ou d'extorsion (d'une prestation de service par exemple) portant encore sur des personnes de droit privé. Enfin, la troisième catégorie est l'extension du racket de protection/extorsion à des activités publiques. Cette méthode est largement utilisée dans le piratage indirect des marchés publics.

c) Les menaces

Ceux qui refusent de se laisser corrompre ou racketter sont ensuite avertis et, tout le monde le sait, un homme averti par Cosa Nostra en vaut deux.

d) L'omerta

Les menaces s'accompagnent toujours de la loi du silence guidée par la peur. C'est ainsi que les meurtres perpétrés par les groupes mafieux dans le cadre d'avertissement non respectés sont généralement commis en public ; la diffusion en est plus rapide.

Le piratage des marchés publics - impossible à déceler (ou presque) au moment de la passation même du marché étudiée dans la partie précédente - s'opère donc en amont et en aval de la passation au moyen de la corruption, du racket et de la menace susceptible d'être mise à exécution sans ambages et sans restrictions (grâce à la loi du silence). Il n'est donc pas possible de se contenter d'aménagements du Code des marchés publics pour lutter contre une corruption qui se raffine, se dématérialise et se fond dans le décor de la légalité. La méthode privilégiée ici revient à détourner certaines procédures d'audit privé au profit d'une application dans le cadre des marchés publics.

C. Eléments de réponse : l'audit de la commande publique

Les possibilités de fraude en dehors de la passation sont nombreuses et il n'est pas possible d'y remédier point par point. Les procédures d'audit ont été détournées de leur objet initial afin de créer un outil adapté à la lutte extra-procédurale contre la corruption dans la commande publique. Ces procédures, au nombre de six, ont été regroupées en trois catégories. La première catégorie regroupe les fraudes en amont de la passation (III-B1a,b et c). La seconde catégorie s'attache à étudier la pratique afférente (en amont de la passation ou durant) particulière des études (III-B1e). La dernière catégorie, enfin, englobe les diverses modalités de fraudes au moment de l'exécution des travaux (III-B2).

L'outil sera présenté dans une version sommaire, pour des raisons de confidentialité et d'efficacité évidentes.

1. Les fraudes en amont de la passation

Ce propos s'intéresse aux fraudes en amont de la passation afin d'apporter des audits de réponse aux pratiques déviantes du kidnapping de projet, des ententes anti-concurrentielles, de la création de faux besoin ou du fractionnement d'opérations

a) Contre le kidnapping de projet : l'analyse du besoin

La première question à se poser est celle de la nécessité du besoin. L'initiateur du besoin est un indicateur de fraudes possibles. Dans le cas où l'initiateur est un élu et pas un service technique, il faut s'interroger sur l'impartialité d'une personne normalement techniquement non apte à prendre une décision de la sorte. Il peut en effet être avéré que l'élu est le représentant direct ou indirect d'une profession, d'une entreprise, d'un groupe, qui a intérêt à voir un projet particulier se réaliser.

L'initiation d'un besoin par un service technique ne signifie pas autant l'impossibilité de la fraude. Des cas d'intéressement d'employés des services techniques aux projets initiés peuvent se présenter.

Une commande publique peut également résulter – et le cas se présente souvent – d'un bureau d'étude local. Il faut alors rechercher si n'interviennent pas dans le capital du bureau d'études des entités possiblement intéressées par le marché en question. D'autres précautions peuvent être également prises concernant le cas particulier des études (voir 2).

b) La lutte contre les ententes : contrôles de l'appel d'offre pratiqué et du soumissionnaire

La première phase de lutte contre la pratique des ententes consiste à recouper, par type de décision, les entreprises bénéficiaires des marchés publics d'une collectivité. Il s'agit principalement d'auditer les appels d'offres ouverts, les appels d'offres restreints et les procédures négociées. L'expérience des membres du service sur la question montre que la libre concurrence n'élimine pas pour autant la corruption, contrairement aux hypothèses libérales de Rose-Ackerman.

Les appels d'offres ouverts peuvent être en effet corrompus par des ententes sur le soumissionnaire et/ou par la spécification du cahier des charges. Si les ententes lors des appels d'offres ouverts sont difficilement détectables, elles se trahissent souvent par des sous-traitances frauduleuses à des entreprises connues des services administratifs, policiers ou judiciaires. Il faut également concentrer la recherche sur le versement de commissions ou de toute prestation reçue par un demandeur non retenu et payé à l'étranger (paradis fiscal notamment).

Pour les appels d'offres restreints, la question de départ de l'auditeur doit être la suivante : quel est l'argument technique qui justifie l'utilisation de la procédure et quelle est sa validité ? Un certain nombre d'indices peuvent permettre de pousser plus en avant l'audit de la collectivité : récurrence des titulaires des marchés de la collectivité et récurrence du même bureau d'études dans la comptabilité de ces titulaires, degré de spécification du marché (s'il est trop important, le nombre de soumissionnaires capables d'y répondre est minime voire inexistant), apparition d'entreprises non présentes au tour précédent, etc.

Enfin, pour les procédures négociées sans appel à la concurrence il convient de rechercher chez le titulaire l'existence de liaisons avec un groupe ou un bureau d'études qui a généré le besoin, l'éparpillement des contrats de maîtrise d'oeuvre et de travaux, les entreprises sous-traitantes, etc.

Afin de contrer les ententes entre soumissionnaires et/ou entre soumissionnaires et responsables de marché, l'audit du titulaire du marché doit se dérouler en trois temps : l'étude des caractéristiques du titulaire, l'analyse de l'opération (marché), et l'étude des support de montages corrupteurs.

Concernant les caractéristiques du titulaire, on procède d'abord à une vérification de base : nom et adresse de la société, numéro de registre du commerce, nom et adresse du dirigeant, recoupement de possibles participations de cette société dans d'autres sociétés (notamment celles dans les listings de la collectivité territoriale qui procède à l'appel d'offre). Vient ensuite le contrôle de l'historique de la société qu'il convient de recouper avec l'historique des marchés de la collectivité : date de création de l'entreprise (à recouper avec date d'obtention du marché), augmentation de capital (à recouper avec les seuils inscrits dans les informations techniques fournies par la collectivité), rachat par d'autres entreprises et identité des détenteurs d'action, etc.

On procède dans un deuxième temps à l'analyse de l'opération. Elle consiste en un audit comptable du compte vente/clients, du compte achat/fournisseur, de la comptabilité analytique et des stocks, et de la participation de tiers à la réalisation du service. A titre d'exemple, pour le compte vente/clients, il faut passer en revue les balances et analyser des comptes afin d'identifier les libellés imprécis ou présentant une anomalie, de rapprocher les débits clients du journal de ventes, de rapprocher les paiements des avis bancaires, d'identifier les clients réglant plus rapidement ou plus lentement que les autres et d'en identifier la raison, etc.

La dernière étape, probablement la plus originale, consiste à se pencher sur certains éléments d'audits particulièrement révélateurs de montages destinés à camoufler un pacte de corruption. Au niveau de l'achat et stock, on recherche par exemple, les fausses factures ou faux bons de livraison en contrôlant l'inventaire des factures. Mais c'est surtout sur la comptabilité indirecte, où les montages corrupteurs sont les plus discrets, que doit porter l'audit. A cet égard, la mise à disposition, la location ou le prêt de biens immobiliers – en particulier locaux et caves – est un indice précieux. Il arrive fréquemment que des travaux d'entretien, des frais de chauffage ou d'électricité d'un local mis à disposition camouflent le versement d'une commission occulte. Dans la même optique, une attention particulière doit être portée aux frais publicitaires et aux frais de mission (cadeaux). On procède ainsi à l'analyse de la régie publicitaire, sa localisation, l'existence de courriers ou d'intermédiaires, etc.

2. La pratique afférente des études

L'audit des études se déroule en deux temps : une analyse générale puis une analyse d'avantage microscopique.

a) L'analyse générale

Ce premier pas cherche à appréhender les grands ensembles susceptibles de mettre en lumière une ou plusieurs fausses études.

Le montant de l'étude est un indicateur important de possibles fraudes. Les études de faible montant

– et notamment celles commandées dans le cadre des marchés à procédure négociée – constituent une zone à risque particulièrement sensible. Les montants ne peuvent être divulgués ici.

Il s'agit par exemple d'observer les possibles anachronismes en recoupant les dates de l'étude avec, d'une part, les dates de délibération de la commission d'appel d'offres / personne et, d'autre part, la date de création de la société titulaire de l'étude. Il arrive ainsi que des études proviennent de sociétés inexistantes au début de l'étude.

La formalisation de l'étude est un deuxième indicateur facilement utilisable. De manière générale, plus la formalisation est importante, plus les pièces légales sont nécessaires et présentes et plus la réalité de l'étude est crédible. Il convient alors de s'interroger sur l'existence d'une lettre de cadrage de l'étude, sur le motif de rattachement à un programme/opération (si celle-ci est vague, il convient d'être soupçonneux), sur les modalités de paiement (les avances sont très rares, toute avance doit donc être considérée comme douteuse).

Cette première batterie d'indicateurs permet de mettre sur pied un profil d'études sensibles. Une fois la cible identifiée, le véritable travail d'enquête commence. Un point sera développé ici à titre d'exemple : les modalités de financement de l'étude.

b) L'analyse spécifique : l'exemple du financement des études

De la même manière, une étude spécifique commence par l'appréhension de données générales avant de s'attaquer aux spécificités de l'opération, mais le schéma n'est pas rigide – l'indice qui lancera les enquêteurs sur la piste est parfois un élément de l'analyse spécifique comme une commission versée.

L'analyse générale consiste ici à observer l'existence de disponibilités financières et/ou le recours à l'endettement. S'il y a endettement, on procède à l'examen des caractéristiques générales de l'endettement, à l'utilité et à la rationalité de l'opération d'endettement (la fraude peut se trouver à ce niveau là) et à l'observation de la concurrence (existe-t-il des bureaux qui n'auraient pas eu recours à l'endettement et quels sont-ils).

3. Les fraudes en aval de la passation

L'audit de l'aval de la passation porte principalement sur l'exécution des travaux et la conclusion d'avenants.

a) L'exécution des travaux

La première étape de l'audit d'exécution des travaux consiste à vérifier si l'achat de terrain, la

modification du Plan d'Occupation des Sols et l'édification de structures annexes ont été prévues dans le cahier des charges, comprises dans les évaluations et figurent dans les divers budgets, au moins primitifs. Ce contrôle permet de remonter à l'origine du cahier des charges afin d'y déceler une éventuelle modification susceptible de camoufler une fraude.

Les opérations de démolition préalable sont des opérations écran connues. On recherche alors, lorsque la démolition est une opération annexe caractérisée par une facturation propre, si le coût de l'opération de démolition n'est pas déjà compris dans le marché ordinaire.

Vient enfin la phase de contrôle des travaux à proprement parler. Le piratage des marchés publics par la criminalité organisée fait de la sous-traitance le maillon faible de la chaîne. Le contrôle porte alors sur la déclaration de la sous-traitance (1er rang), son effectivité ainsi que sur certains produits utilisés (comparaison du coût de revient et du coût déclaré et comparaison avec la concurrence).

b) L'exécution d'avenants

La majorité des fraudes en aval de la passation porte sur la conclusion d'avenants. L'audit des avenants se déroule sur le même mode que celui des études, c'est-à-dire du plus général au plus spécifique.

L'analyse générale va ainsi porter sur la recherche d'avenants dans les comptes d'investissement et leur rattachement au marché de référence (utilité, coût, présence dans le cahier des charges). L'auditeur contrôle surtout une cartographie de l'utilisation des avenants dans la collectivité auditée. Si les avenants sont récurrents, on isole les secteurs (BTP, informatique, etc.) et les entreprises bénéficiaires. Vient ensuite l'analyse de la nature de l'avenant. Etait-il nécessaire ? Qui sont les signataires ? Quelle est la spécificité de l'opération ? Quel était le degré d'urgence de la continuation de l'opération pour laquelle l'avenant a été conclu ? Autant de questions à se poser et dont les réponses peuvent être de précieux indices.



Il existe des possibilités de combattre le piratage des marchés publics – qui n'est lui-même que la neutralisation des précautions juridiques intervenant dans la procédure de passation. Certes, au jeu du chat et de la souris, la souris a toujours un temps d'avance et le voleur sur le policier. Pour être performant, les contrôleurs – quels qu'ils soient – doivent innover et surprendre les contrôlés qui arrivent à passer entre les mailles du filet. L'impossible éradication totale de la corruption ne doit pas en effet restreindre les ambitions et corroder la motivation des « contrôleurs » de marchés publics. Faire de l'audit de la commande publique à partir des méthodes entrepreneuriales est la possibilité de

réponse au piratage des marchés qui a été développée ici. Cette méthode n'est probablement pas la seule ; elle semble être toutefois une piste à pousser en avant.



CONCLUSION

La lutte contre la corruption dans le processus de passation de la commande publique est grandement fragilisée par un camouflage musclé de la fraude. Et les politiques et les mafieux vivent et font vivre de la corruption des marchés publics. Entre redistribution vers les organisations politiques et pratiques mafieuses, les deux allant souvent de paire, la corruption de la commande publique ne risque pas de disparaître de si tôt. Triste constat contre lequel ce travail a modestement essayé de s'élever.

Les « polyarchies de marché » souffrent bien plus du mal qu'on n'ose souvent le dire, et elles n'ont que peu à envier aux pays en développement. Les diverses niches corruptives révélées par les données jurisprudentielles le prouvent. Dans certains services, dans certaines collectivités, dans certains endroits, la corruption est une règle ancienne pouvant impliquer l'ensemble des acteurs concernés, du PDG au maire en passant par le travailleur immigré et l'énarque. Il arrive ainsi, en France, mais également en Espagne, en Italie, aux Etats-Unis, au Royaume-Uni et ailleurs, qu'un système frauduleux étendu, une corruption-marché, régisse la commande publique d'une collectivité pendant une décennie voire plusieurs et impliquent jusqu'à plusieurs dizaines (voire centaines) de parties prenantes au pacte de corruption. Outre la violation du système légal, le mésusage des deniers publics – et donc supposé de l'intérêt général – et mise en danger de vies humaines, la corruption dans la commande publique vicie l'air démocratique et alimente les flambées populistes d'une partie grandissante de l'opinion publique et du corps électoral. La corruption met donc en danger la santé des corps : des corps humains lorsque les normes antisismiques ne sont pas respectées, mais également des corps constitués.

A y regarder de plus près, le mode de financement des partis politiques français – mais le constat est transposable à d'autres expériences nationales – joue pour beaucoup dans les détournements des fonds des marchés publics. Il faut dire, au risque de se répéter, que la disparition des partis de masse consécutive de l'entrée dans une ère post-industrielle / post-matérialiste rend quasiment impossible le financement d'une vie publique dont le coût a littéralement explosé avec l'apparition des nouveaux médias (télévision et radio). Dans ces conditions, interdire aux personnes morales de donner aux partis politiques, c'est appliquer la tactique de l'autruche plutôt que regarder la réalité en face. Certes, le don des personnes morales ne stoppera pas pour autant le détournement politique du produit de la corruption dans la commande publique tant il s'agit de repenser l'organisation financière de la vie de

la Cité.

Mais ces précautions n'influent qu'au niveau de l'environnement le plus large et ne sont pas applicables à court terme.

Tandis que les penseurs s'échinent à arracher les racines profondes de la corruption, le mal prospère et il faut se résoudre à soigner tant la cause que les symptômes. C'est la raison pour laquelle ce propos s'est attaché à isoler les faiblesses du processus contractuel de passation et d'exécution des marchés publics dans le but d'y apporter des solutions. Afin d'améliorer l'efficacité curative de ces solutions, il faut enfin intégrer les méthodes frauduleuses employées, à savoir les méthodes de type mafieux, d'autant plus présentes qu'elles relèvent souvent d'une collusion entre politique et crime organisé. En apportant une méthode et des outils propres à chaque moment de la fraude (lors du processus et en dehors du processus), on multiplie les chances de minimiser la corruption. Certes, une fois encore, la réforme du mode de financement des partis politiques et un investissement massif contre le crime organisé (notamment dans la partie Sud est de la France) permettraient de prendre le mal à la racine mais, en son absence, une lutte efficace des symptômes n'est pas à prendre à la légère. D'aucuns diront alors que ce travail manque d'ambition. C'est vrai. Il ne fait à cet égard que s'aligner sur le système politique dans lequel il se trouve. Certes, un réveil semble s'amorcer et de nombreux députés proposent d'interdire de tout mandat public une personne condamnée pour corruption. Ce bon début ne doit pas masquer l'étroitesse de vue des vieilles démocraties. Cette impossibilité à éradiquer un phénomène considéré comme l'avatar de sociétés protodémocratiques plaide pour un renversement complet de l'appréhension du phénomène « corruption » et surtout des moyens de lutte à y affecter. « Il est temps de changer de soleil et de se mettre en mouvement »⁵⁹.

⁵⁹ Clastres P., *La société contre l'Etat*, Paris : Les Editions de Minuit, 1974, p. 24.

BIBLIOGRAPHIE

Données brutes traitées

Jurisprudences de la Cour de cassation
Jurisprudences de la Cour des comptes
Données OCDE (confidentiel)

Ouvrages et articles

- Alatas S.H., *Corruption : its nature, causes and functions*, Aldershot : Avebury, 1990.
- Amselle J.-L., "La corruption et le clientélisme au Mali et en Europe de l'Est : quelques points de comparaison", *Cahiers d'Etudes Africaines*, vol. XXXII-4, n°128, 1992.
- Apelbaum R., "Les marchés publics des nations unies vus de l'intérieur", *Revue Contrats Publics*, n°51, janvier 2006 ?
- Apelbaum R., "Les contrats conclus dans le cadre des opérations financées par la Banque Mondiale", *Revue Contrats Publics*, n°51, janvier 2006, p.41-50.
- Arlacchi P., *Mafia et compagnie, l'éthique mafiosa et l'esprit du capitalisme*, Grenoble : PUG, 1986.
- Bayart J.-F., *L'Etat en Afrique*, Paris : Fayard, 1989.
- Becquart-Leclercq J., "Paradoxes de la corruption politique", *Pouvoirs*, n°31, 1984.
- Broyer P., "Le blanchiment de l'argent. Nouveaux enjeux internationaux", *Etudes*, mai 2002
- Cartier-Bresson J., "Eléments pour une réflexion", Cartier-Bresson J. (dir.), *Pratiques et contrôle de la corruption*, Paris : Montchrestien, 1997.
- Chin K.-L., *Organized crime business and politics in Taiwan*, Sharpe, 2003, 268 p.
- Clarke M. (dir.), *Corruption : causes, consequences and control*, London : Pinter, 1983.
- Clastres P., *La société contre l'Etat*, Paris : Les Editions de Minuit, 1974
- Dejours C., *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, Paris : Editions du Seuil, 1998.
- Della Porta D. et Mény Y., *Démocratie et corruption en Europe*, Paris : la Découverte, 1995.
- Dupuis D. et Thoenig J.C., *L'administration en miettes*, Paris : Fayard, 1985.
- Duverger M., *Les partis politiques*, Paris : Armand Colin, 1973.
- Facchini F., "Critiques de trois arguments justifiant les lois sur le financement de la vie politique", *Politique et management public*, vol. 21, n°4, décembre 2004.
- Gambetta D., "Fragments of an economic theory of the mafia", *Archives européennes de sociologie*, vol. 29, 1988.

- Gayraud J.-F., *Le monde des mafias (géopolitique du crime organisé)*, Paris : Odile Jacob, 2005
- Heidenheimer A., *Political corruption : reading in comparative analysis*, New York : Rinehart & Winston, 1970.
- Heidenheimer A., Johnston M., et Levine V.T., *Political corruption : a hand book*, New Brunswick : Transactions Publishers, 1989.
- Hirschman A., *Défection et prise de parole*, Paris : Fayard, 1995 pour la traduction française.
- Hope H., *Le piratage des marchés publics par le crime organisé*, Mémoire de 3^{ème} cycle Analyse des menaces criminelles contemporaines, Institut de Criminologie, Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, juin 2005
- Huntington S.P., "Modernization and corruption", *Political order in changing societies*, New Haven : Yale University press.
- Kramer J., "Political corruption in the U.S.S.R.", *Western Political Quarterly*, vol. 30, n°2.
- Lascombes P., *Corruptions*, Paris : Presses de Sciences Po, 1999.
- Matina C., *La régulation clientélaire : relations de clientèle et gouvernement urbain à Naples et à Marseille (1970-1980)*, Thèse de l'IEP de Grenoble, P. Bréchon (dir.), 9 décembre 2003
- Mendras M., *Comment fonctionne la Russie ? Le politique, le bureaucrate et l'oligarque*, Paris : Editions Autrement, 2003.
- Mény Y., "Corruption et système politiques : déterminismes ou opportunités .", Cartier-Bresson J. (dir.), *Pratiques et contrôle de la corruption*, Paris : Montchrestien, 1997.
- Padioleau J.G., *L'Etat au concret*, 1982, Paris : PUF, 1982.
- Pesqueux Y. et Biefnot Y., *L'éthique des affaires. Management par les valeurs et la responsabilité sociale*, Paris : Editions d'organisation, 2002.
- Ploix H., "Ethique et marchés financiers", *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, Paris : Montchrestien, 1996.
- Posner B.Z. et Schmidt W.H., "Values and the American manager : an update", *California Management Review*, vol. XXVI, n°3, printemps 1984.
- Robert D., *La justice et le chaos*, Paris : Stock, 1996,.
- Rogow A. et Laswell H., *Power, corruption and rectitude*, NJ : Prentice-Hall, 1964.
- Rose-Ackerman S., *Corruption : a study in political economy*, New York : Academic Press, 1978.
- Schumner M., "Machiavelli ; republican politics and its corruption", *Political theory*, n°7, 1978.
- Scott J.C., "An essay on the political functions of corruption", *Asian studies*, vol. 5, n°3, 1967, et "Patron-client politics and political change in Southeast Asia", *American Political Science Review*, vol. 66, mars 1972.
- Smith M.G., "Historical and cultural conditions of political corruption among the Hausa", *Comparative studies in society and history*, n°6, 1969.
- Sutherland E.H., *White collar crime, the uncut version*, New Haven : Yale University Press, 1985.

Tabaka B., "Le droit public face à sa codification : les PGD garderont-ils leur place ?", *Revue de l'actualité juridique française*, 11 juillet 2004 Article disponible sur : http://www.rajf.org/breve.php3?id_breve=386&var_recherche=%22le+droit+public+face+%E0+sa+codification%22

Verdeaux J.-J., "La lutte contre la corruption dans les marchés financés par la Banque Mondiale", *Revue Contrats Publics*, n°51, janvier 2006 p. 50-55.

Weber M., *Economie et société*, Paris : Pocket Agora, 2003 (réédition)

Articles de presse

Brun T., "Paradis fiscaux : l'argent sale de l'Europe", *Politis*, n°820, jeudi 7 octobre 2004

Rapports

Montebourg (rapporteur), "Mission d'information commune sur les obstacles au contrôle et à la répression de la délinquance financière et du blanchiment des capitaux en Europe", *Rapport d'information de l'Assemblée Nationale*, Paris, 30 mars 2000.

GAFI (Groupe d'Action Financière), *Rapport sur les typologies du blanchiment de capitaux 2002-2003*, disponible sur : <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/32/33/35396591.pdf>

SCPC (Service Central de Prévention de la Corruption), *Rapport 2005*, Paris : Les éditions des journaux officiels, 2006.

SCPC, *Rapport 2004*, Paris : Les éditions des journaux officiels, 2005.

SCPC, *Rapport 2001*, Paris : Les éditions des journaux officiels, 2002.

TRACFIN (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins), *Rapport d'activité 2005*, disponible sur : <http://www.tracfin.minefi.gouv.fr/ressources/raptracfin2005.pdf>.

TABLE

REMERCIEMENTS	2
RESUME / SUMMARY	3
SOMMAIRE	4
INTRODUCTION	5
A. Les grilles d'analyse de la corruption	7
1. Le secteur de développement de la corruption	7
a) <i>La corruption politico-législative</i>	7
b) <i>La corruption administrative</i>	7
c) <i>La corruption mafieuse</i>	8
d) <i>La corruption privée</i>	9
2. L'étendue de la corruption	9
a) <i>La petite corruption (corruption-péage)</i>	9
b) <i>La grande corruption (corruption-chantage)</i>	10
3. La réception de l'acte de corruption	10
4. L'appréhension théorique de la corruption	11
a) <i>L'analyse libérale</i>	11
b) <i>L'analyse structuraliste</i>	11
c) <i>L'analyse fonctionnaliste</i>	11
5. La nature de la corruption et ses modalités	12
a) <i>La corruption monocéphale (autogenic)</i>	12
b) <i>La corruption liée à l'extorsion (extorsive et défensive)</i>	12
c) <i>La corruption relationnelle (nepotistic et supportive)</i>	12
d) <i>La corruption-marché (transactive et investive)</i>	13
B. Démarche et hypothèses de recherche	14
L'angle d'approche retenu	14
I. LES LIAISONS DANGEREUSES : VIE POLITIQUE ET RESSOURCES ADMINISTRATIVES	16
A. Le financement de la vie politique	16
1. Le financement privé	17
a) <i>Le financement par des personnes privées</i>	17
b) <i>La question du financement par des personnes morales</i>	17
2. Le financement public	18
a) <i>Le financement des partis politiques</i>	18
b) <i>Le financement des campagnes électorales</i>	19
c) <i>Les dons en nature</i>	19
3. La question du lobbying	19
4. Contrôles et sanctions	19
a) <i>Les contrôles</i>	19
b) <i>Les sanctions</i>	20

5. Risques de corruption et réponses	20
a) <i>Le financement public</i>	20
b) <i>Le lobbying</i>	20
c) <i>Les sanctions</i>	21
B. Les circuits du blanchiment	21
1. Les moyens de blanchiment classiques	22
a) <i>La banque</i>	22
b) <i>Les assurances</i>	22
c) <i>Les jeux</i>	22
2. L'instrument privilégié : les circuits financiers	23
a) <i>La vulnérabilité des circuits financiers</i>	23
b) <i>Les trois phases du processus de blanchiment</i>	23
c) <i>Différents montages pour différentes phases</i>	24
3. La complicité des paradis fiscaux	25
a) <i>Risques, contre-mesures et efficacité</i>	25
b) <i>Morceaux choisis : les îles paradisiaques</i>	26
4. De l'intérêt de la lutte anti-blanchiment	28
II. UN DANGER INTRINSÈQUE : LES DIFFICULTÉS DE PASSATION ET D'EXÉCUTION DES CONTRATS PUBLICS	29
A. Le déroulement de la commande publique et ses points de vulnérabilité	29
1. Les procédures de passation	30
a) <i>Les marchés sous les seuils de procédures formalisées.</i>	30
b) <i>Les marchés soumis à procédure</i>	30
c) <i>Les délégations de service public (DSP)</i>	31
2. Les zones à risque des modes de passation	32
a) <i>Les marchés sous-seuil</i>	32
b) <i>Les quatre zones à risques des procédures formalisées</i>	32
3. Les contre-mesures pour les marchés formalisés	33
B. Risques et réponses au niveau des parties prenantes	33
1. Les comportements déviants sous influence (sociale)	33
a) <i>La supériorité du contrôle informel</i>	34
b) <i>Les modes de pression</i>	34
2. Au niveau de l'agent public	35
a) <i>Le double dilemme de l'agent public</i>	35
b) <i>Les dysfonctionnements récurrents</i>	35
c) <i>Les contre-mesures envisageables</i>	36
3. Au niveau du soumissionnaire	37
a) <i>Les dysfonctionnements récurrents</i>	37
b) <i>Les contre-mesures envisageables</i>	38
C. Les spécificités d'un marché international	39
1. Les marchés publics entre Etats	39
a) <i>Les potentialités corruptogènes d'un marché international : intermédiaires et commissions</i>	39
b) <i>Des solutions pertinentes</i>	40
2. Les marchés publics de l'ONU	41
a) <i>Les procédures de passation</i>	41
b) <i>Les modalités de publicité et de mise en concurrence</i>	42
c) <i>Corruption et sanction</i>	42

3. Les marchés publics financés par la Banque Mondiale	43
a) <i>Les projets de la Banque Mondiale</i>	43
b) <i>La Directive Rouge</i>	44
c) <i>La Directive Verte</i>	45
d) <i>Facteurs corruptogènes et lutte contre la corruption</i>	46
III – UN DÉFI PERMANENT : L'IMPOSSIBLE CONTRÔLE EXHAUSTIF	48
A. Le parasitisme mafieux	48
1. Piratage de la commande publique et prédation de l'Etat	48
2. La mafia comme entrepreneur violent de biens légaux	49
B. Les méthodes de piratage de la commande publique	49
1. Les pratiques frauduleuses afférentes à l'exécution du marché	50
a) <i>Kidnapper le projet</i>	50
b) <i>L'entente anticoncurrentielle garantie</i>	50
c) <i>Le fractionnement d'opérations</i>	51
d) <i>La perturbation criminelle du processus d'attribution</i>	51
e) <i>Les études</i>	51
f) <i>Les risques liés à la dématérialisation</i>	52
2. Les pratiques frauduleuses liées à l'exécution des travaux	52
a) <i>Le vol du marché</i>	52
b) <i>L'augmentation fortuite des coûts</i>	53
c) <i>Le travail clandestin</i>	53
d) <i>Le piratage indirect</i>	53
3. Les moyens mobilisés pour le piratage des marchés	54
a) <i>La corruption</i>	54
b) <i>Le racket</i>	54
c) <i>Les menaces</i>	54
d) <i>L'omerta</i>	54
C. Eléments de réponse : l'audit de la commande publique	55
1. Les fraudes en amont de la passation	55
a) <i>Contre le kidnapping de projet : l'analyse du besoin</i>	55
b) <i>La lutte contre les ententes : contrôles de l'appel d'offre pratiqué et du soumissionnaire</i>	56
2. La pratique afférente des études	57
a) <i>L'analyse générale</i>	57
b) <i>L'analyse spécifique : l'exemple du financement des études</i>	58
3. Les fraudes en aval de la passation	58
a) <i>L'exécution des travaux</i>	58
b) <i>L'exécution d'avenants</i>	59
CONCLUSION	60
BIBLIOGRAPHIE	62
ANNEXES	65