

# Marchés publics. L'Agence française anticorruption publie un premier référentiel de bonnes pratiques

Florian Linditch

► **To cite this version:**

Florian Linditch. Marchés publics. L'Agence française anticorruption publie un premier référentiel de bonnes pratiques. Contrats et marchés publics , LexisNexis, 2018. hal-02121760

**HAL Id: hal-02121760**

**<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02121760>**

Submitted on 6 May 2019

**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.

## **FOCUS**

### **L'Agence française anticorruption publie un premier référentiel de bonnes pratiques**

*<https://www.economie.gouv.fr/afa>*

L'Agence française anticorruption (AFA) « élabore des recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme » (*loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 3-2°*).

Pour ce faire, l'AFA émet des recommandations dont la finalité est double : prévenir les sanctions, notamment pénales susceptibles de frapper les institutions, mais également, et on y pense pas naturellement, « renforcer leur performance ou leur compétitivité et se protéger d'une atteinte à leur réputation ou à leur valeur économique pouvant résulter d'atteinte à la probité ». En définitive, il en va d'abord de l'intérêt des organisations concernées, car si en application de la loi du 9 décembre 2016, les recommandations font l'objet d'un avis publié au Journal officiel, « elles sont dépourvues de force obligatoire et ne créent pas d'obligation juridique ».

Suite à la consultation publique organisée du 15 octobre au 16 décembre 2017, l'Agence française anticorruption a mis en ligne, l'ensemble de ses recommandations sur la prévention et la détection des manquements au devoir de probité (corruption, trafic d'influence, concussion, prise illégale d'intérêt, détournement de fonds publics et favoritisme).

#### **Génèse du référentiel**

Ces recommandations finalisées qu'on retrouvera également au journal officiel (JORF n°0298 du 22 décembre 2017, texte n° 176) prennent en compte les contributions reçues, près de 450 au total. L'AFA considère que « ces retours attestent également la conscience du risque de déstabilisation que fait peser la corruption sur les organisations et leurs dirigeants, ainsi que leur volonté de s'approprier cette problématique avec détermination et de participer à la construction d'un référentiel solide ».

Ces retours proviennent des entreprises ou des fédérations professionnelles qui les représentent (MEDEF, Middlednext, Fédération bancaire française, LEEM...), des associations

de professionnels (Cercle de la compliance, Cercle Montesquieu, AFJE, ACE, IBA, NASDAQ,...), des consultants, cabinets d'avocats, et des acteurs publics (collectivités locales, établissements publics, dont l'Université Paris Dauphine), mais également des associations engagées dans la lutte contre la corruption (Vigie citoyenne, Anticor ...).

## **Périmètre des recommandations de l'Agence française anticorruption**

Ces délits sont désignés ci-après sous le terme générique « corruption ».

Inspirées des meilleurs standards internationaux, les recommandations de l'AFA complètent le dispositif mis en place par la loi du 9 décembre 2016 susmentionnée et constituent à ce titre le référentiel anticorruption français. Ces recommandations sont applicables sur tout le territoire de la République. Elles participent de la mise en œuvre des engagements internationaux de la France en matière de lutte contre la corruption.

Ces recommandations sont destinées à l'ensemble des personnes morales de droit privé ou de droit public, quels que soient leur taille, leur forme sociale, leur secteur d'activité, leur chiffre d'affaires ou l'importance de leurs effectifs. Cette application générale conduit à les désigner sous le terme « organisations ». Plus curieusement, l'AFA considère également s'adressent également à toutes les entités non dotées de la personnalité morale.

## **Engagement de l'instance dirigeante**

Selon l'AFA, « l'engagement de l'instance dirigeante sur une politique de tolérance zéro envers tout comportement contraire à l'éthique, en général, et tout risque de corruption, en particulier, constitue un élément fondateur de la démarche de prévention et de détection de la corruption... cet engagement se matérialise notamment par l'approbation du dispositif de prévention et de détection de la corruption mais également par le code de conduite de l'organisation.

Pour autant, l'engagement de l'instance dirigeante de l'organisation, si elle constitue un préalable, la mise en œuvre des recommandations peut n'aller pas de soi, car l'AFA reconnaît que « la démarche de prévention et de détection de la corruption mise en œuvre (peut) nécessite(r) la mobilisation de moyens spécifiques et serait susceptible d'affecter le fonctionnement de l'organisation ».

Il y a là une problématique qui nécessiterait d'être approfondie, notamment par l'AFA, car, non seulement, les mesures de prévention peuvent nuire à l'efficacité économique, managériale, administrative, au moins à court terme, mais il faudrait également s'interroger sur son coût. Analyser ses données permettrait à coup sûr de désamorcer bien des blocages sur la mise en œuvre des recommandations.

## **Les « 4 piliers » de l'engagement de l'instance dirigeante**

Selon l'AFA l'engagement de l'instance dirigeante doit s'appuyer sur quatre piliers.

*Premier pilier : l'adoption d'une politique de tolérance zéro face au risque de corruption*

Ceci suppose qu' « au sein de l'organisation et vis-à-vis des tiers, l'instance dirigeante :

- érige la prévention et la détection des faits de corruption à un niveau prioritaire pour l'organisation ;
- veille à ce que les ressources allouées à la prévention et à la détection des faits de corruption soient proportionnées aux enjeux ;
- adopte une attitude ferme envers tout cas de corruption. L'élaboration d'un régime disciplinaire et l'application des sanctions concrétisent notamment cet engagement ;
- matérialise son engagement par la diffusion, en interne et en externe, de sa volonté de lutter contre la corruption ;
- mentionne, dans le code de conduite, que le recours à la corruption ne constitue pas une pratique utilisée par l'organisation dans ses affaires, dans ses relations avec ses partenaires privés ou publics, ou dans ses relations avec les usagers ».

Cette affirmation n'est pas purement incantatoire, car, l'instance dirigeante doit mettre en place des dispositifs de contrôle : indicateurs, rapports de contrôle et d'audit de l'organisation, mise à jour du dispositif anticorruption.

*Deuxième pilier : « prise en compte de l'anticorruption dans les procédures et politiques »*

La politique anticorruption n'est pas destinée à demeurer autonome, isolée, l'AFA recommande que « des mesures anticorruption soient intégrées à l'ensemble des procédures et politiques de l'organisation, notamment :

- « au sein des procédures de gestion des ressources humaines en s'assurant que la vérification de l'attachement au respect de pratiques éthiques est intégrée aux processus de recrutement et de nomination de l'ensemble des collaborateurs de l'organisation, notamment des cadres dirigeants ». Idem pour la fixation de leurs objectifs annuels et l'évaluation de leur performance, sachant que leurs initiatives pour promouvoir la prévention et la détection de faits de corruption auprès de leurs équipes doivent être valorisées ;
- « au sein du dispositif d'alerte visant notamment à rapporter des cas de corruption suspectés ou avérés, en garantissant au personnel que l'utilisation de cette procédure ou le refus des pratiques non conformes ne portera pas préjudice à leur déroulement de carrière, mais également que le recours à ces procédures ne fera pas l'objet de représailles, de discriminations ou de sanctions disciplinaires à leur égard » ;
- enfin « au sein de toutes autres politiques et procédures en lien avec un processus défini

comme à risque par la cartographie des risques de corruption » (cette dernière démarche de cartographie étant particulièrement importante).

#### *Troisième pilier : gouvernance du programme de prévention et de détection de la corruption*

La gouvernance du programme de prévention et de détection de la corruption doit également être mise en place. Elle passe par la désignation d'« un responsable de la conformité, chargé de piloter le déploiement, la mise en œuvre, l'évaluation et l'actualisation du programme de conformité anticorruption, en étroite coopération avec les parties prenantes de l'organisation ».

Bien entendu, l'instance dirigeante continue de valider formellement la stratégie de gestion des risques mise en œuvre sur le fondement de la cartographie des risques, s'assure de la mise en œuvre du plan d'actions retenu, ainsi que de l'adéquation des ressources allouées aux enjeux de la prévention et de la détection des faits de corruption.

Pour ce faire, il convient d'« identifier et organiser, au sein de la chaîne hiérarchique, les responsabilités de chacun afin d'optimiser les effets de sa stratégie ».

#### *Quatrième pilier : mise en œuvre d'une politique de communication*

De manière inattendue, une « politique de communication interne et externe adaptée à (l) structure et à ses activités » est recommandée.

Ceci suppose de communiquer en interne, auprès de l'ensemble du personnel, mais également des partenaires extérieurs. Ceci devrait permettre d'« entraver les sollicitations internes et externes indues et favoriser... le développement des bonnes pratiques et une harmonisation par le haut des pratiques éthiques ».

### **Le code de conduite anticorruption**

Le code de conduite anticorruption interne « est clair, sans réserve et sans équivoque ».

#### *Contenu du code de conduite anticorruption*

On y trouve « les engagements et principes de l'organisation », mais également la définition et les illustrations « (d)es différents types de comportements à proscrire ».

Le code peut « renvoyer à des fiches « opérationnelles » (ou « processus », ou « procédures »...) le soin de définir, sur la base de la cartographie des risques, le détail opérationnel des comportements à respecter afin de maîtriser les situations à risques ».

Il traite également « des cadeaux et invitations, des paiements de facilitations, des conflits d'intérêts, du mécénat, du sponsoring ainsi que, le cas échéant, de la représentation d'intérêts (lobbying) ».

Le code de conduite peut comporter des interdictions et prévoir les conséquences disciplinaires sanctionnant les comportements proscrits, ou renvoyer au règlement intérieur si celui-ci les prévoit déjà.

Enfin, le code « présente le dispositif d'alerte interne destiné à recueillir les signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite ».

### **Dispositif d'alerte interne**

L'AFA insiste sur la nécessité de mettre en place un « dispositif d'alerte interne ». Afin de lui donner un caractère pleinement opérationnel, les points suivants :

- « - le rôle du supérieur hiérarchique, qui doit pouvoir orienter et conseiller ses collaborateurs, sauf dans l'hypothèse où il est l'auteur du comportement incriminé ;
- le référent fonctionnellement désigné pour recueillir les alertes au sein de l'organisation : cette fonction peut être extérieure à l'organisation ou être désignée en son sein par l'employeur ;
- les « dispositions prises pour garantir la confidentialité de l'identité de l'auteur du signalement », (ou du lanceur d'alertes prévus articles 6 à 16 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique) notamment les modalités de communication avec ce dernier, l'accusé de réception du signalement ;
- « les dispositions prises pour informer l'auteur du signalement de la clôture de la procédure et, le cas échéant, les personnes visées par celui-ci », ainsi que « les dispositions prises pour détruire, si aucune suite n'a été donnée, et dans les deux mois suivant la clôture des vérifications, les éléments du dossier permettant d'identifier l'auteur (...) et les personnes visées ».

Au final, les recommandations de l'AFA apparaissent bien construites au plan managérial. Elles sont pragmatiques dans la mesure où elles intègrent, et les contraintes organisationnelles et les comportements personnels. On reste quelque peu sur sa faim s'agissant des suites juridictionnelles des constats et alertes. En particulier, le constat d'un manquement au devoir de probité doit-il passer par la saisine systématique du juge pénal ou des sanctions disciplinaires, ou les deux ? Eternelle question, inconvenante qui naît lorsque deux ordres juridiques se rencontrent. Sans doute un nouveau chantier en perspective pour l'AFA ?

## **VEILLE**

### **A la DAJ**

*<https://www.economie.gouv.fr/daj/plan-national-dematerialisation-des-marches-publics>*

#### **Plan de transformation numérique de la commande publique**

Publié le 11 janvier 2018, le plan de transformation numérique de la commande publique vise à accompagner la généralisation de la dématérialisation, principalement imposée par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. On y trouvera les différentes actions réglementaires, techniques et pédagogiques qui viendront faciliter la transition numérique pour les acheteurs publics. Au programme : mise en place de publicités nationales numérisées en dessous des seuils européens, interopérabilité pour la réception des candidatures et des offres et enfin open data pour le 1<sup>er</sup> octobre 2018.

#### **Fiche Contrats globaux**

Sobre, mais efficace, utile rappel en cinq pages à peine, des règles applicables aux contrats globaux prévus aux articles 33 et suivants de l'ordonnance du 23 juillet 2015, à commencer par la conception réalisation, mais également les contrats de performance (étant précisé qu'ils ne portent plus seulement sur les questions énergétiques), les marchés publics sectoriels et, enfin les partenariats.

#### **A la Mission Interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP)**

*<https://www.architectes.org>*

Elaboré conjointement par l'Ordre des architectes, le Secrétariat général et la Direction générale des patrimoines du ministère de la Culture et de la Communication, la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques et la Fédération nationale des conseils d'architecture, d'urbanisme et de l'environnement, le Mini Guide pour bien choisir son architecte, réussit le tour de force de présenter de manière particulièrement didactique et en 16 pages, l'ensemble des règles et préconisations en la matière. Un classique créé en 2014, refondu en 2016 et actualisé en 2017.

Étapes de la dématérialisation

**Schéma récapitulatif trouvé sur le site DAJ :**

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/dematerialisation/dematerialisation-commande-publique-2nov2017.png](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/dematerialisation/dematerialisation-commande-publique-2nov2017.png)