

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET PROMOTION DE LA CONCURRENCE

Contribution de Mme Tina Søreide

-Session I -

La présente contribution est présentée par Mme Tina Søreide (chercheuse post-doctorale en droit et économie, Université de Bergen, Norvège) dans le cadre de la session 1 du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 27 et 28 février 2014.

Mme Ania Thiemann, Responsable des relations extérieures, Division de la concurrence de l'OCDE
Tél: +33 1 45 24 98 87 – Courriel : Ania.Thiemann@oecd.org.]

JT03353230

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET PROMOTION DE LA CONCURRENCE

-- Contribution de Mme Tina Søreide ¹--

1. Introduction

1. Les sociétés dans leur ensemble tirent avantage d'une concurrence saine du secteur privé et d'une ouverture des échanges. Le bon fonctionnement des marchés encourage l'innovation et la productivité tout en permettant un contrôle efficace des prix au bénéfice des consommateurs et du secteur privé. Parallèlement, la pression de la performance et de la réduction des prix incite précisément certaines entreprises à créer, quand elles le peuvent, des obstacles plus ou moins légitimes à la concurrence. La corruption est un moyen illégal dont se servent certains acteurs pour éviter la concurrence tout en continuant à obtenir un pouvoir de marché et remporter des contrats. Du côté des États, les responsables politiques et les fonctionnaires se voient investis d'un pouvoir et sont censés prendre des décisions impartiales dans l'intérêt de la société. De petits pots-de-vin peuvent faire une grande différence dans leur économie personnelle, et certains d'entre eux sont tentés de se laisser orienter dans leurs décisions en contrepartie de quelques avantages. La corruption peut s'avérer plus gratifiante pour les représentants de l'État à mesure qu'ils peuvent augmenter le pouvoir de marché des entreprises. L'échange d'avantages peut prendre de nombreuses formes et être très subtile, revêtant souvent l'aspect de décisions et objectifs légitimes, et il peut s'avérer difficile pour des intervenants extérieurs de juger de la performance réelle des représentants de l'État et du secteur privé. Cependant, nous observons souvent les impacts d'une restriction de la concurrence, qui prend généralement la forme d'un renchérissement des prix, d'une détérioration de la qualité ou d'un choix limité de produits et services².

2. La lutte contre la corruption est devenue un thème central pour les spécialistes mondiaux du développement au milieu des années 1990. Depuis lors, des progrès remarquables ont été accomplis dans la législation anticorruption, sous l'effet de la pression constante exercée par les États favorables au développement, la société civile, le secteur privé et les partenaires du développement.³ La préoccupation principale est désormais de faire exécuter les lois, non seulement dans les pays en développement mais également dans l'ensemble des pays de l'OCDE. Un récent rapport de la Commission européenne indique que « Les États membres de l'UE se sont dotés de la plupart des instruments juridiques et des institutions nécessaires pour prévenir et combattre la corruption », mais que « les résultats obtenus ne sont pas satisfaisants », et qu'« [i]l y a encore loin des intentions déclarées aux résultats concrets, et la véritable

¹ Économiste à la Faculté de droit de l'Université de Bergen et chercheuse principale à l'Institut; tina.soreide@jur.uib.no. Le présent exposé est tiré de certaines de mes anciennes publications, notamment Søreide (2011a et b, 2012, 2013) Je remercie les organisateurs du Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE 2014 de m'offrir l'opportunité de contribuer à cet important programme pour l'action publique.

² Pour une analyse empirique de la corruption et de la concurrence, voir entre autres Ades et DiTella (1999) et Bliss et DiTella (1997). Pour un examen récent des études utiles pour comprendre le lien, voir Olken et Pande (2012).

³ Voir les rapports rendus publics par U4, centre de ressources sur la lutte contre la corruption financé par des partenaires du développement à : www.u4.no.

volonté politique d'éradiquer le fléau semble souvent faire défaut »⁴. Quant au fait que les pays disposent de capacités variables de contrôle de la corruption, les études consacrées par Transparency International aux systèmes nationaux d'intégrité contiennent des analyses utiles de la qualité juridique et fonctionnelle des systèmes d'intégrité à travers l'Europe⁵. Le message principal de ces études est que de nombreux parlements ne respectent pas les normes éthiques. Les nécessaires mesures de protection de l'intégrité – codes de conduite obligatoires, règles précises relatives aux conflits d'intérêt et règles relatives à la divulgation des intérêts financiers, par exemple – ne sont pas mises en place. Le financement des partis politiques est insuffisamment réglementé, tandis que le lobbying « reste couvert par le voile du secret ». L'accès aux informations concernant les décisions publiques est limité en pratique, la passation des marchés publics est une zone à haut risque, et le plus souvent, les dénonciateurs qui s'élèvent contre la corruption sont bien faiblement protégés.⁶ Ces indicateurs de la faiblesse des barrières anticorruption laissent entrevoir un certain risque de distorsion du marché dû à différentes formes d'abus d'influence. Pourtant, le problème de la corruption a souvent été examiné avant tout comme une question de gouvernance distincte du fonctionnement des marchés. Ceux qui étudient le droit de la concurrence et l'économie dans les établissements universitaires ou les institutions publiques abordent également rarement la question de la corruption. Les formes de corruption les plus « attrayantes » sont toutefois celles qui faussent les retombées positives du développement de la concurrence, raison pour laquelle il nous faut mieux comprendre cette infraction dans un contexte de marchés.

3. Le présent document examine les zones à haut risque de corruption sur les marchés. Dans ce débat, nous devons garder en mémoire que les distorsions du marché sont dues à une multitude d'autres raisons que la corruption. Les responsables politiques poursuivent de multiples objectifs, ils veulent protéger les emplois et leurs administrés, ou bien encore ils sont paresseux ou incompetents. Toutes ces raisons expliquent les distorsions du marché, mais elles sont, hélas, également des excuses pour couvrir la corruption. De la même façon, les entreprises disposent de nombreux moyens licites d'exercer leur influence sur les décisionnaires, d'où la difficulté de faire, en seulement quelques pages, une distinction entre les différentes formes de pratiques situées dans la zone grise. Le présent document examine ensuite dans la Section 2 la façon dont la corruption peut être appréhendée et définie, les raisons pour lesquelles nous devons évaluer les risques tout au long de la chaîne de valeur d'un secteur (sans se limiter à la seule corruption dans les appels d'offres), et pourquoi il est utile de comprendre comment la corruption se conjugue à d'autres formes d'infractions – comme les atteintes au droit de la concurrence. La Section 3 aborde les préoccupations d'ordre politique et les domaines dans lesquels il est difficile d'envisager des solutions optimales, certains aspects étant techniques et d'autres relevant de la volonté politique. Sont ensuite présentées les conclusions de cette contribution.

2. La corruption dans un contexte de marchés

2.1 Abus d'influence sur le traitement préférentiel

4. Pour comprendre l'influence de la corruption sur les marchés, nous devons examiner quelles entreprises peuvent avoir des raisons de verser des pots-de-vin. La corruption suppose que les décisions que les entreprises souhaitent influencées sont à vendre. Offrir un pot-de-vin pour gagner un appel d'offres n'est pas le seul moyen d'écarter la concurrence. Une entreprise renforcera plus facilement sa position sur un marché si elle est exonérée de l'application du droit ou des principes de concurrence. Elle aura beaucoup à gagner à influencer les décisions de concentration et d'acquisition. La réglementation du commerce et certains obstacles à l'entrée plus ou moins explicites peuvent stimuler ses bénéfices. Des

⁴ Commission européenne (2014:2).

⁵ Voir le site internet de Transparency International pour un accès aux évaluations nationales: <http://www.transparency.org/whatwedo/nis/P20>

⁶ Transparency International (2012).

accords secrets avec une entité adjudicatrice peuvent lui « permettre » de former une entente, d'influencer les critères d'adjudication ou d'obtenir, sans motif légitime, des contrats à fournisseur exclusif. En revanche, le bénéfice réalisé par une entreprise et la possibilité qu'elle a de conquérir une position forte sur le marché dépendront non seulement de son chiffre d'affaires, mais aussi de ses dépenses. Si elle bénéficie d'avantages fiscaux exclusifs, d'un accès moins onéreux au crédit que ses concurrentes, ou de subventions pour une partie de sa production, l'entreprise en question pourra aisément présenter des offres moins disantes que ses concurrentes.

5. L'abus d'influence peut s'exercer à différents niveaux de gouvernance. Les décisions les plus importantes relatives aux échanges et aux marchés sont soumises à un avis politique et les entreprises peuvent avoir beaucoup à gagner à influencer ces décisions. Les responsables politiques s'ingèrent alors dans les activités des autorités de la concurrence (même si elles sont indépendantes), influencent les critères d'attribution lors des décisions concernant d'importants marchés publics – comme les contrats de concessions d'infrastructures –, et laissent les considérations politiques relatives aux échanges ouvertes aux modifications⁷. Ils sont parfois tentés d'exercer des pressions sur des États étrangers sur des questions relatives à la passation des marchés. Lors des négociations diplomatiques, les échanges commerciaux ne sont pas subordonnés à la corruption, mais les distorsions du marché qui en découlent sont souvent similaires⁸.

6. Certaines tentatives visant à influencer les décisions sont tout à fait légitimes. Comment faire la différence entre ce qui relève de la corruption et ce qui est légal?

2.2 Définir la corruption

7. La corruption est souvent désignée comme l'usage abusif de l'autorité publique à des fins personnelles. L'autorité ne doit pas nécessairement appartenir à un représentant de l'État. Des problèmes graves découlent aussi de cas de corruption impliquant en totalité le secteur privé, en particulier lors d'appels d'offres organisés par de grandes entreprises. La présente note porte sur la corruption impliquant des fonctionnaires et des responsables politiques. Compte tenu du monopole des autorités publiques, de l'importance de la confiance dans ces institutions et des différents dispositifs incitatifs au sein des organismes publics et privés, la corruption dans le secteur public est la principale source de préoccupation pour la société dans son ensemble, même si elle altère aussi les combinaisons prix-qualité dans un cadre privé-privé⁹.

8. Dans la plupart des pays, la corruption est définie et réglementée par le code pénal national. Les définitions juridiques, en revanche, incluent généralement des mots à valeur forte, comme *inadéquat*, *indu*, *disproportionné*, etc. Le contenu de ces termes nécessite des éclaircissements. Nous avons tous connaissance d'exemples très marquants de corruption impliquant des transactions illégales, en général bien relayées par la presse. La plupart des cas d'abus d'influence ne sont cependant pas clairs, et bon nombre d'acteurs du marché ne sont pas sûrs d'agir en conformité avec la loi¹⁰.

⁷ Cela pose particulièrement problème en matière de réglementation des services publics, y compris en Europe; voir les chapitres concernés dans Estache (2011).

⁸ C'est la raison pour laquelle Transparency International a intégré la propension des États à exercer des pressions diplomatiques en faveur de l'exécution de contrats dans les premières versions de son indice de corruption des pays exportateurs.

⁹ Pour une présentation utile du thème, voir Rose-Ackerman (1999) et Lambsdorff (2006, 2007).

¹⁰ Le site internet de Transparency International présente de nombreuses affaires : voir www.transparency.org. Pour une vue d'ensemble utile des affaires poursuivies sur le fondement de la loi américaine anticorruption (US Foreign Corrupt Practices Act), voir le site internet de la Commission

9. Le tableau 1 ci-après, qui énumère les pratiques commerciales sur une échelle allant de « totalement acceptable » à « clairement illégal », illustre la difficulté de faire une nette distinction entre légalité et illégalité.

Tableau 1.

LEGAL				LEGAL GREY ZONES				ILLEGAL
Comportement commercial honnête et professionnel Commercialisation normale Commercialisation visant des personnes précises : excursions exclusives, billets d'événements sportifs, soirées gastronomiques, etc. Propositions non sollicitées, avec tous les détails du projet non planifié en préparation Intermédiaires et agents, « privilégier les relations personnelles » Dons aux partis politiques - sous condition d'un certain avantage Contreparties - une manière de dissimuler la corruption ? « Paiements de facilitation » - « faire avancer les procédures » Négociation d'opportunités de nouvelles concessions (solutions rentables pour l'entreprise) Violation des règles de la communication (comme si elles étaient sans importance) Convaincre les responsables politiques dans leur pays de faire pression sur les collectivités locales (difficile d'engager des poursuites) Obtenir des renseignements confidentiels sur l'évaluation, utilisation de « couvertures » Usage abusif des « paiements de facilitation » (rend la corruption « moins illégale ») Cadeaux coûteux aux personnes chargées de l'appel d'offres Achat de renseignements confidentiels sur l'offre des concurrents Partenariat local avec des membres de la famille des personnes exerçant l'autorité Subornation d'individus ayant une influence sur la procédure								

Source : Compilation de l'auteur, utilisée précédemment dans Søreide (2006, 2011)

10. L'accroissement rapide du nombre d'affaires judiciaires nous permet de mieux appréhender ce qui est légal ou illégal, mais il est difficile d'établir une classification bien définie des actes dans la mesure où la corruption est souvent spécifique au contexte. Une bonne indication consiste à déterminer si la tentative d'un acteur du marché d'influencer une décision a le caractère d'un échange commercial. Si un accord secret permet à un décideur d'obtenir une certaine forme d'avantage pour lui-même ou ses alliés, dans le passé ou dans le futur, l'affaire pourra aisément passer pour un *achat de décision qui ne devrait pas être à vendre* – et par là même relever de la corruption.

11. Cette évaluation ne lèvera cependant pas toutes les ambiguïtés. Prenons l'exemple du lobbying. On doit s'attendre à ce que les entreprises, et d'autres acteurs avec elles, défendent leurs intérêts ; c'est leur droit démocratique. En politique, les paiements sont difficiles à éviter et très souvent, les deux parties de la transaction souhaitent qu'elle reste secrète. Harstad et Svensson (2011) abordent la question de la distinction entre corruption et lobbying. Ils expliquent que le lobbying vise généralement à défendre les intérêts d'une catégorie d'acteurs, comme tout un secteur ou certains autres groupes de parties prenantes. La corruption, en revanche, est souvent destinée à protéger un avantage unique pour l'acteur qui propose le paiement – par exemple un avantage fiscal exclusif, un contrat à fournisseur exclusif ou une subvention. Le lobbying peut donc être considéré comme une tentative de *déroger* à une règle, quand la corruption consiste à *enfreindre* une règle. Par ailleurs, si le lobbying (accompagné de paiements) peut manquer de produire les effets escomptés, la corruption suppose habituellement une transaction où le paiement est subordonné à une décision donnée. Toutefois, à la différence de la plupart des paiements versés dans le cadre du lobbying, un pot-de-vin accroît l'économie personnelle du décideur corrompu, et même de petits montants peuvent être très importants. Les acteurs du marché peuvent obtenir plus par la corruption (et créer des distorsions du marché plus importantes) puisque le pot-de-vin dédommage le décideur pour les coûts et risques moraux liés à son entorse aux règles et aux objectifs institutionnels.

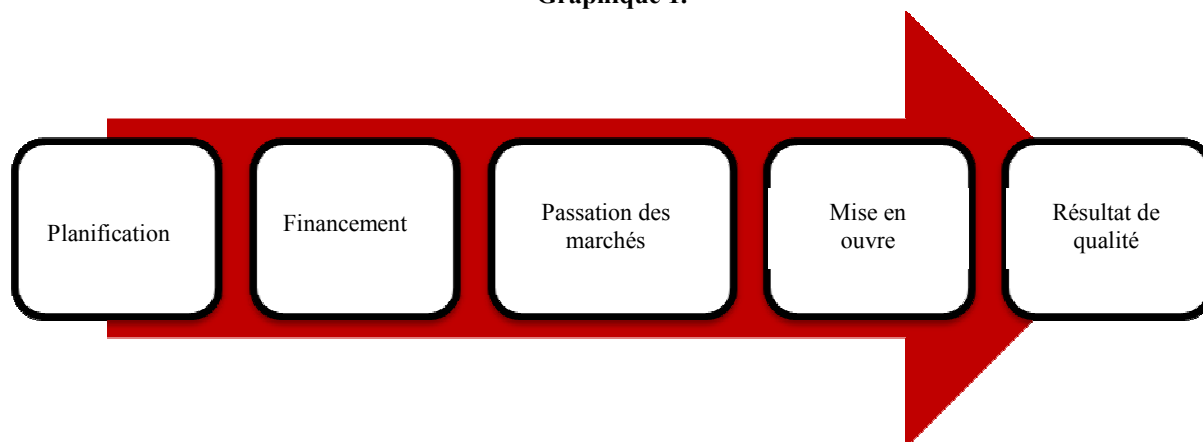
américaine des opérations de bourse (SEC) et la cartographie FCPA dressée par le Groupe Mintz : <http://www.fcmap.com/>

2.3 Les risques le long de la chaîne de valeur du secteur

12. La passation de marchés publics est incontestablement une zone à risque pour l'exercice d'une influence corrompue – même si les règles qui gouvernent les marchés publics se sont beaucoup améliorées dans la plupart des pays ces 15 dernières années. Le risque de corruption a encouragé de nombreux États à réformer leurs pratiques. L'amélioration des règles et des contrôles atténue le problème, mais les incitations à réaliser des profits parmi les acteurs du marché demeurent, et un risque de détection plus élevé peut également accroître le montant des pots-de-vin, dans la mesure où ce risque se traduira par un plus grand dédommagement du décideur pour les coûts liés à son implication dans le délit.

13. Les formes et les conséquences de la corruption en matière de passation des marchés publics dépendent des biens et des produits. Les éléments à prendre en considération sont l'attrait/la spécificité du produit « en rayon », le degré de prise de décision discrétionnaire, la complexité du contrat et du produit, et le fait de savoir si les protagonistes feront face aux conséquences dans l'hypothèse où le produit acheté ne correspondrait pas aux besoins ou aux fonds alloués à l'acquisition. La corruption dans le domaine des marchés publics représente bien plus qu'un pot-de-vin payé à un responsable de la passation des marchés. Pour chaque étape de la chaîne de valeur du secteur – comprenant la planification, le financement, la passation des marchés, la mise en œuvre du projet et enfin la présentation des résultats – il existe différents risques de corruption impliquant différents acteurs. Si nous voulons comprendre les attributions faussées de contrats sur le marché, il est utile d'identifier ces risques ainsi que les décideurs les plus importants, et de déterminer les règles, le paysage moral et les pratiques de contrôle qui les empêcheront de participer à la corruption¹¹.

Graphique 1.



Source : Compilation de l'auteur (utilisée lors de précédentes présentations)

14. En ce qui concerne expressément le cas de figure de l'appel d'offres, nous distinguons les formes de corruption qui donnent l'impression que toutes les règles sont respectées et la corruption dissimulée derrière une entorse légitime aux règles. La corruption de la première catégorie se cache généralement dans le choix d'une technologie, une sélection/pré-qualification, une invitation privilégiée à soumissionner, un pouvoir discrétionnaire partiel dans le processus de sélection, et des accords secrets concernant la modification après coup des contrats. La corruption de la deuxième catégorie, où des prétextes sont

¹¹ Pour un débat utile sur la corruption dans le domaine de la passation des marchés publics, voir entre autres, parmi de nombreux travaux, Della Porta et Vannucci (1999), Rose-Ackerman (1978, 1999) et Piga (2011). Guasch () décrit le risque de corruption dans la renégociation des contrats dans les secteurs des services d'utilité publique.

avancés pour écarter les règles standard, se dissimule plus souvent dans des négociations bilatérales, des accords exclusifs, ou dans le manque de surveillance lors de situations d'urgence ou de préparatifs de grands événements (comme les Jeux olympiques)¹².

15. La privatisation implique des adjudications similaires aux appels d'offres publics, même si les investisseurs soumissionnent en proposant un prix. La vente d'entités détenues par l'État peut s'avérer un moyen efficace de lutter contre la corruption et contre l'existence de liens trop étroits avec, par exemple, des responsables politiques qui se voient proposer des postes rémunérés au conseil d'administration d'entités détenues par l'État tout en garantissant par ailleurs les subventions de l'entité et en les protégeant de la concurrence¹³. Cela étant, dans ce contexte, les investisseurs ont beaucoup à gagner si une partie du pouvoir de marché peut être privatisée en même temps que l'entité à vendre. Cela coûtera probablement plus cher aux investisseurs si l'entité privatisée est protégée de la concurrence, et certains pourraient proposer des paiements illégaux pour s'assurer d'un tel résultat. Même s'il existe des raisons légitimes de protéger une entreprise récemment privatisée, il convient de rester critique à l'égard des cas dans lesquels une entité est autorisée à exercer ses activités pendant des années dans le secteur public, tout en conservant un pouvoir de marché intact¹⁴.

2.4 *Corruption et collusion*

16. Une coopération illégale sur les prix, les quantités ou la répartition du marché sera plus facile à exercer si les personnes impliquées disposent d'un collaborateur du côté de l'État. Pour un responsable de la passation des marchés corrompu, l'infraction peut être plus rémunératrice si les personnes impliquées disposent d'un pouvoir de marché et ont davantage de bénéfices à partager. Le responsable peut coordonner l'échange d'informations nécessaire entre les membres de l'entente (qui n'aiment pas échanger des informations même s'ils tirent profit de cette collaboration) et sanctionner ceux qui s'écartent de l'entente secrète. Mais surtout, il peut dissimuler la collusion en attribuant des marchés selon les règles confidentielles de l'entente, tout en donnant l'impression que toutes les procédures ont été respectées. Lambert-Mogliansky (2011) explique ces mécanismes et donne des raisons de penser que les ententes sont très souvent encouragées par la corruption¹⁵.

17. Certains secteurs sont particulièrement vulnérables à la combinaison corruption-collusion, comme celui des infrastructures, de la fourniture de services publics et de la construction¹⁶. Dans la mesure où les distorsions du marché dans ces secteurs prennent la même forme dans des pays ayant des qualités institutionnelles différentes, elles pourraient avoir des caractéristiques intrinsèques qui empêchent le bon fonctionnement des mécanismes du marché. Les contrats dans ces secteurs sont généralement importants et

¹² Pour plus de détails, voir Della Porta et Vannucci (1999), Rose-Ackerman (1978, 1999), Søreide (2011) et Piga (2011).

¹³ Voir Shleifer et Vishny (2003) pour l'analyse du stratagème. Bel *et al.* (2014) examinent les liens étroits entre les responsables politiques et les entreprises dans le secteur espagnol de la construction.

¹⁴ Pour des cas types, voir Manzetti (1999) et Black *et al.* (2000). La concurrence sur les prix, les échanges et les risques de corruption sont étudiés par Auriol et Straub (2011) et Bjørvatn et Søreide (2005).

¹⁵ Une affaire de corruption et de collusion a été mise au jour dans le cadre de l'attribution de contrats d'enlèvement des déchets dans le sud de l'Italie, secteur marqué par de graves problèmes depuis plus de quinze ans. En 2009, un homme politique important a été accusé d'avoir fourni un soutien externe aux activités illégales de la camorra pour la collecte, le transport et l'élimination des déchets dans la région de la Campanie.

¹⁶ Le site internet de la Commission européenne mentionne des affaires d'abus d'influence et de collusion dans plusieurs secteurs, comme le fret aérien et les services de transit, le secteur de l'électricité et des TIC; et des affaires dans lesquelles les acteurs de certains secteurs ont été accusés d'abuser de leur position dominante et d'en avoir beaucoup profité au détriment des consommateurs.

complexes, et comportent de nombreux détails tenus confidentiels ou trop compliqués à évaluer pour les intervenants extérieurs, chaque projet est unique, et les offres peuvent être (assez) facilement manipulées. S'agissant du secteur de la construction, Wells (2014) explique le risque de corruption à la lumière d'une inadéquation entre les informations censées exister au stade de la planification et du processus de décision et les informations qui sont effectivement disponibles. Les procédures classiques au début de la chaîne de valeur du secteur reposent sur l'hypothèse que beaucoup plus d'informations sur le projet sont disponibles alors que cela n'est pas forcément le cas dans la pratique. Au stade de la planification, les décisionnaires n'ont pas nécessairement une vue d'ensemble complète des aspects financiers, de la demande future de services et de bâtiments ou des obstacles techniques, et ils doivent souvent ajuster leurs premières décisions ou s'en écarter. Si l'on peut s'attendre de façon pragmatique à des écarts de plans et de programmes, il devient plus facile de s'adonner à la corruption en toute impunité. La nécessité de tenir compte de faits et de préoccupations supplémentaires ou de renégocier les contrats est fréquente et sera rarement contestée dans une logique de lutte contre la corruption. Ces caractéristiques permettent ce que Flyvbjerg, Bruzelius et Rothengatter (2003) considèrent comme la tendance, parmi « tous les acteurs réunis autour de la table » durant la phase de planification de grands projets de construction, à gonfler la taille du projet et le prix total tout en manipulant les estimations de la demande pour justifier le projet¹⁷. La corruption dans ce contexte ne devrait pas être appréhendée et examinée comme une transaction illégale autonome, mais devrait être considérée dans le contexte de dysfonctionnements plus graves de la gouvernance du secteur et traitée comme un élément d'un programme plus vaste impliquant un ensemble d'acteurs différents.

3. Les solutions politiques

18. Parmi les conséquences directes des distorsions du marché causées par la corruption figurent notamment une hausse des charges et une utilisation à plus mauvais escient des fonds publics dans le cadre de marchés publics et de programmes de privatisation. Les conséquences indirectes sont plus subtiles, bien que tout aussi graves, en termes de distorsion de l'attribution de talents, d'affaiblissement de la légitimité de l'État et d'amoindrissement de la motivation à innover. La corruption constitue une infraction pénale en raison des préjudices graves qu'elle occasionne. Les personnes impliquées sont passibles de plusieurs années d'emprisonnement et de lourdes amendes. La plupart des pays membres de l'OCDE prévoient des sanctions pénales non seulement pour les personnes physiques, mais aussi pour les organisations, et les intéressés peuvent être tenus pour responsables dans leur propre pays d'un fait de corruption commis où que ce soit dans le monde. Au cours des 15 dernières années, des progrès considérables ont été accomplis pour mettre en place une plateforme juridique permettant de reconnaître la responsabilité des personnes physiques et des morales se livrant à la corruption, grâce à un programme mis sur pied sous l'impulsion de l'OCDE. Les conventions internationales contre la corruption ont incité des pays du monde entier à réformer leur droit, ce qui n'aurait pas été possible sans la collaboration diplomatique et sans la constante pression politique exercée au fil des ans. Il y a une volonté politique incontestable de mettre en œuvre des lois pour lutter contre la corruption. Le défi consiste maintenant à définir les modalités d'application de ces lois et à faire fonctionner ensemble les différents outils juridiques et organismes chargés des enquêtes, à faire face aux difficultés que pose la définition de solutions politiques adéquates à certaines questions, et sur le plan international, à lutter contre l'application asymétrique des lois à travers les pays. Ces points sont abordés successivement ci-dessous.

3.1 Les lois anticorruption

19. Parmi les solutions politiques figurent les initiatives visant à détecter et à empêcher la corruption, énumérées au tableau 2. Même si la corruption est régie par le droit pénal, la législation anticorruption applicable se compose d'un ensemble de lois, parmi lesquelles on distingue les lois régissant le secteur privé et les lois régissant le secteur public.

¹⁷ Voir également Flyvbjerg et Molloy (2011), Stansbury (2005), Kenny (2009) et Valence (2011).

Tableau 2.

Abus d'influence/ corruption	Approches juridiques	
	<i>Prévention</i>	<i>Divulgation</i>
Décisions concernant le secteur privé	Droit de la concurrence, règles de passation des marchés, criminalisation de la corruption, responsabilité des employeurs,	Audits, clémence, protection des dénonciateurs, règles de confidentialité, législation sur l'accès à l'information
Abus d'influence au niveau politique	Registre public des groupes de pression, exigences d'impartialité	médias, observateurs indépendants, dénonciateurs, auditeurs

Source : Compilation de l'auteur

20. Dans le secteur privé, les employeurs et même les propriétaires d'entreprises peuvent être tenus pour responsables d'actes de corruption commis par des salariés pour promouvoir les intérêts de l'entreprise. C'est un domaine où la législation est encore récente dans la plupart des pays de l'OCDE, et pour bon nombre de dirigeants du secteur privé, des interrogations subsistent sur ce qui constitue précisément leur responsabilité. Compte tenu des zones grises abordées plus haut, certains dirigeants d'entreprises ne savent pas bien comment interpréter la loi. Il est difficile d'établir une distinction nette entre les pratiques figurant dans le tableau 1, et même si le secteur privé demande des éclaircissements que certains États de l'OCDE apportent dans une certaine mesure, nous devons veiller à ne pas donner avaliser des actes qui peuvent s'avérer légitimes dans certains contextes, mais qui peuvent aussi dissimuler des actes de corruption ou constituer une forme de corruption dans d'autres situations. Ces dix dernières années, les entreprises ont de plus en plus adopté des procédures de contrôle et des règles de mise en conformité au sein de leurs organisations, souvent sous la forte pression des milieux d'affaires eux-mêmes et de la société civile, ou sous l'effet de contraintes juridiques. Ces initiatives contribuent à améliorer le « paysage moral » des entités du secteur privé. Elles encouragent également la collaboration avec les enquêteurs lorsque des affaires de corruption se présentent néanmoins et limitent les conséquences pour les entreprises jugées coupables. Les incitations intrinsèques des entreprises à réaliser des bénéfices demeurent malgré tout les mêmes, et même si les obstacles à la corruption se sont élevés, les risques de corruption sont loin d'être éliminés.

21. Du côté de l'État, une question épineuse porte sur l'équilibre entre pouvoir discrétionnaire et contrôle. De trop nombreux contrôles démotivent des décisionnaires honnêtes. Certaines modalités permettent de repérer les écarts plus facilement, mais les contrôles s'avèrent coûteux. Les enquêtes basées sur des « signaux d'alerte » – où certains indices du risque de corruption déclenchent une enquête lorsqu'ils demeurent inexplicables – sont intéressantes mais elles augmentent le risque que certaines formes de corruption ne soient pas détectées tant que les procédures semblent toutes respectées (Kenny et Musatova, 2011). La répartition des responsabilités, conjuguée à un contrôle des résultats, constituera souvent une bonne solution (si tant est que les résultats soient observables), mais elle exige de faire suffisamment confiance aux fonctionnaires pour leur laisser une liberté d'action au départ. Cela étant, les risques de corruption au niveau politique dans les pays de l'OCDE, évoqués en introduction, devraient encourager les États à mener à bien une évaluation sincère de la qualité des mécanismes de contrôle au plus haut niveau de gouvernance. Des contrôles parlementaires, des bureaux de vérification nationaux, des tribunaux indépendants, une presse libre et une société civile sur le qui-vive encouragent la transparence politique, mais ne suffisent généralement pas à assurer la protection des marchés et des consommateurs. Les politiques en matière de réglementation de l'industrie sont souvent complexes et soumises au respect de nombreux objectifs politiques, par exemple des objectifs populistes qui divergent de l'objectif de bon fonctionnement des mécanismes du marché. Il existe des motifs légitimes de protéger d'autres valeurs que les mécanismes du marché, mais compte tenu du grand nombre d'« excuses légitimes » qui peuvent

éloigner une décision des considérations de concurrence et l'orienter vers le traitement particulièrement préférentiel d'une entreprise donnée, il est essentiel de garantir le contrôle compétent de ces jugements politiques¹⁸. Les personnes chargées de la surveillance du secteur politique devraient expliquer publiquement leurs décisions et objectifs en même temps qu'elles rendent compte des résultats escomptés en termes de prix et de qualité et sur la base d'autres valeurs, comme l'environnement, l'investissement privé, l'emploi etc. Le grand public doit pouvoir faire sa propre évaluation du bon emploi des ressources publiques au regard de ces priorités politiques.

22. La législation anticorruption, y compris les lois régissant le secteur privé et le secteur public, vise à garantir le caractère rigoureux des procédures décisionnelles. Toutefois, mettre l'accent sur les procédures ne suffit pas forcément pour lutter contre la corruption en tant que cause de distorsions du marché. D'après l'analyse menée dans la Section 2, le risque de corruption est plus élevé à mesure que (i) les réglementations sectorielles sont davantage politisées ; (ii) il est fait plus de place aux avis discrétionnaires ; (iii) les décisions qui intéressent les bénéficiaires du secteur privé sont davantage monopolisées ; et que (iv) l'accès du public et des organismes de contrôle aux informations est réduit. Il s'agit là d'un domaine d'action publique complexe où les procédures sont ignorées et où il est difficile de faire la distinction entre les motifs légitimes et illégitimes, et nous devons associer l'évaluation des performances aux résultats du marché observés, ce qui exige une collaboration entre les services chargés de l'application des lois anticorruption et les observateurs du marché.

3.2 *Contrôle de la concurrence et droit pénal*

23. Si nous voulons traiter le problème des distorsions du marché, pourquoi ne pas simplement diriger nos efforts vers un renforcement de la concurrence et des contrôles du marché sachant que ces efforts auront sans doute notamment pour effet positif de faire disparaître la corruption ? La question est légitime, dans la mesure où une protection efficace des marchés rendra toute corruption plus difficile. S'il est vrai que les combinaisons prix-qualité peuvent être améliorées – ce qui constitue l'objectif ultime dans ce contexte –, le problème demeure si nous ne parvenons pas à inquiéter les auteurs d'actes de corruption du côté des États. Si les personnes qui ont causé les distorsions du marché restent en fonction, elles peuvent tout aussi bien créer d'autres distorsions du marché en contrepartie d'avantages personnels. Nous devons à tout prix éviter que des personnes qui occupent des postes leur permettant d'orienter le processus de décision aient un sentiment d'impunité.

24. Les personnes chargées de prendre les décisions en question doivent avoir conscience qu'elles courent le risque d'être tenues pour responsables. Pour des raisons d'ordre pratique et juridique, ce n'est pas si simple dans le cas des fonctionnaires. La bureaucratie d'État implique l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire. Dans la mesure où le contrôle de chaque décision prise par un fonctionnaire représente un coût à la fois en termes de charges et de démotivation, le risque de corruption peut facilement être considéré comme un effet indirect inévitable d'une organisation étatique efficace (même si nous pouvons choisir de maintenir le risque à un niveau faible). Il existera toujours des cas dans lesquels des fonctionnaires ou des responsables politiques pourront procurer des avantages à un acteur du marché donné, avec ou sans corruption. Les mieux placés pour repérer les résultats de telles orientations du processus de décision sont les observateurs du marché.

25. Une autorité de la concurrence est bien mieux placée pour détecter les distorsions du marché que le système judiciaire pénal. L'objectif des autorités de la concurrence est cependant légitimement de s'acquitter de leur mandat, fondé sur le droit de la concurrence, qui ne contient, la plupart du temps, aucune disposition sur la corruption. Les représentants des autorités de la concurrence ne sont *pas censés* examiner les indicateurs de corruption. Dans certains pays, les autorités de la concurrence travaillent en étroite collaboration avec les enquêteurs chargés des affaires pénales, mais dans d'autres, et en particulier

¹⁸ Pour plus de discussions et d'exemples, voir Benitez *et al.* (2012)

les pays de droit civil, ces autorités sont clairement séparées. Pour un contrôle plus efficace de la corruption sur les marchés, ces institutions doivent cependant collaborer étroitement.

26. L'une des raisons pour lesquelles cette collaboration peut s'avérer difficile en pratique tient à la possibilité qu'ont les autorités de la concurrence d'accorder la clémence dans les affaires d'entente, mécanisme adopté pour augmenter le nombre d'affaires révélées, en vertu duquel le membre d'une entente peut éviter des sanctions s'il révèle l'affaire à l'autorité de la concurrence. Les autorités de la concurrence, cependant, ne peuvent accorder la clémence que dans les cas d'infraction au droit de la concurrence, et non pour les actes relevant du droit pénal. Lorsqu'à l'entente s'ajoutent des faits de corruption, la clémence cesse de fonctionner si les autorités de la concurrence sont trop étroitement liées aux services chargés des enquêtes. Les enquêteurs chargés des affaires pénales se trouveraient alors facilement dans l'embarras dans la mesure où « quoi qu'ils fassent, ils auront tort » : s'ils s'apprêtent à examiner un indice de corruption ou une autre infraction financière mis au jour par une autorité de la concurrence, ils affaiblissent les effets de la clémence et moins d'affaires pourraient être révélées. S'ils se tiennent à distance de l'autorité de la concurrence, par exemple sur la base d'accords informels de ne pas enquêter à moins d'y être « invités », ils peuvent manquer à leur *mission*, qui est d'enquêter sur des infractions. La collaboration formelle et informelle entre les autorités de la concurrence et les enquêteurs chargés des affaires pénales est variable selon les pays de l'OCDE et une solution unique ne conviendrait pas à tous les cas figure. L'important est que les différentes autorités d'un pays comprennent comment la corruption et la violation du droit de la concurrence sont souvent associées, parfois également à d'autres formes de délits financiers, et qu'elles laissent à leurs institutions les moyens de faire face à ces difficultés.

3.3 *À la recherche de solutions politiques*

27. Même avec une volonté claire d'encourager la concurrence et de lutter contre la corruption, il reste des domaines de l'action publique pour lesquels il n'existe pas de solutions optimales. En l'absence d'une idée précise de ce qui fonctionne, les pays adoptent des orientations politiques quelque peu différentes. La présente section présente certains domaines qui nécessitent une meilleure compréhension et des solutions harmonisées.

3.3.1 *Les priorités de la lutte contre la corruption*

28. La plupart des États affectent des fonds limités au contrôle de la criminalité et, avec de faibles ressources, la question de la hiérarchisation des affaires devient un élément important de la stratégie des services d'enquête. Idéalement, les priorités politiques devraient s'aligner sur une idée de ce qui est plus ou moins nuisible pour la société. En ce qui concerne la corruption, on analysera souvent le préjudice causé en fonction de la façon dont les décisions sont faussées, et non pas du montant du pot-de-vin ou de la valeur des contrats. Le tableau 3 suggère une liste de catégories de préjudices, illustrées par des cas pertinents. Pour avoir une idée des distorsions possibles, nous devons analyser les avantages obtenus par le biais de la corruption et nous demander si la corruption crée un manque ayant pour effet d'empêcher la fourniture de services à tous ceux qui sont en droit d'en bénéficier ou d'augmenter le prix des services.

Tableau 3.

CATÉGORIES D'AVANTAGES	DISTORSION	EXEMPLES
AVANTAGE ILLÉGAL	Coûts et conséquences du délit	Terrorisme, importation de drogues illicites et/ou d'armes, autorisation pas censée être accordée
LÉGAL MAIS RARE	Attribution d'avantages basée sur la volonté de se livrer à la corruption plutôt que sur les besoins et/ou la concurrence	Services de santé, éducation, marchés publics
AVANTAGE LÉGAL <i>RENDU RARE</i>	Attribution limitée d'avantages (existeraient sans corruption)	Bien-être public, douanes
PAS DE RARETÉ ET AVANTAGE censé être gratuit (pot-de-vin exigé)	Taxe officieuse sur les consommateurs	Accès à la fourniture de services publics (électricité, eau)

Source : Compilation de l'auteur basée sur Rose-Ackerman (1999)

29. Les conséquences indirectes ne figurent pas dans ce tableau, et ces catégories ne peuvent pas se traduire directement en priorités d'enquête. L'objectif est de souligner l'importance de laisser les priorités s'aligner aux risques pour la société, et à cette fin, nous avons besoin de comprendre les risques.

3.3.2 Responsabilité et sanctions

30. Dans la phase des poursuites, une grande incertitude règne souvent sur le fait de savoir qui devrait être accusé de corruption, même lorsque les preuves sont claires. En particulier, la combinaison d'une responsabilité individuelle et d'une responsabilité collective est complexe en pratique. Nous voulons faire de la responsabilité des décideurs individuels un principe fondamental du droit pénal. Cependant, en ne faisant porter la responsabilité que sur les personnes physiques, les entreprises (et leurs propriétaires) se voient donner une occasion de tirer profit de la corruption et de faire porter le chapeau à des boucs émissaires en cas de flagrant délit. En revanche, appliquer des sanctions uniquement aux entreprises permettrait aux personnes physiques de tirer un profit abusif du délit (notamment si les augmentations de salaires et les primes sont liées à la conclusion de contrats), tout en évitant d'engager leur responsabilité personnelle en cas de flagrant délit. De plus, une entreprise comptera généralement un grand nombre de salariés innocents. Pour leur motivation et leur productivité, il est judicieux de renvoyer les dirigeants malhonnêtes et de les laisser poursuivre leur bon travail.

31. Les autorités répressives ont des points de vue différents sur la bonne combinaison des sanctions individuelles et collectives. Un aspect souvent oublié dans les débats tient aux conséquences des sanctions collectives sur la concurrence sur les marchés. D'un point de vue économique, il n'est pas très logique d'infliger une faible amende à une grande entreprise. L'amende ne pèsera pas sur ses marges et l'entreprise poursuivra ses activités comme si de rien n'était. D'un point de vue juridique, en revanche, même une petite amende suffit à pointer du doigt une entreprise – ce qui est un élément essentiel de la répression. Mais l'effet d'un processus judiciaire et la capacité de l'accusé à se sentir coupable sont très différents selon que l'on tient pour responsable une personne physique ou une entreprise. D'un autre côté, une amende substantielle pourra non seulement toucher durement l'entreprise, mais aussi avoir des retombées sur la collectivité. En particulier sur les marchés qui comptent peu d'entreprises, le verdict sera accueilli

avec satisfaction par les concurrents. Une concurrence réduite leur donnera toute latitude pour s'assurer des revenus supérieurs tandis que les clients seront confrontés à des coûts plus élevés. La sanction elle-même fausse la concurrence que nous cherchons à protéger.

32. Cependant, même au nom de la concurrence, nous ne devrions pas proportionner la sanction au pouvoir de marché de l'entreprise accusée, sachant que cela aura facilement pour effet de réduire d'autant plus la sanction que l'entreprise sera grande et puissante. Les mêmes principes juridiques devraient s'appliquer aux entreprises occupant des positions différentes sur le marché. Nous devrions chercher à mettre en place des sanctions qui ont un impact dissuasif sur le processus de décision, et quelques effets sur la capacité de l'entreprise d'opérer sur le marché. Cette ambition suggère de mettre en jeu la responsabilité individuelle, mais elle peut également impliquer des contrôles externes stricts du processus décisionnel interne et des opérations de l'entreprise – une sanction que déteste un bon nombre de dirigeants.

3.3.3 *Exclusion*

33. Le débat sur les sanctions est comparable à celui sur l'exclusion des marchés publics. Par suite d'une sanction pénale, une entreprise peut se voir frappée d'une interdiction de participer aux appels d'offres publics. L'objectif de ce dispositif, qui repose sur la législation relative à la passation des marchés, est de protéger les investissements publics contre la délinquance et de faire en sorte que les électeurs ne perdent pas confiance dans les pouvoirs publics. Pour une entreprise, en revanche, l'exclusion pourrait être ressentie comme une sanction supplémentaire, en particulier si l'exclusion des marchés les frappe plus durement que la sanction pénale elle-même. Dans ces cas, les risques d'effets de distorsion de la concurrence sont réels dans la mesure où les acteurs du marché sont en pratique exclus du marché, souvent pendant plusieurs années. Les marchés oligopolistiques sont sensibles à ces effets, et cette fois encore, nous devrions envisager une manière de protéger la concurrence tout en veillant à maintenir la confiance dans les institutions publiques. Une solution possible consiste à exclure une entreprise reconnue coupable pendant une longue période, et réduire sa période d'exclusion en fonction des efforts qu'elle déploie pour regagner la confiance, tendant par exemple à accepter des contrôles externes, à appliquer un meilleur système de mise en conformité, à écarter les dirigeants malhonnêtes, etc. Les règles en matière de passation des marchés exigent des effets « proportionnés » et « l'égalité de traitement » des concurrents. Si une entreprise a mené suffisamment d'actions « auto-correctives », elle doit être considérée « aussi digne de confiance que les autres » (et non « aussi indigne de confiance » que d'autres entreprises reconnues coupables qui n'ont pas réalisé ces efforts de mise en conformité) et, par là même, doit pouvoir participer aux appels d'offres publics. Il appartient à chaque pays de trouver des solutions, y compris au sein de l'UE quand les nouvelles directives en matière de marchés publics permettent l'adoption de solutions propres à chaque pays. Cependant, compte tenu du caractère international des marchés, une volonté commune de protéger la concurrence dans ces cas est nécessaire (au moins une volonté commune de *ne pas négliger* les effets sur le marché !)¹⁹

3.3.4 *Conséquences pour le contrat*

34. Une autre question qui se pose lorsque les entreprises ont été reconnues coupables d'un fait de corruption lié à la passation de marchés, ou lorsque des avantages frauduleux acquis par d'autres moyens leur ont permis d'obtenir un contrat, est de savoir si le contrat devrait être résilié et soumis à un nouvel appel d'offres ou s'il peut être poursuivi. Annuler le marché dans sa totalité peut s'avérer très coûteux pour les clients et pour les citoyens qui bénéficient du contrat. Les investissements déjà réalisés peuvent perdre toute valeur et renouveler un appel d'offres est long et coûteux. Une solution consiste à laisser l'entreprise exécuter le contrat jusqu'à son terme mais à lui infliger une amende suffisamment élevée pour qu'elle en

¹⁹ Les mécanismes examinés sont décrits plus en détail par Hjelmeng et Søreide (2013, 2014). Voir également Dubois et Nolan (2013).

tire en pratique un gain net négatif, comme le suggère Lambsdorff (2013). Une autre option, indiquée par Rose-Ackerman (2013:27), consiste à vendre aux enchères le droit d'achever le contrat. Cela pourrait s'avérer une décision judicieuse dans les cas où des entreprises concurrentes disposent de compétences en la matière et où il est peu probable que l'entreprise coupable porte atteinte ou sabote la réalisation du projet par une entreprise concurrente. Dans ce domaine d'action publique non plus il n'est pas facile de définir de solutions absolues. Au moment de préciser leurs règles, les États doivent mettre en balance la sanction de l'entreprise corrompue et le bon déroulement du projet.

3.4 *Application des lois asymétrique*

35. Les disparités observées s'agissant de la volonté politique des États de lutter contre la corruption posent un tout autre problème. Cela doit aussi être considéré comme un « défi technique pour les autorités » et la question n'est pas aujourd'hui de savoir comment les mesures d'application des lois et les institutions pénales devraient être conçues, mais comment les mettre en place. Certains responsables politiques sont enclins à passer outre d'importants objectifs de développement lorsqu'ils sont incompatibles avec leurs objectifs personnels, dont les plus habituels sont la recherche de richesse et de pouvoir. Les références mentionnées en introduction, en particulier le récent rapport de l'Union européenne sur la corruption (Commission européenne, 2014) et les études des systèmes nationaux d'intégrité de Transparency International, semblent indiquer que ces risques ne concernent pas uniquement les pays en développement. Le risque de corruption dans leurs propres environnements politiques doit être pris au sérieux par tous les États de l'OCDE. Qui plus est, les États mettent en œuvre leur législation anticorruption transfrontalière de manière très différente. Le manque de moyens est une explication possible, mais il en est toujours qui excusent la corruption pour les avantages commerciaux qu'elle procure²⁰.

36. La faible application des lois anticorruption fausse les marchés internationaux. Si les concurrents de différents pays subissent peu de conséquences de la corruption dans le pays où le délit a été commis (par exemple si on tire profit du délit au niveau politique), et si le risque d'être sanctionné est différent dans leur pays, ils opèrent alors dans des conditions très inéquitables. Les acteurs honnêtes (c'est-à-dire les acteurs qui ne peuvent pas prendre le risque) entrent en concurrence avec des acteurs qui ne subissent aucune conséquence s'ils trichent. La concurrence qui aurait dû porter sur les prix et la qualité devient une concurrence entre productivité et pots-de-vin, où la question est de savoir quelle doit être la productivité d'une entreprise honnête pour qu'un décisionnaire corrompu la préfère à des concurrents proposant des pots-de-vin²¹. Même si de telles manœuvres pourraient inciter certaines entreprises à en faire plus, l'impact global est de toute évidence préjudiciable, et de nombreux acteurs s'abstiendront de participer à des appels d'offres s'ils pensent que les contrats sont attribués sur la base de critères malhonnêtes. L'asymétrie dans l'application des lois est dommageable pour le commerce international, et nous devons faire beaucoup plus pour que le concept de concurrence loyale sur tous les marchés soit reconnu comme bonne idée publique.

37. Un autre défi connexe tient à l'opacité financière. Au cours des cinq dernières années, des progrès significatifs ont été accomplis sur la question des paradis fiscaux. Beaucoup de paradis fiscaux classiques (c'est-à-dire les îles sous les palmiers) fonctionnent aujourd'hui en accord avec les initiatives lancées par le GAFI en ce qui concerne la communication des informations requises et la collaboration avec les enquêteurs dans les affaires de fraude et de corruption caractérisées. Cela étant, il reste malgré tout

²⁰ Voir la direction des affaires financières et des entreprises de l'OCDE <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/> où sont publiés les rapports sur les performances des pays, Voir par exemple la protection politique de BAE au Royaume-Uni, une affaire bien décrite sur le site internet de *The Guardian* : <http://www.theguardian.com/world/bae>.

²¹ Bjorvatn et Søreide (2013) proposent une analyse de ce stratagème sous l'angle de la concurrence en matière de licences pour la production de ressources naturelles.

des fournisseurs de services – y compris dans les pays de l’OCDE – qui offrent le secret et permettent aux acteurs du marché de dissimuler leur véritable structure de propriété²². Il est cependant curieux que les décideurs publics de certains pays semblent fermer les yeux sur les effets potentiels sur le marché; quoi qu’il en soit, les tentatives de réforme fiscale en Europe sont étonnamment peu nombreuses. Un des sujets de préoccupation concerne l’évasion fiscale illégale, qui permet aux acteurs les plus créatifs de générer des revenus énormes qu’ils peuvent ultérieurement utiliser pour devancer leurs concurrents. Si vous êtes suffisamment riche, vous pouvez aisément maintenir les prix à un niveau inférieur au coût de revient pendant un temps. L’évasion et la fraude fiscales de certains acteurs ont entraîné des réactions en chaîne préjudiciables; si mes concurrents l’emportent grâce à une planification fiscale particulièrement créative, je dois moi aussi me montrer créatif. L’évasion et la fraude fiscales ont engendré des pertes importantes dans les recettes de l’État pour les pays de l’OCDE, dont plusieurs ont été contraints de réduire leurs dépenses publiques, ce qui se traduit par des coupes dans les services sociaux et dans les systèmes de santé et d’éducation, et à terme par un risque d’augmentation du chômage et des troubles civils. Ces conséquences mettent en péril les conditions-cadres de la productivité et le bon fonctionnement des marchés. Par ailleurs, la question de l’opacité de la structure de propriété permet à certains acteurs d’éviter d’être tenus responsables de leurs actes et décisions, ce qui ouvre la voie aux possibilités de tirer avantage des pratiques criminelles – comme la corruption, l’esclavage et le commerce illégal²³. Elle permet aussi d’envisager le scénario où les personnes chargées de la surveillance du secteur du côté des États sont en fait propriétaires des entreprises dont elles définissent les règles d’action. Compte tenu de ces différentes préoccupations, l’hésitation de certains États de l’OCDE à traiter la question de l’opacité de la structure de propriété est difficile à comprendre si l’objectif n’est pas de protéger un très petit nombre d’intérêts. On ne peut ignorer les conséquences possibles sur la concurrence, la criminalité ou l’économie mondiale.

4. Conclusion

38. Pour comprendre ce qu’est la corruption dans un contexte de marché, nous devons examiner quelles décisions les entreprises voudront influencer, et évaluer les raisons et obstacles qui les empêchent de le faire. Les entreprises disposent toutefois de nombreux moyens licites de faire pression sur les décisionnaires, et la corruption reste spécifique au contexte; il sera souvent difficile de différencier catégoriquement les pratiques légales des pratiques illégales. Plus les tentatives d’une entreprise d’influencer des transactions, des clauses et des contrats ont le caractère d’un échange commercial de décisions qui ne sont pas censées être à vendre, plus elles s’apparentent à de la corruption. La corruption sur le marché prend de nombreuses formes et ne se limite pas exclusivement aux pots-de-vin visant à s’assurer des contrats. Elle peut aussi consister à réduire les coûts, influencer la planification, obtenir une protection contre la concurrence, et éviter les contrôles – par exemple en matière de vérification des comptes ou de la qualité de produits. Des risques existent tout au long de la chaîne de valeur du secteur et la façon dont la corruption s’exerce est fonction du secteur et des institutions de régulation. Certains secteurs – comme la fourniture de services publics et la construction – sont plus exposés que d’autres. Lorsque de graves dysfonctionnements sont constatés dans plusieurs pays, peut-être est-il alors nécessaire de repenser la façon dont les secteurs sont organisés et régis, sachant que les contrôles anticorruption ne suffisent pas forcément à éliminer les distorsions. Une autre difficulté tient à la façon dont la corruption est souvent conjuguée à d’autres formes de délinquance, comme la collusion et la fraude. Dans plusieurs pays membres de l’OCDE, les institutions censées détecter la corruption, la violation du droit de la concurrence et la fraude ont pour mission de lutter contre les formes individuelles de délinquance. Le risque élevé causé

²² Shaxson (2011) présente une introduction historique et détaillée du défi que pose l’opacité financière. Le réseau mondial pour la justice fiscale publie un indice de l’opacité financière: <http://www.financialsecrecyindex.com/>.

²³ L’entreprise allemande Siemens a été sanctionnée pour avoir versé des pots-de-vin en vue d’obtenir de gros marchés publics dans plusieurs secteurs et pays, dont des contrats de concession, une pratique rendue possible par la présence de paradis fiscaux et du secret bancaire, y compris dans des pays européens.

par la combinaison de plusieurs formes de délinquance peut rendre certaines réformes institutionnelles nécessaires.

39. S'agissant des considérations d'action publique, cette note succincte a mis en relief la situation et les défis des composantes les plus évidentes de la répression, comme les enquêtes, les poursuites et les sanctions. Il est important que les priorités en matière de lutte contre la corruption soient mises en regard du préjudice causé aux marchés et aux sociétés. Quant à notre façon de tenir les entreprises et les individus responsables de corruption, nous devons éviter que les sanctions pénales collectives et l'exclusion des marchés publics faussent (trop) la concurrence. Au vu des preuves de corruption dans les appels d'offres, il devrait être simple d'harmoniser les principes de gestion des contrats, c'est-à-dire de savoir si lesdits contrats (ou les travaux restant à exécuter) devraient faire l'objet d'un nouvel appel d'offres ou si l'opérateur (corrompu) devrait être autorisé à poursuivre le projet ou la fourniture des services.

40. Les obstacles les plus importants à une lutte efficace contre la corruption sur un marché ne sont pas liés à la nature des initiatives des pouvoirs publics mais plutôt au moyen de les concrétiser. La volonté politique est très variable d'un pays à l'autre, y compris parmi les pays membres de l'OCDE, ce qui est plutôt surprenant. Les États sont le plus souvent lents à faire exécuter la législation anticorruption et certains négligent totalement leurs responsabilités en matière de corruption transnationale. Quelques États semblent excuser l'opacité financière et la possibilité de maintenir secrète la structure de propriété, en dépit des conséquences préjudiciables pour les marchés et les sociétés.

41. La corruption dans les États et sur les marchés doit être abordée sous plusieurs angles. Parmi les éléments importants de la lutte contre la corruption, outre ceux abordés dans ce bref exposé, figurent les nombreuses initiatives menées par le secteur privé lui-même, les initiatives à l'égard des pays en développement, principalement menées par les spécialistes du développement, le cadre juridique international de résolution des différends commerciaux (notamment les instances d'arbitrages et les actions privées), et un groupe hétérogène mais important d'associations internationales à but non lucratif dont les programmes d'action comprennent la lutte contre la corruption et la bonne gouvernance²⁴. Cependant, il importe à présent que les États de l'OCDE abordent la corruption, non seulement comme une « pure » question de gouvernance ou un point du programme de développement, mais aussi comme une menace à leur économie nationale et internationale.

Bibliographie

- Ades, A., et R. Di Tella. 1999. « Rents, Competition and Corruption ». *The American Economic Review* 89 (4): 982-93.
- Auriol, E., et S. Straub. 2011. « Privatization of rent-generating industries and corruption ». In S. Rose-Ackerman et T. Søreide (eds.) *International Handbook on the Economics of Corruption, Volume two*. Edward Elgar Publishing.
- Bel, G., Une. Estache et R. Foucart. 2014. « Transport infrastructure failures in Spain: Mismanagement and incompetence, or political capture? » In T. Søreide et A. Williams (Eds) *Corruption, Grabbing and Development: Real World Challenges*. Edw. Elgar Publishing. À paraître.
- Benitez, D., A. Estache, et T. Søreide. 2010. « Infrastructure policy and governance failures ». Document de travail du CMI Working Paper WP 2012: 5. Bergen: Chr. Michelsen Institute.

²⁴ Voir Rose-Ackerman et Carrington (2013) pour des discussions intelligentes sur le rôle des acteurs internationaux dans la lutte contre la corruption.

- Bjorvatn, K., et T. Søreide. 2005. « Corruption and privatization ». *European Journal of Political Economy*. 21: 903-14.
- Bjorvatn, K., et T. Søreide. 2013. « Corruption and competition for natural resources ». *International Tax and Public Finance*. Forthcoming.
- Black, B., R. Kraakman, A. Tarassova. 2000. « Russian privatization and corporate governance: What went wrong? » *Stanford Law Review*. 52:1731-1808.
- Bliss, C., et R. Di Tella. 1997. « Does Competition Kill Corruption? » *The Journal of Political Economy* 105 (5): 1001-23.
- Dal Bo, E. 2006. « Regulatory Capture: A Review ». *Oxford Review of Economic Policy*, 22(2): 203-225.
- Del Monte, A. et E. Papagni. 2007. « The Determinants of Corruption in Italy: Regional Panel Data Analysis ». *European Journal of Political Economy*. 23: 379-396.
- Della Porta, D., et A. Vannucci. 1999. « Corrupt Exchanges: Actors, Resources, and Mechanisms of Political Corruption ». Aldine de Gruyter.
- Dubois, P. and E. Nowlan. 2013. « Global administrative law and the legitimacy of sanctions regimes in international law ». Chapitre 13 in S. Rose-Ackerman et P. Carrington (Eds). *Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role?* Carolina Academic Press, Durham NC.
- Dutz, M., et M. Vagliasindi. 2000. « Competition Policy Implementation in Transition Economies: An Empirical Assessment ». *European Economic Review* 44: 762-72.
- Dyck, A., A. Morse et L. Zingales. 2010. « Who blows the whistle on corporate fraud? » *The Journal of Finance*, 65(6), 2213-2253.
- Estache, A. (ed.) 2011. *Emerging Issues in Competition, Collusion, and Regulation of Network Industries*. London: Centre for Economic Policy Research.
- Commission européenne. 2014. Rapport anticorruption de l'UE. Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen. COM(2014) 38. Bruxelles.
- Flyvbjerg, B., et E. Molloy. 2011. « Delusion, deception and corruption in major infrastructure projects: causes, consequences and cures ». In S. Rose-Ackerman et T. Søreide (eds.) *International handbook on the economics of corruption, Volume Two*. Edward Elgar Publishing.
- Flyvbjerg, B., N. Bruzelius et W. Rothengatter 2003. *Megaprojects and risk: an anatomy of ambition*. Cambridge University Press.
- Harstad, B., et J. Svensson. 2011. « Bribes, Lobbying and Development ». *American Political Science Review*. 105 (1).
- Kenny, C. 2009. « Measuring corruption in infrastructure: Evidence from transition and developing countries ». *The Journal of Development Studies*, 45(3), 314-332.
- Lambert-Mogliansky, A. 2011. « Corruption et collusion: strategic complements in procurement ». In S. Rose-Ackerman et T. Søreide (eds.) *International handbook on the economics of corruption, Volume two*. Edward Elgar Publishing.
- Lambsdorff, J.G. 2006. « Consequences and causes of corruption: What do we know from a cross-section of countries? » In Susan Rose-Ackerman (ed.) *The International Handbook on the Economics of Corruption*, Edward Elgar Publishing, 2006.

- Lambsdorff, J.G. 2007. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence and Policy*. Cambridge University Press.
- Manzetti, L. 1999. *Privatization South American Style*. New York: Oxford University Press.
- Olken, B. and R. Pande. 2012. « Corruption in developing countries ». *Annual Review of Economics*. 4:479-509.
- Piga, G. 2011. « A fighting chance against corruption in public procurement ». In S. Rose-Ackerman et T. Søreide (eds.) *International Handbook on the Economics of Corruption, Volume two*. Edward Elgar Publishing.
- Rose-Ackerman, S. 1978. *Corruption: a Study in Political Economy*. New York: Academic Press.
- Rose-Ackerman, S. 1999. *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rose-Ackerman, S. 2010a. « The law and economics of bribery and extortion ». *Annual Review of Law and Social Science*. 6: 217-236.
- Rose-Ackerman, S. et P. Carrington. 2013. *Anticorruption policy: Can International Actors Play a Constructive Role?* Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.
- Shaxson, N. 2011. « Treasure Islands: Tax Havens and the Men Who Stole the World ». London: Bodley Head.
- Shleifer, A., et R.W. Vishny. 2002. *The Grabbing Hand: Government Pathologies and Their Cures*. Harvard University Press.
- Søreide, T. 2008. « Beaten by Bribery: Why not Blow the Whistle? » *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 164 (3): 407-28.
- Søreide, T. 2009. « Too risk averse to stay honest? Business corruption, uncertainty and attitudes toward risk ». *International Review of Law and Economics*. 2009. 29: 388-395.
- Søreide, T. 2011. « The Governance of Infrastructure Regulation: An Economist's View ». In A. Estache (ed.) *Emerging Issues in Competition, Collusion, and Regulation of Network Industries*. Londres: Centre for Economic Policy Research.
- Søreide, T. 2012. « Les risques de corruption et de collusion dans l'attribution des contrats de concession ». Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen, IP/A/IMCO/NT/2012-10.
- Stansbury, N. 2005. « Mettre au jour les soubassements de la corruption dans le secteur de la construction ». *Rapport mondial sur la corruption* 2005. Berlin: Transparency International.
- Transparency International. 2012. *Money, Politics, Power: Corruption Risks in Europe*. Berlin: Transparency International.
- Valence, G. 2011. « Competition and barriers to entry in the construction industry. Modern Construction Economics: Theory and Application ». In G. de Valence (Ed) *Modern Construction Economics: Theory and Application*. Taylor and Francis.
- Wells, J. 2014. « Corruption and collusion in construction: A view from the industry ». In T. Søreide et A. Williams (Eds) *Corruption, Grabbing and Development: Real World Challenges*. Edw. Elgar Publishing.
- Piselli, E. 2000. « The scope for excluding providers who have committed criminal offences under the E. U ». *Procurement Directives, Public Procurement Law Review*, 9: 267-286.