

LE PACTE D'INTEGRITE

Un outil puissant pour des marchés publics propres





www.transparency.org

Transparency International est l'organisation internationale de la société civile au premier plan de la lutte contre la corruption. Grâce à ses 90 sections nationales dans le monde entier et son Secrétariat International basé à Berlin, en Allemagne, TI sensibiliser l'opinion publique aux ravages de la corruption et travaille de concert avec les gouvernements, le secteur privé et la société civile pour développer et mettre en oeuvre des mesures efficaces visant à enrayer la corruption.

ISBN: 978-3-935711-36-4

© 2009 Transparency International. Tous droits réservés.

Transparency International

Alt Moabit 96

10559 Berlin, Alemania

Tel: +49-30-34 38 20-0

Fax: +49-30-34 70 39 12

www.transparency.org

LE PACTE D'INTEGRITE

A. QU'EST-CE QU'UN PACTE D'INTEGRITE?

Initialement appelé « Îlots d'Intégrité », le Pacte d'Intégrité (PI) est un instrument qui a été mis au point au cours des années 1990 par Transparency International (TI), pour permettre aux gouvernements, aux entreprises et aux organisations de la société civile, qui sont disposés à lutter contre la corruption, de pouvoir mener ce combat dans le domaine des marchés publics.

Il s'agit d'un accord entre un gouvernement ou une administration publique (que nous désignons par « l'Autorité ») et tous les soumissionnaires aux appels d'offre publics.

Ce pacte stipule des droits et des obligations visant à s'assurer qu'aucune partie ne soit appelée à verser, proposer, demander ou percevoir des pots-de-vin, ou à être de connivence avec l'une quelconque des parties en concurrence aux fins de gagner un marché, ou pendant l'exécution d'un contrat. De même, le pacte stipule que les soumissionnaires doivent pouvoir rendre publics toutes les commissions et les autres frais par eux versés à toute personne dans le cadre d'un marché; et que des sanctions doivent être appliquées en cas de violation des règles. Ces sanctions comprennent la perte ou le refus du marché, la perte de la caution de soumission ou de la garantie de bonne exécution, l'obligation à dommages-intérêts, la mise sur liste noire pour les futurs appels d'offre en ce qui concerne les soumissionnaires, et les actions pénales ou disciplinaires pour ce qui est des agents de l'Etat.

Le PI empêche les entreprises de pratiquer la corruption, dès lors que tous leurs soumissionnaires sont astreints à observer les mêmes règles. Il permet aux gouvernements de réduire le coût élevé de la corruption sur les processus de passation des marchés, de privatisation et de délivrance des licences.

Le PI s'est avéré suffisamment souple pour être adapté à tous les contextes juridiques avec une grande flexibilité dans son application. Cet outil, qu'est le Pacte d'Intégrité mis au point par TI, est à ce jour utilisé dans plus de 14 pays à travers le monde et s'est considérablement amélioré grâce à la réaction de plusieurs individus et organisations.

B. COMMENT FONCTIONNENT LES PACTES D'INTEGRITE?

1. A quoi servent-ils?

Le PI a été élaboré pour permettre d'atteindre deux objectifs principaux à savoir:

- (a) empêcher les entreprises de pratiquer la corruption en leur donnant des assurances
 - (i) que les sociétés concurrentes s'abstiendront aussi de soudoyer, et
 - (ii) que les agences de marchés publics, de privatisation ou de délivrance des licences s'engageront à lutter contre la corruption, y compris l'extorsion, pratiquée par leurs agents, et à se conformer aux règles de transparence; et
- (b) permettre aux gouvernements de réduire le coût élevé et l'effet néfaste de la corruption sur les marchés publics, la privatisation ou la délivrance des patentes.

Au-delà du cas d'espèce des marchés publics, le PI a bien évidemment pour objectif de susciter aussi la confiance dans les sphères gouvernementales de prise de décisions en général, de créer un environnement plus propice à l'investissement, et de favoriser l'adhésion du public aux programmes émanant de l'Etat sur les marchés publics, la privatisation et la délivrance des patentes.

2. A quels types de marchés s'appliquent-ils?

Le concept de PI ne s'applique pas qu'aux marchés de construction et des approvisionnements, mais également à la sélection:

- des consultants (ingénieurs, architectes et autres...),
- des acquéreurs/preneurs des biens de l'Etat dans, le cadre du programme de la privatisation du patrimoine de l'Etat, ou
- des bénéficiaires d'une licence ou d'une patente d'exploitation délivrée par l'Etat (telles que les licences d'exploration ou de production dans les secteurs du pétrole ou du gaz, des mines, de la pêche, du bois, ou toute autre patente d'extraction), ou aux services publics (tels que les télécommunications, l'approvisionnement en eau ou le ramassage des ordures).

Le marché et le PI peuvent couvrir la planification, la conception, la construction, l'installation ou l'exploitation des équipements par l'Autorité, la privatisation et la vente des avoirs, la délivrance, par l'Autorité, des licences et des patentes d'exploitation, ainsi que les services y afférents tels que la consultance et autre expertise technique, financière et administrative. Dans la mesure du possible, le PI doit couvrir toutes les activités entrant dans le cadre de la passation du marché, de la présélection des candidatures et de l'adjudication proprement dite, à l'achèvement du marché, en passant par son exécution.

3. Quand sont-ils appliqués?

Un PI doit s'appliquer à toutes gammes d'activités liées à un type d'investissement spécifique, notamment la vente, la délivrance d'une licence ou d'une patente d'exploitation:

- d'abord l'étape de faisabilité et préparatoire: la préparation des options alternatives préliminaires et le choix des documents de conception doivent être pris en compte – au risque qu'un consultant véreux ne détourne tout le processus de préparation au profit de certains entrepreneurs ou fournisseurs;
- ensuite la sélection des principaux entrepreneurs/fournisseurs/concessionnaires
- et enfin la mise en œuvre de la principale activité (exécution des travaux de construction ou la livraison dans le cadre du marché, notamment en se conformant au cahier de charges ainsi qu'à tout avenant). En effet, pour les constructions importantes telles que les grands barrages ou les usines toxiques, à l'exemple des centrales nucléaires, la protection du PI doit se poursuivre jusqu'au retrait et à la cession des avoirs du projet.

C. QU'EST-CE QUI CARACTERISE UN PACTE D'INTEGRITE?

Les éléments essentiels d'un pacte d'intégrité:

- un **pacte** (contrat) conclu entre un organisme public (*le commettant*) qui publie un avis d'appel d'offre pour tous types de marchés publics relatifs aux biens et services, et les soumissionnaires.
- un **engagement du commettant** aux termes duquel il promet que ses agents ne demanderont ni n'accepteront des pots-de-vin, cadeaux, etc., au risque de se voir infliger des sanctions disciplinaires ou pénales correspondantes, en cas d'infraction;
- une **déclaration** par chaque soumissionnaire dans laquelle il jure de n'avoir pas versé, et de ne pas verser des pots-de-vin « en vue d'obtenir ou de conserver le marché »
- un **engagement par chaque soumissionnaire** de publier tous les paiements effectués dans le cadre du marché (y compris auprès des agents et autres intermédiaires ainsi qu'aux parents, etc.)
- l'acceptation explicite par chaque soumissionnaire que l'engagement de refuser les pots-de-vin et l'obligation de publier tout ce qu'il paie, ainsi que les sanctions correspondantes **restent en vigueur** pour l'adjudicataire jusqu'à l'exécution totale du marché;
- il est conseillé aux soumissionnaires de se doter d'un **code de conduite** de l'entreprise (qui proscribit clairement les pots-de-vin et d'autres comportements contraires à l'éthique) et d'élaborer un plan d'application d'un tel code de conduite au sein de l'entreprise toute entière;

- le recours à l'**arbitrage** comme mécanisme de règlement de conflit et instance autorisée à prononcer les sanctions ;
- une série de **sanctions** prévues pour chaque cas de violation commise par le soumissionnaire vis-à-vis de ses engagements ou promesses, notamment (certaines ou toutes)
- le refus ou la perte du marché,
- la perte de la caution de soumission et de la garantie de bonne exécution,
- l'obligation à **dommages-intérêts** vis-à-vis du commettant et des autres soumissionnaires, et
- la suspension du contrevenant par le commettant pendant une période proportionnée.
- **Un système de vérification indépendant** qui peut s'exercer avec la participation active de la société civile ou quelconque structure indépendant, responsable et crédible.

Un maximum de **transparence** à observer tout au long de la procédure de passation et l'exécution du marché constitue le gage de la réussite de la conception, de l'élaboration et de la mise en œuvre d'un PI. En revanche, une telle transparence commande un accès accru et facile du public aux informations nécessaires y compris la conception, l'objet de l'appel d'offre, la présélection et la sélection des consultants, le dossier d'appel d'offre, la présélection des entrepreneurs, les procédures d'adjudication, l'examen de l'offre, la conclusion du marché, l'exécution du marché et la supervision.

Il est fortement recommandé de mettre en place un cadre regroupant les représentants de la société civile pour discuter des dispositions officielles à prendre dans le cadre d'un marché. Aujourd'hui, Internet se présente comme le cadre presque idéal à cet effet. Les audiences publiques constituent également un moyen efficace. Cependant, l'accès aux informations relevant légitimement de la propriété exclusive devrait faire l'objet d'une restriction. Un représentant de la société civile pourrait, en tant que de besoin, bénéficier du même droit d'accès que l'Autorité. Toutefois, le droit de ce représentant à mentionner publiquement les aspects d'une telle propriété exclusive doit être clairement spécifié en rapport étroit avec le risque, les soupçons, et le degré de preuve des cas de corruption.

D. LA SOCIÉTÉ CIVILE A-T-ELLE UN RÔLE À JOUER ?

Dès le départ, on s'attendait à voir les organisations de la société civile des différents pays jouer un rôle prépondérant dans le contrôle et la supervision de l'application correcte et totale des IP.

La confidentialité des informations relevant de la propriété exclusive et auxquelles les membres de la société civile peuvent éventuellement avoir accès, peut être convenablement protégée dans le cadre d'une disposition contractuelle nécessaire.

E. MISE EN PRATIQUE DES PACTES D'INTEGRITE

1. Application

A PROPOS DES SANCTIONS. Une question qui se pose de manière récurrente est celle de savoir « quel type de preuve est exigé pour établir la violation des règles par un soumissionnaire » avant de prononcer les sanctions? En effet, les soupçons seuls ne suffisent pas. Une sanction pénale pour pratique véreuse apparaît clairement comme la preuve la plus évidente, mais une telle peine est rarement infligée et le cas échéant, elle arrive généralement trop tard pour permettre l'administration prompte des sanctions. En Allemagne, par exemple, la pratique veut que l'on traite une déclaration d'aveu ou d'admission de culpabilité au même titre qu'une preuve convaincante. Depuis tout récemment, l'on admet de plus en plus comme preuve suffisante de violation le fait que « sur la base des faits disponibles, il n'y a pas de doutes matériels ». Dans tous les cas, « les preuves suffisantes » suffisent pour déclencher des sanctions, notamment quand on veut éviter des dommages irréparables.

L'ARBITRAGE. L'instance de recueil des dommages doit être l'arbitrage fait sous des auspices nationaux ou internationaux. Pourquoi recourir à l'arbitrage en lieu et place des tribunaux nationaux normaux?

- La confiance dans les juridictions des pays du nord est susceptible d'être rejetée par les commettants dans les pays du sud; de même que recourir aux juridictions nationales des pays du sud est susceptible de susciter la méfiance des soumissionnaires des pays du nord; d'où le choix consensuel de l'arbitrage.
- Dans le cas où un pays dispose d'un mécanisme bien huilé d'arbitrage qui suscite la confiance des entreprises internationales, la saisine d'un tel organe permettrait de gagner en temps et en argent;
- Au cas où un tel mécanisme national d'arbitrage n'existerait pas, les parties doivent recourir à « l'arbitrage international sous les auspices de la Cour d'arbitrage de la CIC conformément aux règles de la Chambre internationale de commerce » (ou à toute instance d'arbitrage similaire internationalement reconnue).

En règle générale, les parties doivent stipuler au départ le lieu de l'arbitrage, la loi applicable et le nombre d'arbitres.

PAYEMENT DES COMMISSIONS ET PUBLICATION DES AVOIRS ET LE PLAFON-NEMENT.

Etant donné que les « agents » et les « intermédiaires » sont généralement utilisés (et parfois à titre principal) comme instruments de paiement de pots-de-vin, le modèle stipule que les paiements effectués aux agents ne doivent pas excéder les montants « raisonnables pour des services légitimes ». Cette disposition est inspirée par les Règles de conduite de la Chambre internationale de commerce (« Extorsion et corruption dans les transactions internationales », 1996, édition revue et corrigée). En effet, nombre d'entreprises d'envergure mondiale commencent à s'abstenir d'utiliser les services de tels agents ou intermédiaires.

- Les hauts responsables du commettant seront invités à déclarer régulièrement leurs propres biens et ceux des membres de leurs familles, pour permettre de savoir la conduite à tenir au cas où ils se retrouveraient avec des biens provenant des origines douteuses.
- Les consultants doivent s'engager non seulement à ne pas verser des pots-de-vin afin d'obtenir un marché, mais aussi à concevoir le projet ou les volets du projet de façon à éviter la discrimination sur toute la ligne, et à garantir une grande compétitivité sans offrir aucun avantage à un soumissionnaire bien déterminé.

A PROPOS DU VERIFICATEUR INDEPENDANT. Un contrôle transparent et non restrictif et une surveillance dévolue à la société civile est fortement recommandé dans chaque pays. Ceci augmentera la confiance dans le processus et souligne l'indépendance des surveillants. Néanmoins, il apparaît que dans certains pays, les pouvoirs publics ne sont en ce moment pas disposés à concéder un tel rôle aux organisations de la société civile. Dans ce cas, la fonction de surveillance et de contrôle pourrait s'exercer par l'un ou l'autre des moyens suivants:

- Le gouvernement s'attache les services de celui qu'on a appelé dans certains cas aux Etats-Unis des "Independent Private Sector Inspector General" (ou IPSIG, inspecteur général indépendant du secteur privé). L'IPSIG, qui peut être une entreprise du secteur privé ou un particulier, doit évidemment faire preuve de compétence nécessaire; un tel arrangement ne pouvant être conclu que si l'IPSIG jouit non seulement du droit d'accès illimité, mais aussi du droit statutaire de rechercher des solutions à tous vices de forme ou impropriétés, d'informer le public si aucune correction n'est apportée. En tout cas, il faut que le IPSIG soit responsable vis-à-vis de la société civile et du public en général.

ou:

- Le gouvernement s'engage à publier toutes les informations nécessaires relatives à l'examen des offres. De telles informations comprendraient une déclaration précisant que les critères d'examen des dossiers énoncés dans l'avis d'appel d'offre ont été scrupuleusement respectés, une liste des soumissionnaires et leurs cotations, une liste des soumissionnaires non retenus, assortie des motifs de rejet, les principaux éléments et aspects de l'examen et les raisons spécifiques ayant présidé à la sélection de l'adjudicataire. Dès lors, le gouvernement doit aussi publier ses propres coûts estimatifs du projet.

2. Autres aspects liés à l'application du PI

- Il importe aussi de savoir qu'un PI ne peut être opérationnel que lorsque tous les soumissionnaires y sont astreints. Par conséquent, il est hautement souhaitable de rendre la **souscription** à un PI **obligatoire**. Certains pays ont opté de la laisser facultative pour par la suite entrer en campagne de sensibilisation des soumissionnaires sur les avantages d'un PI. Cependant, les soumissionnaires ne peuvent signer un tel pacte que si tous les soumissionnaires font de même. Au cas où un seul s'abstiendrait de signer, tous les autres retireraient leur engagement, étant donné, après tout, que le but d'un PI est de fixer des règles de jeu équitables pour tous.
- Un fait nouveau et remarquable, qui pourrait éventuellement être d'un grand intérêt, est l'utilisation d'Internet par bon nombre de pays pour une totale **transparence dans les procédures de passation des marchés**. Au Mexique, toutes les activités menées à travers le pays dans le cadre de la passation des marchés publics sont enregistrées et publiées sous tous azimuts sur un site Internet accessible à tous. En Colombie, un système d'information sur les marchés publics (SICE) a été mis au point pour informer le grand public. Un système comparable d'information électronique est appliqué au Chili, en Equateur, au Brésil, au Pakistan et en Corée du Sud. Le degré élevé de transparence obtenu pendant tout ce temps réel d'accès au processus de prise de décisions permet de réduire nettement les risques de combine et devrait susciter plus de volonté chez les hauts responsables comme chez les soumissionnaires, de s'engager pour des procédures transparentes de passation des marchés, dans le cadre des PI par exemple.

Enfin, il a été prouvé que la **volonté politique** visant à lutter contre la corruption et restaurer la probité et l'intégrité dans les procédures de passation de marchés publics est la condition sine qua non du succès. C'est pourquoi nous préconisons qu'avant de lancer tout processus de PI, il faudrait d'abord s'assurer de l'existence de cette volonté politique – au plus haut niveau possible des pouvoirs publics. La dernière expérience à ce jour révèle qu'il peut être plus aisé d'établir cette volonté politique au niveau des communes qu'au niveau des instances gouvernementales.

- En jugeant du **bien fondé du PI**, l'on ne devrait pas perdre de vue le fait que depuis le 15 février 1999, aux termes de la Convention de l'OCDE, la corruption des responsables étrangers constitue un délit réprimé par la loi dans tous les Etats partis à la Convention et dans la plupart des pays. La déductibilité fiscale des pots-de-vin, précédemment autorisée, a été abolie. Par conséquent, les soumissionnaires dans bon nombre de pays vivent une situation radicalement différente de celle dans laquelle ils ont fonctionné pendant cinq ans. Dès lors, ils doivent se préparer à conclure des accords qui garantissent des « règles de jeu équitables » à tous les soumissionnaires, compte non tenu de leur appartenance ou non-appartenance à un Etat lié par les dispositions de la Convention de l'OCDE.
- Pourquoi élaborer un PI alors qu'il existe des lois? La récurrence des problèmes liés à la corruption dans le processus de passation des marchés publics et ce malgré l'existence des lois qui proscrivent cette pratique, souligne la nécessité de mettre au point des mécanismes de renforcement de l'application de la loi en même temps qu'elle met en exergue la difficulté à ne pas en tenir compte. A cet égard, le PI ne constitue pas une réplique de la loi, mais contribue plutôt à l'application de celle-ci en fixant des règles du jeu équitables, et en assurant aux différentes parties en compétition que toutes partiront sur les mêmes bases légales.

On enregistre de plus en plus de cas d'application des principes de base du PI. Bien qu'on note une certaine variété dans les différentes approches, documentations et procédures, TI attache une très grande valeur aux nombreux efforts déployés par les membres du mouvement TI partout dans le monde, visant à faire adopter, autant que possible, le concept du PI, et préconise une expérimentation plus poussée de ce pacte avec des applications adaptées plutôt qu'au travers d'une approche « puriste ».

Cependant, afin d'assurer une approche cohérente, les sections nationales sont invitées à rester en contact permanent avec le Secrétariat International de TI pendant la phase de développement des versions « taillées sur mesure » du PI. TI a un comité composé de personnes ressources capables d'apporter l'expertise nécessaire pour répondre aux demandes des sections nationales.

3. Les expériences des pays

Les pactes d'intégrité, dans leur version plus élaborée, ont été utilisés et continuent de l'être en Argentine, en Colombie, en Equateur, en Allemagne, au Mexique, et au Paraguay et aussi au Pakistan et en Indonésie. Ils ont été introduit comme un modèle général dans des secteurs complets (le secteur de la construction en Chine), des groupes d'institutions publiques (entreprise publique en Inde), ou des gouvernements locaux (Milan, Italie). Les aspects clés du PI (comme le contrôle, par exemple) sont actuellement exploités ailleurs dans différentes applications, par exemple en Bulgarie, en Roumanie, en République tchèque, en Serbie, au Guatemala et en Pérou.

Au total, plus de 15 pays ont utilisé des versions adaptées du PI grâce à l'effort de nos sections nationales. Vous trouverez des informations détaillées sur ces efforts dans la base de données des marchés publics et sur notre site de web (www.transparency.org).

Un aperçu général des expériences vécues par les pays à travers le monde montre que le principe du PI est fiable et pratique. La force de ce concept semble résider entre autres sur sa très grande capacité à s'adapter aux nombreux cadres et dispositions juridiques, ainsi qu'aux différents niveaux où les gouvernements désirent agir en conformité avec les prescriptions contenues dans le pacte. Cependant, il ressort des expériences recueillies jusqu'à présent que ces prescriptions constituent l'essentiel de ce qui doit apparaître sur un PI pour être reconnu comme tel et entériné par TI.

4. Quelques résultats

Des économies financières. A titre d'illustration, la procédure d'appel d'offre pour les exécutions technologiques de la «Banco Agrario» de la Colombie au cours du premier semestre 2002, se sont achevées avec un gain de 30% sur les prix inscrits au budget, et ce en partie grâce à l'introduction d'un Pacte d'Intégrité. Par ailleurs, des gains de 75 % ont été réalisés en 2002 au Pakistan, après l'adoption par la « Karachi Water and Sewerage Board » (KW&SB) de l'application du principe du PI lors de la passation des marchés aux consultants dans le cadre de son grand projet d'approvisionnement en eau (K-II Greater Karachi Water Supply Scheme).

La confiance. Lors d'une séance d'examen des offres, certains soumissionnaires qui avaient pris part à des opérations de passation de marchés caractérisées par le recours au PI ont relevé qu'ils ne seraient certainement pas heureux d'avoir perdu le marché, mais qu'au moins ils seraient sûrs de l'avoir perdu impartialement. C'est aussi là un grand acquis du PI, car il épargne de nombreux et inutiles procès en justice et suscite la confiance dans l'action gouvernementale.

Des sanctions. Dans certains pays, des entreprises ont été inscrites sur la liste noire pour avoir violé le Pacte (Italie et Corée).

POUR EN SAVOIR PLUS

Pour de plus amples informations sur le PI, consulter le document "Integrity Pact A Status Report" (Rapport d'activité sur le Pacte d'Intégrité), dont la version électronique est disponible sur le site Internet: www.transparency.org/global_priorities/public_contracting

Vous y trouverez aussi des informations récentes et actualisées sur les Pactes d'Intégrité et sur la lutte contre la corruption dans le processus de passation des marchés publics.

Pour des informations plus détaillées veuillez contacter:

Marcela Rozo
Directrice du Programme des Marchés Publics
E-mail: mrozo@transparency.org